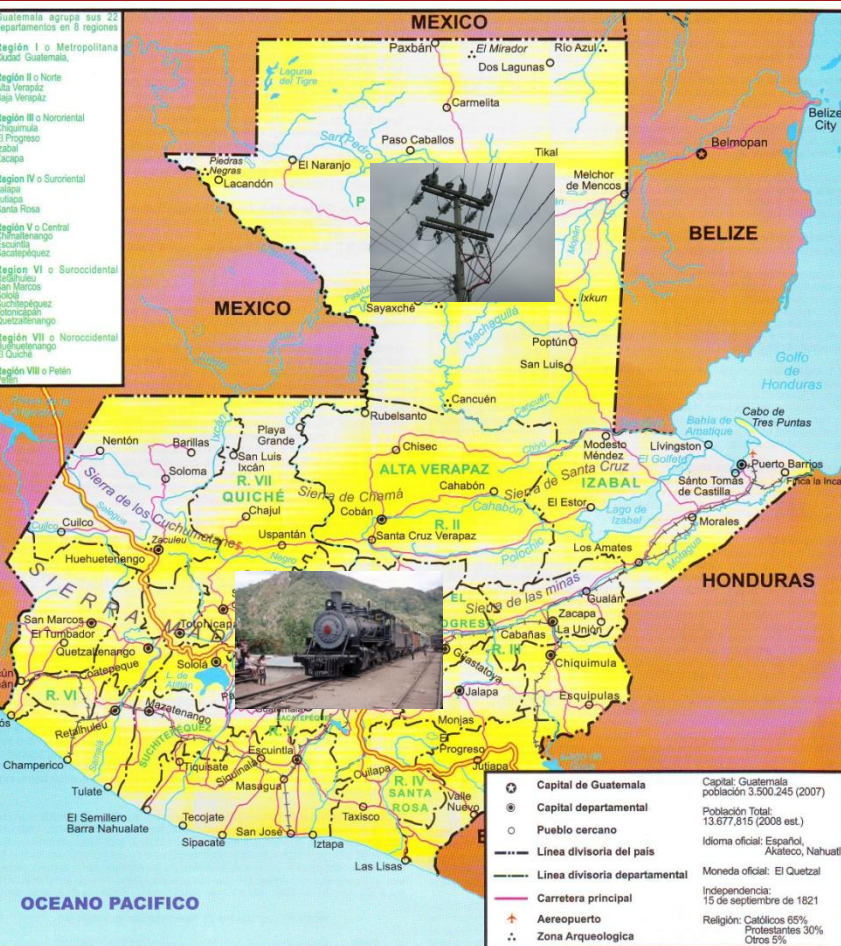


DEMANDAS QUE EL ESTADO DE GUATEMALA ENFRENTA CON EMPRESAS TRANSNACIONALES

Seguimiento y monitoreo en los tribunales comerciales internacionales



POLITICA DE GUATEMALA
NOTICIAS, LEYES, EVENTOS DE GUATEMALA

Inicio Información Guatemala Mapa GT Ministerios de GT
Enlaces A(H1N1) RENAP Universidades GT

Bienvenidos

Iberdrola demanda al Estado por US\$672 millones

Publicado en diciembre 07th, 2009 en Sin categoría

La empresa española Iberdrola, principal accionista y operadora de la EEGSA, demandó al Estado de Guatemala por unos US\$672 millones —\$5 mil 570 millones— por su desacuerdo con el Valor Agregado de Distribución (VAD), en vigor desde agosto del 2008.

Si bien se ha guardado hermetismo sobre el caso, diversas fuentes confirmaron a Prensa Libre que la demanda —la mayor en la historia del país— se interpuso en el Centro Internacional de Arbitraje (Cadi), con sede en Washington, durante los primeros días de diciembre.

Demanda contra el Estado se mantiene

Las compañías Iberdrola y Teco Energy, dueñas de EEGSA hasta la semana recién pasada, anunciaron que mantendrán sus demandas de arbitraje internacional contra el Estado de Guatemala por US\$672 millones, a pesar de haber vendido sus acciones en la distribuidora.

RDC plantea una demanda contra el estado de Guatemala con base en normas del cafta

Mar 14, 2007, 10:19

RDC emprendió esta acción en nombre propio y en representación de su compañía afiliada en Guatemala: Ferrovías Guatemala.

En conferencia de prensa, Railroad Development Corporation (RDC) informó que el día de hoy presentó un aviso de intención para plantear un juicio de arbitraje en contra de la República de Guatemala, de conformidad con las normas del Tratado de Libre Comercio entre República Dominicana, Centro América y los Estados Unidos (CAFTA). RDC emprendió esta acción en nombre propio y en representación de su compañía afiliada en Guatemala: Ferrovías Guatemala.

Guatemala, Febrero de 2011



Demandas que el Estado de Guatemala enfrenta con Empresas Transnacionales

Seguimiento y monitoreo en los tribunales comerciales

Estudio elaborado por:

Asociación para la Promoción y el Desarrollo de la Comunidad -CEIBA-

Con el apoyo de:

Amigos de la Tierra Internacional

Coordinación del Estudio:

Basilio Tzoy Grijalva
Unidad de Investigación e incidencia CEIBA

Autor:

Carlos Manuel Bezares Marroquín
Multiservicios Agroindustriales

Revisión de contenidos:

Equipo de Dirección de Asociación CEIBA
Elías Raymundo Raymundo, Multiservicios Agroindustriales

Diseño de portada:

Melissa Reyes

El contenido del mismo es responsabilidad exclusiva de su autor.

Documento libre de propiedad intelectual. Se permite su reproducción parcial o total, con fines no lucrativos, siempre que se cite la fuente.



ASOCIACION PARA LA PROMOCION Y EL DESARROLLO DE
LA COMUNIDAD "CEIBA"

Km. 56.5 carretera Interamericana
Casa No. 1-265. Buena Vista, Chimaltenango.
ceibauno@gmail.com
Teléfonos: (00 502) 78396033 - 78391033



AMIGOS DE LA TIERRA INTERNACIONAL

Somos la red más extensa de grupos
ambientalistas de base en el mundo. Realizamos
campañas sobre los temas sociales y ambientales
actuales más acuciantes

CONTENIDO

LISTA DE CUADROS.....	v
LISTA DE FIGURAS.....	v
LISTA DE ACRÓNIMOS.....	vi
RESUMEN EJECUTIVO.....	vii
1. INTRODUCCION.....	1
2. EL MUNDO GLOBALIZADO	3
2.1 La Globalización.....	3
2.2 Contradicción Norte Sur.....	3
2.3 Migración	3
2.4 Inversión.....	4
3. DERECHO INTERNACIONAL Y LA INVERSIÓN.....	6
3.1 Tratados Internacionales.....	6
3.2 Tratados Comerciales.....	6
3.3 DR CAFTA.....	8
3.4 TBI Guatemala España.....	10
3.5 Protección a la Inversión dentro de los Tratados Internacionales.....	10
4. LA CONTROVERSIA Y EL ARBITRAJE.....	13
4.1 La Controversia.....	13
4.2 El Arbitraje.....	14
4.3 El arbitraje de Inversión	14
4.4 El <i>Common Law</i>	15
4.5 <i>Civil Law</i>	16
4.6 Principios vs Estándares	17
4.7 Controversia en el TBI Guatemala España	19
4.8 Controversia en el DR CAFTA	19
4.8.1 Solución de controversias de inversión.....	19
4.8.2 Particularidades del Arbitraje en el CAFTA-DR.....	20
4.8.3 Centro Internacional de Arreglo de Diferencias (CIADI)	21
4.9 El CIADI, Guatemala y el DR CAFTA	22
4.9.1 Características del Procedimiento en el CIADI	22
4.9.2 Los Árbitros	23
4.9.3 Los Honorarios	23
5. PARA ENTENDER LOS CONFLICTOS QUE EN CONTRA DE GUATEMALA SE TRAMITAN EN EL CIADI	24
5.1 La Expropiación	24
5.2 Expropiación Indirecta	25
6. CONFLICTOS EN CONTRA DE GUATEMALA EN EL CIADI	26

6.1	Railroad Development Corporation	26
6.1.1	Antecedentes	26
6.1.2	Caso RDC vs Guatemala.....	26
6.1.3	Análisis Jurídico del Caso.....	27
6.1.4	Tribunal Arbitral que examina el caso.....	28
6.1.5	Firma de Abogados guatemalteca.....	28
6.2	Iberdrola.....	28
6.2.1	Antecedentes	28
6.2.2	La controversia Iberdrola-Guatemala	29
6.2.3	Iberdrola en el CIADI	31
6.2.4	Análisis Jurídico del Caso.....	32
6.2.5	Tribunal Arbitral que examina el caso.....	32
6.2.6	Firma de Abogados guatemalteca.....	33
6.2.7	Costo Económico de los casos.....	33
7.	PLAN DE INCIDENCIA POLÍTICA	34
7.1	Análisis de Contexto.....	34
7.2	Problemática	34
7.3	Estrategia de Intervención (Propuesta de Solución).....	35
7.4	Identificación de Objetivos y Metas.....	36
7.5	Caracterización el Espacio de Decisión	36
7.6	Mapeo de Actores	36
7.7	Construcción del plan de acción	37
8.	CONCLUSIONES	38

LISTA DE CUADROS

Cuadro	Nombre	Página
1	Demandas internacionales en contra del Estado de Guatemala.....	2
2	Diferencias entre una Regla y un Estándar.....	19
3	Mecanismos de controversias DR-CAFTA.....	20
4	Opciones de arbitraje en el DR-CAFTA.....	20
5	Problemas y soluciones para el caso de las demandas de trasnacionales al Estado de Guatemala en el CIADI.....	35
6	Tipo de actores en la Estrategia de Intervención.....	37

LISTA DE FIGURAS

Figura	Nombre	Página
1	Factura emitida por EEGSA.....	30

LISTA DE ACRÓNIMOS

BIT's	Bilateral Investment Treaties, ver TBI
CDF, S.A.	Compañía Desarrolladora de Ferrovías Sociedad Anónima
CIADI	Centro Internacional de Arreglo de Diferencias
CNEE	Comisión Nacional de Energía Eléctrica
DR-CAFTA	Tratado de Libre Comercio entre República Dominicana, Centro América y Estados Unidos
EE.UU.	Estados Unidos de Norte América
EEGSA	Empresa Eléctrica de Guatemala, Sociedad Anónima
RDC	Railroad Development Corporation
TBI o TIB	Tratados Bilaterales de Inversiones
TLC-RD-CAUSA	Tratado de Libre Comercio República Dominicana, Centro América y Estados Unidos
VAD	Valor Agregado de Distribución

RESUMEN EJECUTIVO

El presente trabajo cubre tres objetivos: a) un mapa de demandas internacionales planteadas en contra de Guatemala; b) Una descripción del estado de cada una de las demandas, y c) plan de incidencia.

Estos tres objetivos se cubren a través del presente trabajo, el primer objetivo el lector podrá leer acerca de información básica acerca de dichas demandas así como el lugar en el que fueron planteadas.

El segundo objetivo, que es el más extenso del presente trabajo podrá el lector encontrar respuestas al por qué han procedido dichas demandas en contra de Guatemala, asimismo, cuál es el asidero jurídico de las mismas y las posibilidades de ganar.

Por último, se propone un plan de incidencia dirigido al movimiento social, cuyas acciones son enumerativas más no limitativas de otras que pudieran impulsar los movimientos sociales en Guatemala.

1. INTRODUCCION

Guatemala a partir de la firma de Tratados de Inversión, tales como el DR CAFTA y el Tratado de Inversión Bilateral España-Guatemala, cuenta con dos demandas a nivel del Centro Internacional de Arbitraje de Inversión (CIADI), estas demandas suman sólo en cuanto al monto demandado US\$ 725 millones.

El CIADI no es un órgano jurisdiccional establecido sino un medio extrajudicial de arribar a acuerdos, no obstante, revisa la jurisdicción guatemalteca y sus decisiones administrativas por lo cual deviene inconstitucional. Por esto El arbitraje de inversión no es una salida jurídicamente sostenible, pues no es un sistema “amigable” como lo veremos.

Asimismo, resulta demasiado injusto ser juzgados por parámetros del *Common Law*, cuando las decisiones se han realizado en parámetros del *Civil Law*. Aunque el sistema de arbitraje, dice tomar en cuenta el sistema jurídico latino, esto en la práctica no se vuelve viable pues sus fallos son dados por intuición y no por deducción.

En ese sentido, también, se puede afirmar que de la mayoría de casos llevados ante el CIADI todos han sido fallados a favor de las transnacionales, como lo ha hecho ver Bolivia en su renuncia, situación que incluso los juristas internacionales no logran rebatir pues las cifras así lo dictan.

Como lo ha expresado Bolivia: *“el CIADI es un tribunal absolutamente desequilibrado que toma partido siempre por las transnacionales. Los hechos así lo demuestran: De los 232 casos de arbitraje presentados, 230 han sido planteados por transnacionales contra los Estados.*

Del total de disputas atendidas (concluidas y en proceso) por este tribunal hasta febrero de 2007 (109), en el 74 por ciento de los casos los demandados son países en desarrollo, es decir naciones pobres; en el 19% son países desarrollados y apenas en el 1,4% son las naciones ricas de la Tierra, los países del G8.

El 36% de los casos atendidos por el CIADI terminaron con un fallo favorable al inversionista privado y 34% de los casos fueron resueltos fuera de la corte, pero con compensación para el inversor. En los pocos casos ganados por los Estados, éstos no obtuvieron indemnizaciones.”¹

¹ Razones del Gobierno Boliviano disponible en internet: <http://www.art-us.org/content/bolivia-decide-salir-del-ciadi>

Los casos de demandas de trasnacionales en contra del Estado guatemalteco se presentan a continuación.

Cuadro 1. Demandas internacionales en contra del Estado de Guatemala.

EMPRESA DEMANDANTE	MONTO DE LA DEMANDA	ORIGEN DEL CONFLICTO	TRIBUNAL INTERNACIONAL	FECHA DE INICIO DE LA DEMANDA	TRATADO BILATERAL O MULTILATERAL DE ORIGEN
Railroad Development Corporation	U\$65 millones	Declaración de lesividad del contrato	CIADI	20/08/2007	DR-CAFTA
Iberdrola Energía, S.A.	US\$660 millones	Pliero tarifario VAD (Valor Agregado de Distribución)	CIADI	17/04/2009	TIB ESPAÑA GUATEMALA
Teco Energy Inc *	Desconocido	Pliero tarifario VAD (Valor Agregado de Distribución)	CIADI	Desconocido	DR-CAFTA

* Teco Energy Inc era el socio de Iberdrola en la inversión en EEGSA, ha manifestado su intención de iniciar demanda en contra de Guatemala

A través de los casos específicos veremos cómo se han violentado la soberanía nacional, entregada a través de los Tratados Comerciales.

2. EL MUNDO GLOBALIZADO

2.1 La Globalización

Hoy nos encontramos, a nivel mundial frente al fenómeno de la globalización que podría caracterizarse, según Francois Houtart, en *La Mondialisation de l'économie*, citado por Baró Herrera, por los siguientes fenómenos: “*el establecimiento de redes mundiales con nacionalidades cada vez más difíciles de determinar; los espectaculares progresos en los transportes y las comunicaciones; las enormes cantidades que se mueven a nivel mundial – estimadas en unos mil millones de dólares diarios- muchas veces para cuestiones especulativas; la alta concentración en un reducido número de países*”².

Cuyos efectos sociales, económicos y políticos están transfigurando el mundo que conocemos, que ha transfigurado las categorías políticas, jurídicas, sociales y económicas.

La nueva contradicción Norte y Sur, la alta concentración de riqueza en pocos países y a nivel social, las fuertes migraciones de países del sur hacia los países del norte, asimismo, esta época ha estado marcada por las fuertes inversiones de las empresas con sede social en países del Norte en países del Sur, creando fenómenos jurídicos, como los Tratados Comerciales.

2.2 Contradicción Norte Sur

Esta la podemos entender como la relación de poder entre los Estados que han tenido un desarrollo económico que le permite a su población vivir bajo un desarrollo humano alto, como lo ha denominado el Programa de Desarrollo de las Naciones Unidas. Y, los Estados en los que sus poblaciones viven en un desarrollo humano medio o bajo³.

2.3 Migración

La globalización, ha traído consigo, el ensanchamiento de la pobreza a nivel mundial, en especial en los países denominados del sur, entre ellos el nuestro⁴.

² Silvio Baró Herrera, **Globalización y Desarrollo Mundial**, Pág. 5

³ Carlos Manuel Bezares Marroquín, **Relación de los Derechos Humanos, El Derecho Internacional y El Derecho Constitucional, hermenéutica del principio de preeminencia para su aplicación en los tribunales**, pag. 36

⁴ Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo, **Informe Nacional de Desarrollo Humano 2007-2008 Volumen I**, Pág. 19-21

Estos hechos que van más allá del fenómeno económico ha provocado fenómenos sociales, que se interrelacionan mundialmente, en un sistema aún muy frágil, sin mayor protección y regulación jurídica.

Las causas de la pobreza en países como el nuestro han provocado que nuestros connacionales migren a países del Norte, como los EEUU, esto ha provocado que sus economías nacionales así como sus sistemas sociales se vean afectados o beneficiados, según sea el caso, por dicho fenómeno.

En ese sentido María Ileana García Gossio nos dice: *“La migración como un fenómeno mundial ante la globalización se ha incrementado: los migrantes no solo aportan fuerza de trabajo nueva a los a los sitios que la requieren sino también llevan consigo una gran diversidad cultural a las regiones en donde se instalan. Tal aporte en ocasiones ha resultado enriquecedor desde una perspectiva multicultural pero en otras, y ante el miedo y desconfianza que genera lo desconocido ha dado lugar a fenómenos interculturales xenofóbicos extremos...”*⁵

Según las cifras de la Organización Internacional del Trabajo, para el año 2004 185 millones de personas se encontraban en situación de migración, de los cuales 15% se encontraban en situación irregular⁶.

2.4 Inversión

Frente a este nuevo orden mundial, los países del Norte han mostrado preocupación por la pobreza en el Sur, como fenómeno social.

A mi parecer, uno de los factores en este reciente interés ha sido detener la migración hacia sus países, denominado *push effect*⁷.

No obstante, la migración si bien es cierto trae consigo una riqueza multicultural, también lo es que en el caso norteamericano una explosión demográfica latinoamericana podría traer consigo el colapso de su sociedad como tal.

Así lo afirman los conservadores republicanos en el Documento Santa Fe IV, donde dicen que Norteamérica ha fallado en términos de la asimilación

⁵ María Ileana García Gossio, **Los Nuevos Escenarios de la Migración: Causas, Condiciones, Consecuencias**. Pág. 15

⁶ **Idem.**

⁷ Carlos Federico Domínguez Avila, **Migración, Globalización y Relaciones Internacionales: En busca de nuevas interpretaciones fundamentadas en evidencias latinoamericanas recientes**, en **Los Nuevos Escenarios de la Migración: Causas, Condiciones, Consecuencias**, Pág. 198

latinoamericana y debido a ello nuestra demografía representa un peligro para su sociedad, en términos de defensa⁸.

Las estrategias para la reducción de la pobreza por parte de los Países del Norte, han sido desde el amable rostro de la cooperación internacional, hasta atraer a las compañías con sede social en los países del norte a invertir sus capitales en el Sur, con la intención de mejorar la *calidad de vida* de los países del Sur.

Las razones que esgrimen los defensores de la inversión extranjera en nuestros países, es la necesidad de insertarse en el nuevo orden mundial, así como de agenciarse de capital de inversión con la que no cuentan nuestros Estados.

Efectivamente esta inversión genera fuentes de empleo para los países receptores, y en último caso, frena el *push effect*.

No obstante, los inversores exigen a sus Estados que para invertir sus capitales en países emergentes (países del sur), éstos presenten estándares *mínimos internacionales*, para garantizar su inversión, lo cual ahondaré en el capítulo siguiente.

Frente a estas afirmaciones, es necesario hacer una acotación, sería falaz únicamente expresar en este trabajo que la inversión de las industrias de los países del norte, es exclusivamente para reducir la pobreza y frenar el *push effect*.

Los Estados del Norte logran convencer a sus industrias de invertir su capital en nuestros países debido a la gama de oferta que tenemos. Entre otras muchas: mano de obra a bajo costo, exenciones fiscales, fuertes intereses del capital pasivo, y otros que sería una larga lista enumerar.

De la necesidad de regular las inversiones así como el comercio con otros países en esta era de globalización nacen los acuerdos bilaterales o multilaterales en materia comercial, los que necesariamente crean fenómenos jurídicos.

⁸ James P. Lucier **Documento Santafe IV**, Pag. 17-22 disponible en internet en español: <http://www.offnews.info/downloads/santafe4.PDF>

3. DERECHO INTERNACIONAL Y LA INVERSIÓN

3.1 Tratados Internacionales

En realidad, la explicación jurídica de los Tratados Comerciales es la misma que la de los Tratados de Derechos Humanos, su diferencia estriba en el objeto de regulación del tratado, mientras en los primeros se regula comercio y todas sus aristas, en los segundos se regulan aspectos de la dignidad humana.

Para encontrar una definición legal de los mismos citaré el artículo 2 de la Convención de Viena: "...a) se entiende por "tratado" *un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación...*"

Esta Definición no estaría completa sino le agregamos que los Tratados Internacionales pueden ser firmados entre los Estados y Sujetos de Derecho Internacional (Cruz Roja, Naciones Unidas, Organismo de Estados Americanos, etc.)⁹.

Asimismo, los tratados tienen diversos nombres: convención, acuerdo, tratado, protocolo, estatuto, declaración, estos son sinónimos de Tratados Internacionales¹⁰.

3.2 Tratados Comerciales

Ahora bien, centrémonos en los Tratados Internacionales Comerciales, que es la finalidad del presente apartado, estos como dije tienen por objeto regular relaciones comerciales entre dos o más Estados y entre nacionales de los Estados firmantes y los Estados firmantes.

Estos Tratados pueden ser multilaterales como el el Tratado de Libre Comercio entre República Dominicana, Centro América y Estados Unidos (DR-CAFTA). O, bien pueden ser acuerdos bilaterales, denominados por la doctrina jurídica como Bilateral Investment Treaties BIT's por sus siglas en inglés, que en nuestro derecho podrían ser denominados Tratados Bilaterales de Inversiones TBI, por ejemplo el Tratado Bilateral de Inversión entre Guatemala y España.

⁹ Carlos Manuel Bezares Marroquín, , pags. 41-41.

¹⁰ Manuel Becerra Ramírez, **El Derecho Internacional Público**, Pág. 36 versión PDF, disponible en internet, en la Biblioteca Jurídica Virtual de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM): <http://www.bibliojuridica.org/libros/1/274/2.pdf>

Estos dos Tratados Internacionales, firmados y ratificados por el Estado de Guatemala, regulan entre otros aspectos la protección de la inversión de capitales provenientes de los países del norte.

Tal protección deviene de una realidad que resultaría infranqueable como nos lo expone Roberto Oliva de la Cotera: *“...con desmedida frecuencia el ordenamiento jurídico y las administraciones de justicia de los países receptores de inversiones carecen de sistemas aptos que proporcionen y doten de confianza al inversionista. En definitiva, nuestros países poseen una institucionalidad frágil, débil y deficiente de protección hacia el inversionista, y en muchos casos alarmante dependencia y subordinación del poder administrativo sobre el Poder Judicial, que en algunos casos alcanza al Poder Legislativo. La inseguridad Jurídica campea, seguida de la corrupción, y una habitual y patológica desviación en el cumplimiento de la ley...”*¹¹.

A manera de comentario, es de hacer ver que quienes propugnan estos estándares mínimos de protección del inversionista, en nuestros países, normalmente no propugnan por estándares mínimos de protección de los Derechos Laborales y los Derechos Humanos.

Ejemplo de ello es la reticencia que se ha tenido en Guatemala de impulsar las medidas laborales contenidas en el DR CAFTA: *“El Gobierno de los Estados Unidos de América, al igual que la Comisión de Aplicación de Normas de la 98ª y 99ª Conferencia Internacional del Trabajo ha manifestado su preocupación por el reiterado deterioro de la situación de los derechos humanos laborales y sindicales en Guatemala y la falta de voluntad política del Gobierno de Guatemala para solventar esta situación. Esta falta de voluntad política se manifiesta no sólo en la ausencia de avances concretos en el combate al uso y amenazas de violencia que parecen estar relacionados al ejercicio o el intento de ejercer los derechos laborales en Guatemala, inclusive el derecho de asociación y el derecho de sindicalización y de negociación colectiva sino también con la falta de protección adecuada para las personas amenazadas por la violencia, entre otros.”*¹²

Esto demuestra, que la normalidad de nuestros países es que siguen el camino de la subordinación del Poder Judicial al Poder Ejecutivo y en el peor de los casos, como el nuestro, subordinación del aparato de justicia a poderes fácticos que determinan su actuación. Por estas razones a nivel externo se le

¹¹ Roberto Oliva de la Cotera **Sistema de Protección de Inversiones y el arbitraje del CIADI en la República de El Salvador**, pág. 2 disponible en internet, en la Biblioteca Jurídica Virtual de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM): <http://www.bibliojuridica.org/libros/6/2815/4.pdf>

¹² http://www.csa-csi.org/index.php?option=com_content&view=article&id=6187%3Aguatemala-eeuu-inicia-proceso-de-consultas-del-tratado-entre-dr-cafta&catid=26%3Aagencia-de-noticias&Itemid=258&lang=es

garantiza la seguridad jurídica al capital de inversión que se traduce en los Tratados Comerciales.

3.3 DR CAFTA

Este tratado comercial se firma con los Estados Unidos, Centroamérica y República Dominicana a lo largo de los 21 capítulos regulatorios más un capítulo de disposiciones finales, dividido cada uno en artículos, los cuales intentan desarrollar, según el preámbulo, lo siguiente:

“FORTALECER los lazos especiales de amistad y cooperación entre sus naciones y promover la integración económica regional;

CONTRIBUIR al desarrollo armónico y a la expansión del comercio mundial y brindar un catalizador para ampliar la cooperación internacional;

CREAR un mercado más amplio y seguro para las mercancías y los servicios producidos en sus respectivos territorios mientras se reconocen las diferencias en sus niveles de desarrollo y en el tamaño de sus economías;

EVITAR las distorsiones en su comercio recíproco;

ESTABLECER reglas claras y de beneficio mutuo en su intercambio comercial;

ASEGURAR un marco comercial previsible para la planificación de las actividades de negocios y de inversión;

DESARROLLAR sus respectivos derechos y obligaciones derivados del *Acuerdo de Marrakech por el que se establece la Organización Mundial del Comercio*, así como de otros instrumentos multilaterales y bilaterales de cooperación;

BUSCAR facilitar el comercio regional promoviendo procedimientos aduaneros eficientes y transparentes que reduzcan costos y aseguren la previsibilidad para sus importadores y exportadores;

FORTALECER la competitividad de sus empresas en los mercados globales;

ESTIMULAR la creatividad y la innovación y promover el comercio de mercancías y servicios que sean objeto de derechos de propiedad intelectual;

PROMOVER la transparencia y eliminar el soborno y la corrupción en el comercio internacional y la inversión;

CREAR nuevas oportunidades para el desarrollo económico y social en la región;

PROTEGER, fortalecer y hacer efectivos los derechos fundamentales de sus trabajadores y fortalecer la cooperación en materia laboral;

CREAR nuevas oportunidades de empleo y mejorar las condiciones laborales y los niveles de vida en sus respectivos territorios;

DESARROLLAR sus respectivos compromisos internacionales en materia laboral;

IMPLEMENTAR este Tratado en forma coherente con la protección y conservación del medioambiente, promover el desarrollo sostenible y fortalecer la cooperación en materia ambiental;

PROTEGER y conservar el medio ambiente y mejorar los medios para hacerlo, incluso mediante la conservación de los recursos naturales en sus respectivos territorios;

CONSERVAR su flexibilidad para salvaguardar el bienestar público;

RECONOCER el interés de las Partes centroamericanas de fortalecer y profundizar su integración económica regional; y

CONTRIBUIR a la integración hemisférica y proveer un impulso hacia establecer el *Área de Libre Comercio de las Américas*”

El preámbulo de una ley o tratado nos entrega el espíritu de la misma, como se habrá dado cuenta el lector. En general, el Tratado busca desarrollar los lazos comerciales y crear una zona franca.

Una **zona franca** significa una zona libre de aranceles, los aranceles por su parte significan impuestos de un país receptor sobre productos de otros países emisores.

En el presente caso serían productos, bienes o servicios producidos por cualquiera de los países que han firmado el DR CAFTA, Guatemala, Honduras, El Salvador, Nicaragua, Costa Rica, República Dominicana y EEUU. Los que al entrar a cualquiera de los países firmantes se encuentran libres de impuestos para su ingreso.

Lo anterior, según el DR-CAFTA, se hará cuidando aspectos sociales y políticos como el trabajo, la transparencia y el medio ambiente, pero sobre todas las cosas crear reglas claras para el comercio, la inversión, la propiedad intelectual, etc.

Centroamérica y República Dominicana negociaron el DR-CAFTA durante el periodo del año 2003 al año 2004, en el caso guatemalteco este se aprobó el día 10 de marzo del año 2005 entrando en vigencia a través del Decreto Legislativo 31-2005 desde el día 24 de marzo de ese año.

Es importante recordar el ambiente socio-político en el que se suscribe el DR-CAFTA, ya que esta política no fue consentida por todos los sectores de la sociedad civil organizada. El gobierno de la GANA, encabezado por el Presidente Oscar Berger, se caracterizó por la implementación de políticas de corte neoliberal, en el marco de la globalización. Y frente a ello, la movilización de sectores progresistas, que se manifestaron en contra del contenido de dicho tratado –sobre todo por atentar contra los derechos laborales-, dan cuenta de que la respuesta estatal a la conflictividad social no fue la adecuada y acorde a la realidad socio económica del país.

3.4 TBI Guatemala España

La denominación de este tratado internacional es Acuerdo entre la República de Guatemala y el Reino de España para la Promoción y Protección recíproca de inversiones, aprobado por el Congreso de la República de Guatemala el día 10 de septiembre del 2003 a través del Decreto Legislativo 42-2003 vigente a partir del 24 de septiembre del año 2003.

Este acuerdo se divide en 13 artículos los cuales se subdividen en sus respectivos incisos, tiene por objeto proteger promover y proteger las inversiones españolas en Guatemala y viceversa, sin entrar a normar situaciones sociales y políticas.

3.5 Protección a la Inversión dentro de los Tratados Internacionales

Los Principios contenidos dentro de los de los Tratados Comerciales, tanto los multilaterales como los TBI han ido desarrollando ciertos principios para la inversión, que en el caso anglosajón los denomina estándares:

a) *Trato Nacional*

Este principio se refiere a que el inversionista extranjero recibirá el mismo trato que el inversionista nacional, otorgándosele un trato no menos favorable que al inversionista nacional.

b) *El Trato Justo y Equitativo*

Sobre este principio de los tratados comerciales existe un debate serio en la teoría jurídica, es la obligación del Estado de no tener un comportamiento contrario al espíritu del tratado.

Es en realidad un bien jurídico abstracto, es decir, cualquier comportamiento jurídico (legislación, fallos judiciales etc.) que fuere percibido por el inversor (derecho subjetivo) como atentado en contra del tratado comercial al que se acoja podrá llevarlo ante los tribunales locales y luego a los centros de arbitraje internacional, y serán estos los que determinen si existe o no una violación de la norma (derecho objetivo).

Según el DR CAFTA el cual examinaremos en el siguiente apartado, el trato justo *incluye la obligación de no denegar justicia en procedimientos criminales, civiles, o contencioso administrativos, de acuerdo con el principio del debido proceso incorporado en los principales sistemas legales del mundo; la protección y seguridad plenas exige a cada Parte otorgar el nivel de protección policial que es exigido por el derecho internacional consuetudinario.*

El texto nos indica que es la certeza plena que las sociedades o personas extranjeras, inversionistas en el Estado receptor, optarán como cualquier nacional al sistema de justicia para hacer valer sus derechos, teniendo garantizado el debido proceso, es decir, las fases que estipulan las leyes para llevar a cabo un juicio, con las garantías de ataque y defensa en juicio.

c) *Trato de la Nación más favorecida*

Este principio en la práctica se convierte en un *Derecho Pro Inversor*, es decir, que en caso el Estado receptor de la inversión firmare un tratado con otro Estado que mejore estas la condiciones de inversión, estas le serían aplicadas, siempre y cuando el inversor manifieste su voluntad y nunca de manera obligatoria.

Asimismo, este principio acoge el principio del *Ius Cogens* Internacional o también denominada la costumbre internacional que en otro trabajo definí de la siguiente manera: “...*la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados definió al Ius Cogens como el conjunto de buenas costumbres e instituciones Jurídicas, que no pueden ser derogadas por los acuerdos arbitrarios entre particulares, ni entre los*

*Estados signantes, a menos que exista lo que se denomina totus orbis es decir el acuerdo de todo el planeta.*¹³

d) *Protección y Garantías contra riesgos no comerciales*

Este principio garantiza al inversor que aunque existan cambios políticos que alteren el curso normal del comercio, es decir las transferencias o que impulsen expropiaciones o nacionalizaciones, les será garantizado su derecho de propiedad, su goce, uso y disfrute.

¹³ Carlos Manuel Bezares, Op. Cit. Pág. 44, para una mejor profundización del tema se recomienda una lectura de dicho trabajo.

4. LA CONTROVERSIA Y EL ARBITRAJE

4.1 La Controversia

Históricamente la humanidad ha vivido controversias, se podría decir que es parte de la condición humana, si existe algo que podría ser considerado como tal, los conflictos y contradicciones en el seno de la humanidad son parte de la misma, el motor del desarrollo humano en su sentido más general.

Gracias a las contradicciones hemos arribado a nuevas formas de dirimir los conflictos, que van desde los medios violentos hasta los mecanismos complejos de los juicios, en suma no son más que mecanismos de resolución de conflictos.

No es de extrañar pues el desacuerdo entre dos personas o entre colectivos humanos, de esta cuenta, hoy contamos con mecanismos complejos como el *civil law* y el *common law*, como las dos vertientes jurídicas más grandes que existen, o bien como Derecho Reglado y Derecho Consuetudinario.

Estos mecanismos nacen de la necesidad e inspirados en el ideal de paz, así pues los procesos judiciales o extrajudiciales son mecanismos de resolución de conflictos en el seno de una sociedad.

Ahora bien, como lo expuse al principio de este trabajo este siglo está marcado por el Nuevo Orden Mundial o globalización hondamente marcada por su contenido neoliberal.

En otras palabras nos encontramos frente a un desarrollo tecnológico y comercial como no había tenido paragón en la historia de la humanidad, esto como expuse ha complejizado las relaciones económicas, políticas, sociales y por supuesto las jurídicas, última ratio para regular las conductas humanas.

De esta cuenta hoy los procesos judiciales y extrajudiciales son reflejo del ideal de paz social, y evitar los mecanismos violentos como medios para dirimir un conflicto.

Hace dos siglos, era mucho más fácil comprender los mecanismos judiciales, una persona nacional tenía un conflicto con su Estado, este lo dirimía dentro de los mecanismos preestablecidos para ello, a través del debido proceso.

Dentro de las ciencias jurídicas a la controversia se le denomina *litis* mientras que sometido al proceso jurisdiccional, es decir al conocimiento de un Juez se le llama *litigio*, no obstante en este trabajo nos centraremos en las medidas

extrajudiciales de resolución de conflictos, siendo conocido en la doctrina jurídica como *arbitraje*.

4.2 El Arbitraje

Veamos cómo define la Doctrina: *“Es una forma heterocompositiva, es decir una solución al litigio, dada por un tercero imparcial (Carnelutti), un Juez privado o varios, generalmente designado por las partes contendientes. En ausencia de su consentimiento el nombramiento será hecho por el juez público nacional, que aunque regulado por la ley adjetiva, tiene un ritual menos severo y formal que el del procedimiento del proceso jurisdiccional. La resolución por la que se manifiesta el arreglo se denomina laudo cuya eficacia depende de la voluntad de las partes o de la intervención judicial, según las diversas variantes”*.¹⁴

Asimismo, esta autora nos dice que para que el arbitraje pueda funcionar es necesario: *“que previamente las partes hayan aceptado, de común acuerdo someterse a este medio de solución.”*¹⁵

4.3 El arbitraje de Inversión

El arbitraje de inversión ha sido equiparado con el arbitraje comercial, que se trata de arbitrajes entre particulares, por lo cual la mayoría de sus árbitros son especialistas en Derecho Comercial, y estos a su vez ven la solución de sus casos en los Tratados Internacionales Privados que versan sobre materia comercial.

No obstante, la problemática está puesta, toda vez que, dentro del arbitraje de inversión se tratan temas tales como legislación de Estado, decisiones de funcionarios estatales, así como en caso de perder el Estado demandado el pago de la indemnización saldrá del erario público, por lo cual, se trata de relaciones que se dan dentro de la esfera pública del Derecho.

Para justificar esta situación sin sustento, Miguel Rabágo Dorbecker nos indica que un reciente fallo en el caso Lowenthal vs. EEUU se ha afirmado: *“En tal decisión se estableció que el arbitraje en materia de inversiones deriva del Derecho Internacional Público y que la oferta general de arbitraje esta hecha por medio de un tratado interestatal recíproco”*¹⁶.

Es decir que de propia “voluntad” el Estado somete a conocimiento de un tribunal “amistoso” que deberá resolver situaciones que en sus propios países

¹⁴ Elvia Arcelia Quintana Adriano, **Marco Jurídico del Arbitraje Nacional, Regional e Internacional en Contratación y Arbitraje Internacional**, Pág. 397 disponible en internet, en la Biblioteca Jurídica Virtual de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM): <http://www.bibliojuridica.org/libros/6/2776/16.pdf>

¹⁵ Idem.

¹⁶ Miguel Rabágo Dorbecker, **El Sistema Híbrido de Arbitraje en Materia de Inversiones**, pág. 166

serían litigios, es decir juicios que como hemos visto distan mucho de controversias amistosas.

Por ejemplo, los inversores a través de este proceso “extrajudicial” demandan a un Estado, en caso de perder, la indemnización saldrá del erario público nacional, el cual está sujeto a la auditoría social, por lo cual es de interés público.

Otra de las características del Arbitraje de inversión es que se guía de acuerdo a las reglas del *common law*, que es un sistema aplicado en los países de tradición anglosajona y bajo este lente evalúa situaciones nacidas dentro del *civil law*, derecho reglado, que es el derecho de los países de América latina.

4.4 El Common Law

Es un sistema jurídico aplicado por los países de tradición anglosajona, Inglaterra, Irlanda, Australia, Nueva Zelanda, Israel, Estados Unidos exceptuando el Estado de Lousiana, y los países Africanos colonizados por los ingleses.

Este Sistema Jurídico tiene su origen en Inglaterra con la llegada de los Normandos al Reino de Inglaterra en 1066. Guillermo I fue estableciendo un gobierno central que impartía justicia a partir de un Derecho Común (*Common Law*)¹⁷.

De esta forma hasta la fecha se tienen once siglos de historia del *Common Law*, que en cada uno de los países colonizados por los ingleses tendrá su vertiente, en especial las diferencias que hoy por hoy tiene el sistema Norteamericano con el Sistema Inglés.

Quizá para el lector sea complicado entender en donde estriban las diferencias con nuestro sistema jurídico. Para ir explicando este extremo partiré de las formas de aplicación del derecho en nuestro sistema.

Para los sistemas latinos las leyes las crea un legislador, que limita a las personas en sus derechos e impone obligaciones. Asimismo, estas se ven inspiradas por principios que históricamente se han introducido en las leyes aprobadas por un cuerpo legislador preestablecido, y al momento de su aplicación el juez se sujeta a estas.

Para el *common law* actual, también existen legisladores, el parlamento, a quienes les corresponde exclusivamente expedir leyes, no obstante paradójicamente el juez está sujeto a examinar los casos controversiales aún sin la existencia de leyes.

¹⁷ J.A. Jolowicz, **Vistazo al Common Law**, *Boletín del Instituto Comparado de México*, Número 60 Septiembre- Diciembre año 1967, pág. 502 disponible en internet, en la Biblioteca Jurídica Virtual de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM):
<http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/indice.htm?r=indercom&n=60>

En ese sentido, el juez puede desapegarse de las leyes del parlamento por anteriores sentencias en casos similares, el precedente, la costumbre es otra de las características de este derecho es decir aquello que ha sido repetido constantemente y se tiene por justo será aplicado en el sistema del *common law*¹⁸.

4.5 Civil Law

El antecedente histórico del sistema jurídico latino se encuentra en la antigua Roma, la mayoría de nuestras instituciones tienen un antecedente en la forma en la que se impartía justicia dentro del Imperio Romano, es decir es un derecho que ha tenido un desarrollo histórico de 2000 años.

Debido a lo anterior, nuestros sistemas actuales difieren de ese primer sistema jurídico Romano, no obstante, el principio de tener preestablecidas las situaciones que son materias del derecho son muy arraigadas en los sistemas jurídicos de tradición latina.

Estas instituciones, pasaron a la Europa Continental, primero como fueros de las Cortes, y luego su gran transformación llegó con la Revolución Francesa. Nació el Código Civil Napoleónico, que es el primer cuerpo reglado como actualmente lo conocemos, es decir, dividido en Títulos, Capítulos y Artículos.

Para América Latina, el desarrollo histórico del derecho civil, llega vía el Derecho Estamental Español de origen Romano aplicado durante la colonia. Ya con la independencia de los países Latinoamericanos del Reino de España, adoptan el código francés como forma de regulación.

Recordemos que las independencias latinoamericanas son impulsadas por liberales inspirados en el ideal francés de un Estado, una lengua y una Nación, con los ideales de libertad, igualdad y fraternidad, por lo cual se impulsa la adopción de los códigos reglados, es decir divididos por títulos, capítulos, y artículos.

De esta manera, el Juez no puede conocer controversias que no estén previamente reguladas por el legislador, ni aplicar un derecho que no exista en la Ley.

En ese sentido, el Juez no tiene la capacidad de fallar en sus sentencias fuera de los que estipulan las leyes del país. Es decir el Juez no es un creador de normas sino un intérprete de lo que el legislador quiso decir dentro de las leyes. Esta es quizá la diferencia más grande que existe en ambos sistemas, la libertad del juez en el *common law* a través del precedente creando Derecho y la limitación reglada del juez en el sistema latino, interpretando Derecho.

Así pues el Juez dentro de un sistema latino, aplicará el Derecho acorde a los Principios, Doctrinas, leyes y su deducción, mientras que un Juez Anglosajón

¹⁸ J. A. Jolowicz, Idem, Pág. 506

fijará su posición a través de la tradición, el precedente, su intuición y los estándares.

4.6 Principios vs Estándares

Ahora se tiene claro las diferencias primarias entre el *common law* y el *civil law*, sin embargo las diferencias se verán agravadas en la aplicación de principios o de estándares.

Si bien es cierto, el *civil law* en su desarrollo contiene estándares, por ejemplo la duda razonable de un juez en el proceso penal, esta se aplica cuando las pruebas que ha tenido el juez para valorar la culpabilidad de una persona en un proceso penal no logran hacerlo llegar a la convicción de culpabilidad del sindicado, entonces opera el principio *in dubio pro reo*, o la duda favorece al reo, y el juez está conminado a finalizar el proceso penal en contra de la persona.

No obstante, este estándar dentro del proceso penal se inspira en una interpretación reglada y un principio contenido dentro de las reglas, es decir el alcance del estándar está limitado por un cuerpo reglado, en este caso el Código Procesal Penal, que ha sido previamente establecido por los legisladores, encontrando otro principio *Nullum Pena sine lege*, es decir no hay pena sin ley anterior.

El estándar es un ideal al que se quiere arribar, parecido a un principio pero con hondas diferencias, pues el principio está reglado como lo he demostrado anteriormente, mientras que el estándar dentro del *common law* son sus bases por ejemplo reasonableness (razonable). A través de este estándar se juzga la licitud y rectitud de un contrato, es decir la razón debe indicarle al juez si fue o no lícito y recto un contrato.

Ligado a otros conceptos *due care* (debido cuidado), *negligence* (negligencia), *fault* (culpa), los que dentro de un *due process* (debido proceso) serán evaluados los contratos. Existirá negligencia civil como lo explica la formula Hand: existe negligencia cuando el costo de evitar el riesgo, multiplicado por su probabilidad de éxito, es inferior al costo de evitarlo.

Mientras que se evaluará si es un debido proceso si se ajusta a los precedentes que existen.

Como se verá, la libertad que tiene el juez anglosajon de determinar si existió debido cuidado, negligencia le dará como resultado la culpa, pero las preguntas son qué es el debido cuidado, hasta dónde está su alcance.

Por ello, el estándar puede ser vago en su definición es decir qué es lo razonable, lo que para mí puede ser razonable quizá para usted no lo es, sin embargo, el derecho anglosajon está inspirado en el *common sense* (el sentido común).

El *sentido común* es un concepto ampliamente desarrollado dentro de la época victoriana en Inglaterra, afirmaban que existía en el razonamiento algo que indicaba el modo de actuar correcto, a través de la intuición y a esto se le denomina el sentido común. Pues todos lo poseen.

Sin embargo nada más subjetivo que el sentido común, pues cada cultura en este planeta tiene una concepción diferente de un actuar correcto, asimismo, las personas aún atendiendo a su intuición sus acciones serán diferentes.

De allí pues, que Lewis Carrol en su obra Alicia en el País de las Maravillas, hacía una crítica mordaz en contra de las reglas del sentido común, pues para Alicia esas reglas le eran desconocidas, de un mundo irreal en el que la justicia la impartían de acuerdo a los dictados de la reina y no de la mayoría de animales de la fabula.

No diré que un sistema es mejor que otro, pues cada uno responde a una construcción histórica diferenciada, que en último caso busca el ideal del derecho la justicia, el sistema latino atiende a lo preestablecido con sus ventajas y desventajas.

Mientras que, el sistema consuetudinario anglosajón, atiende a la flexibilidad de los estándares y precedentes y como estos se manifiesten en la conciencia del juez con sus ventajas y desventajas, sin embargo resulta muy astuto poner dicha forma de aplicación dentro de los Tratados de Inversión.

Pues como afirma el jurisconsulto Francisco Gonzales de Cossio: “*Las autoridades... están acostumbradas a saber cuales son sus facultades y poderes, así como su alcance, mediante la revisión de cuerpos legislativos que detallan con bastante precisión no sólo lo que deben hacer, sino también cómo hacerlo. Saben que si siguen dichas reglas, su conducta no será tildada de inválida (o inconstitucional)...*”¹⁹.

El Cuadro 2 explica las diferencias entre una regla y un estándar, siguiendo la elaboración es de Francisco Gonzales de Cossio²⁰.

Para finalizar el presente apartado diré que Gonzales de Cossio en su trabajo hace una apología de los estándares, diciendo que la salida es conocerlos.

Mi crítica ante esta posición es que por más que quisiéramos hacer de un círculo un cuadrado esto nunca se logrará, de igual forma no se logrará un entendimiento absoluto entre el *common law* y el *civil law* pues se trata de dos sistemas jurídicos diferentes.

¹⁹ Francisco Gonzáles de Cossio **Estándares en Arbitraje de Inversión**, pág 56

²⁰ Idem, 59

Cuadro 2. Diferencias entre una Regla y un Estándar

REGLA	ESTÁNDAR
Hipótesis con requisito	Concepto que deja espacio de adaptación
aplicación mecánica	análisis circunstancial
razonamiento lógico (deductivo)	Razonamiento Intuitivo (experiencia)
Seguridad Jurídica	Mejor respuesta in casu
Justicia Formal	Justicia sustantiva
aplicación económica (economiza información)	Necesita mucha información
Fija	Mutable
Rígida	General y flexible
Inadaptable	Adaptable
Predecible	Impredecible
Exige poco de su aplicador	Exige mucho de su aplicador
Rápidamente rebasada por la realidad	Se ajusta a cambiante realidad
Función esclarecedora	Función armonizadora
Adopta posturas arbitrarias	Favorece juicio circunstancial
Dinamismo de la realidad, genera necesidad de excepciones ad hoc	Evita casuismo
Hace cortes dicotómicos en una realidad continua	toma en cuenta toda la realidad
Si son numerosas, son difíciles de aprender. Se convierten en trampas	Correctamente diseñado, captura intuición sobre conducta y se hace fácil aprender e implementar
Puede ser miope	Puede ser vago
Buena para dar claridad	Facilita acuerdos en áreas difíciles

4.7 Controversia en el TBI Guatemala España

En el caso del TBI Guatemala España, no se especifica ningún procedimiento de arbitraje, en el DR-CAFTA si está muy claro como sería dicho procedimiento.

4.8 Controversia en el DR CAFTA

4.8.1 Solución de controversias de inversión

En los Cuadros 2 y 3 se presentan los mecanismos de controversias como las opciones de arbitraje establecidas en el DR-CAFTA.

Cuadro 3. Mecanismos de controversias DR-CAFTA

FASE DEL PROCEDIMIENTO	PLAZO	BASE LEGAL
Reclamo	6 meses a partir de la controversia hasta un máximo de 3 años	Arts. 10.16(3) y 10.18 DR CAFTA
Notificación de intención	90 días antes de someter el asunto al arbitraje	art. 10.16(2) DR CAFTA

Cuadro 4. Opciones de arbitraje en el DR-CAFTA

MECANISMO	BASE LEGAL
CIADI	
Complementario CIADI	art. 10.16(3) DR CAFTA
CNUDMI ²¹	

Las reglas de arbitraje escogidas rigen el procedimiento, excepto en lo que se diferencien de las reglas particulares del capítulo 10. (*art. 10.16(5) DR CAFTA*) El reclamo no puede ser sometido a un arbitraje de conformidad con el Capítulo 10 **si previamente fue sometido a un tribunal administrativo o judicial en el Estado demandado.** (*art.10.18(4)*).

4.8.2 Particularidades del Arbitraje en el CAFTA-DR

Transparencia de las actuaciones arbitrales (*art. 10.21*): carácter público de los documentos y las audiencias, aún cuando en el Convenio CIADI su reglamento y reglas contempla la secretividad en caso las partes así lo acuerden.

Inversión y medio ambiente (*art. 10.11*): Nada en el capítulo de inversión del tratado impide a las Partes adoptar las medidas que considere apropiadas para que las actividades de inversión en su territorio se desarrollen “tomando en cuenta inquietudes en materia ambiental”.

²¹ **CNUDMI:** Principal órgano jurídico del sistema de las Naciones Unidas en el ámbito del derecho mercantil internacional. Órgano jurídico de composición universal, dedicado a la reforma de la legislación mercantil a nivel mundial durante más de 40 años. La función de la CNUDMI consiste en modernizar y armonizar las reglas del comercio internacional.

El nivel de trato mínimo a los extranjeros es el del **derecho internacional consuetudinario** (*Anexo 10-B*), *Ius Cogens* internacional como ya lo hemos visto.

No constituye **expropiación indirecta** las medidas no discriminatorias de un Estado que persigan un objetivo legítimo de bienestar público, como salud pública, seguridad y medioambiente (*Anexo 10-C.4b*), este tema lo abordaremos más adelante.

4.8.3 Centro Internacional de Arreglo de Diferencias (CIADI)

El CIADI, por sus siglas en español, es un centro de arbitraje creado a partir del 18 de marzo de 1965 a través de un proyecto escrito por los directores del Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento (hoy conocido como Banco Mundial). Dicho convenio entro en vigencia al ser ratificado por 20 países estos son: Benín, Burkina Faso, Chad, Congo, Costa de Marfil, Estados Unidos, Gabón, Ghana, Islandia, Jamaica, Madagascar, Malasia, Malawi, Mauritania, Níger, Nigeria, Países Bajos, Pakistán, República Centro Africana, Sierra Leona, Túnez y Uganda.

Como podemos ver de la ratificación del convenio de nacimiento del CIADI, este fue ratificado únicamente por 3 países que hoy son parte del Norte mientras que el resto son países en su mayoría Africanos y del Sur, dependientes en ese momento histórico y el actual de las grandes potencias económicas o de los organismos financieros internacionales.

Ya para el año 2006, 143 países habían ratificado, el Convenio CIADI, su Reglamento y sus Reglas (véase anexo I), entre ellos Guatemala, que ratifica dicho tratado el 20 de febrero del año 2003, en plena negociación del DR CAFTA.

Objetivamente no podríamos contestar a la interrogante de por qué aceptamos reconocer el CIADI, no obstante, algunas conjeturas podría ser la presión ejercida durante la negociación del DR CAFTA, que estipula al CIADI como medio de solución de conflictos de inversiones.

Es un hecho de que los países del norte necesitan garantizarle a sus nacionales las inversiones en el extranjero y en el caso de los países del Sur existe una necesidad de inversión de tipo real.

Sin embargo, las soluciones a las controversias las delegamos al CIADI, que es un fenómeno jurídico poco sostenible.

Con esto quiero decir, por qué un Estado delega soberanía en un órgano “extrajudicial”, “amistoso”, que examinará litigios, es decir, asuntos judiciales, no amistosos o bien decisiones administrativas de un Estado en el libre

ejercicio de su soberanía, que posiblemente fueron revisadas por juzgados preestablecidos.

Ante estas situaciones las salidas del DR CAFTA es que si el surgimiento del conflicto fue objeto de controversias judiciales o administrativas estos casos no podrían ser llevados ante el CIADI, que no es el caso de Iberdrola y de Railroad Development Corporation, que son las dos demandas que tiene el Estado de Guatemala en el sistema CIADI.

En ese mismo sentido, a pesar que el convenio, el reglamento y las reglas del CIADI estipulan algunos procedimientos, estos no son procedimientos judiciales. Por lo cual, qué es lo que hace valederos los laudos del CIADI?

Como ya lo he expuesto, para que un arbitraje tenga un buen fin ambas partes deben estar de acuerdo con el arbitraje.

4.9 EI CIADI, Guatemala y el DR CAFTA

La respuesta al acuerdo por el cual nos sometemos al CIADI se encuentra en el DR CAFTA, pues estipula que en caso de controversia de inversión esta se dirime internacionalmente por medio del arbitraje en el CIADI.

De esta manera, más allá de estar de acuerdo Guatemala con un arbitraje internacional es una obligación devenida de un Tratado Internacional, siendo de esta forma *deriva del Derecho Internacional Público y que la oferta general de arbitraje está hecha por medio de un tratado interestatal recíproco.*

4.9.1 Características del Procedimiento en el CIADI

- 1) El acceso al Centro es voluntario, sin embargo una vez que el acuerdo ha sido adoptado es irrevocable (artículo 25 del Convenio CIADI).
- 2) La Convención no tiene normas sustantivas de derecho o normas de conducta pero concede a las partes libertad total para acordar las normas de derecho que deben ser aplicadas por el tribunal al resolver la controversia.
- 3) A falta de acuerdo, el tribunal aplicará la legislación del Estado que sea parte en la controversia “y aquellas normas de derecho internacional que pudieran ser aplicables” (artículo 42 del Convenio CIADI).
- 4) Los laudos son vinculantes y no pueden ser objeto de apelación ni de cualquier otro recurso, excepto en los casos previstos en la Convención (artículo 53 del Convenio CIADI).
- 5) Los Estados Contratantes están obligados a reconocer y ejecutar los laudos del CIADI como si fueran sentencias firmes dictadas por sus tribunales (artículo 54 del Convenio CIADI).
- 6) El Estado parte en un arbitraje está bajo la obligación derivada del tratado de “acatar y cumplir” con el laudo, pero la ejecución forzosa del

laudo no puede erosionar la inmunidad soberana si el alcance de dicha inmunidad es reconocida por el ordenamiento jurídico del Estado (artículo 55 del Convenio CIADI).

4.9.2 Los Árbitros

Los árbitros en el proceso del CIADI son nombrados de la siguiente manera: El presidente del tribunal arbitral es nombrado por el CIADI y un árbitro nombrado por cada parte en contienda.

4.9.3 Los Honorarios

Cada arbitro presentará antes de iniciar el caso un pliego de honorarios que deberá ser aprobado por las partes, asimismo, por la utilización del centro cada parte deberá sufragar una parte de los costos.

5. PARA ENTENDER LOS CONFLICTOS QUE EN CONTRA DE GUATEMALA SE TRAMITAN EN EL CIADI

Para comprender los conflictos que en contra de Guatemala se tramitan ante el CIADI es necesario profundizar en el concepto de expropiación.

5.1 La Expropiación

Es un procedimiento administrativo que el Estado de Guatemala, entiende que por causa de utilidad o necesidad pública o de interés social, pueden ser objeto de expropiación.

Pues tal es el caso del Decreto 529, vigente desde 1948, que regula el procedimiento de expropiación de bienes para la continuidad de obras públicas, que pasen sobre propiedades privadas, previa declaratoria por el Congreso de la República y cumpliéndose con la indemnización a satisfacción del propietario, incluyéndose daños, desmerecimientos y erogaciones consecuencia de la expropiación.

Acerca de la expropiación nos explica el profesor Cossio: *“la expropiación no es per se ilegal en el Derecho Internacional. Siempre ha quedado fuera de duda que un Estado tiene derecho a expropiar bienes de particulares, sean estos nacionales o extranjeros... El derecho internacional ha cristalizado los mismos en lo siguiente: 1) Que sea por causa de interés público; 2) que sea realizada de forma no discriminatoria, de conformidad con el principio de legalidad y el debido proceso, y 3) debe mediar una compensación que sea pronta, adecuada y efectiva”*.

Si observamos las definiciones legales guatemaltecas y las definiciones doctrinarias efectivamente Guatemala cuenta con un sistema de expropiación que cumple con los requisitos reconocidos por el Derecho Internacional, asimismo a este tipo de expropiación se le denomina Expropiación directa, que con al que nos encontramos más familiarizados los juristas de tradición latina o de *civil law*, incluso este tipo de expropiación está reconocida dentro del DR CAFTA: No constituye **expropiación indirecta** las medidas no discriminatorias de un Estado que persigan un objetivo legítimo de bienestar público, como salud pública, seguridad y medioambiente (*Anexo 10-C.4b*).

Dentro del *common law* se reconoce la expropiación directa como *Taking regulatorios* que según la Constitución Norteamericana los enmarca como *“... nor shall private property be taken for public use without just compensation...”* que se podría traducir de la siguiente manera: *... no se tomará la propiedad privada para uso público sin una justa compensación.*

Ahora bien, la judicatura norteamericana, nos indica el profesor Cossio, ha entendido de dos maneras la expropiación que él les denomina *taking posesorio* y *taking regulatorio*.

Es preciso en el concepto de *taking posesorio* en donde radican los principales problemas llevados ante el CIADI, especialmente en el caso guatemalteco.

5.2 Expropiación Indirecta

El *taking posesorio* es una figura del *common law* norteamericano que podría definirse de la siguiente manera, según el profesor González Cossio: “casos que la regulación hace económicamente inviable la utilización de activos”²².

De esta manera, como podremos ver la institución del *common law* del *taking* ha llegado al Derecho Internacional Público a través de las medidas equivalentes a expropiación.

Como lo había explicado, el problema radica en que no conocemos desde el *civil law* los alcances del estándar de las medidas equivalentes a la expropiación institución propia del *common law*.

Si bien es cierto, los requisitos para realizarla son los mismos que los de la expropiación directa, la diferencia radica en que no se trata de ocupación física de la propiedad sino limitación del uso y disfrute de la misma, concepto que es demasiado amplio como para indicar que es una limitación justa y cuál es una limitación injusta.

De esta cuenta, quedamos a merced que cualquier medida gubernamental o Estatal pueda ser tomada como limitación económica del goce de las ganancias de acciones, es decir limitación del uso y disfrute de bienes muebles.

Asimismo, este es el origen de los dos conflictos que sostienen en contra de Guatemala en el CIADI, la limitación reglada y en ley que se ha realizado de una declaración de lesividad de contrato, así como, el pliego tarifario que ha realizado la Comisión Nacional de Energía Eléctrica sobre el VAD.

²² Francisco Gonzáles de Cossio, **Medidas equivalentes a la expropiación en el arbitraje de Inversión**, pág. 24

6. CONFLICTOS EN CONTRA DE GUATEMALA EN EL CIADI

6.1 Railroad Development Corporation

6.1.1 Antecedentes

Guatemala celebró contrato de usufructo oneroso, es decir que genera ganancias, con la Compañía Desarrolladora de Ferrovías Sociedad Anónima, por 50 años. CDF, S.A. es una sociedad mercantil guatemalteca, filial de la empresa Extranjera Railroad Development Corporation (RDC), propietaria del 82% de las acciones de Ferrovías.

En agosto 2006 se declara lesivo el contrato entre el Estado y Ferrovías S.A. Sociedad Anónima, 3 meses antes entró en vigor el Tratado de Libre Comercio República Dominicana, Centro América y Estados Unidos (TLC-RD-CAUSA) o DR-CAFTA.

Sin embargo hay que apuntar que el proceso de lesividad lo inicia Alfonso Portillo en el año 2003, no obstante, por alguna razón que desconocemos Oscar Berger atrasa el Acuerdo Gubernativo, y declara lesivo el contrato cuando ya estaba vigente el DR CAFTA.

En ese momento, la Procuraduría General de la Nación inicia el Proceso Contencioso Administrativo para que deje sin efecto dicho contrato, no obstante la filial RDC inicia arbitraje internacional en el CIADI en contra de Guatemala.

6.1.2 Caso RDC vs Guatemala

A través de la Notificación de Intención recibida según el CIADI el 20 de octubre de 2007, dando apertura al caso bajo el número ARB/07/23 el día 15 de octubre del 2008.

En resumen, RDC basándose en el capítulo 10 de las normas del DR CAFTA, el asunto no debe resolverse a través del derecho interno, ya que RDC tiene el 82% de acciones de Ferrovías y el capítulo 10 del **DR-CAFTA puede ser aplicado** en cualquier Sociedad Anónima nacional que tenga más del 51% de capital extranjero.

Habría que acotar en este punto que efectivamente los Tratados de Inversión, en general, están diseñados para proteger los derechos de los inversionistas frente a los Estados, pero se les ha olvidado indicar que se trata de países receptores de capital, débiles estructuralmente por lo cual son fácilmente manipulables a favor de las transnacionales, tal es el caso del retardo en la declaración de lesividad este caso demuestra pues esa debilidad estructural que quisiera demostrar.

El monto de la demanda es de US\$65 millones de indemnización al gobierno, US\$15 millones por la inversión realizada, y US\$50 millones por los ingresos dejados de percibir según el valor de la inversión proyectada, alegando que han perdido muchos clientes y que se les niegan créditos.

Hasta el momento Guatemala ha intentado infructuosamente ante el tribunal arbitral realizar tres objeciones de competencia, toda vez que la lesividad para estar firme debe estar declarada por un tribunal competente guatemalteco.

No obstante, el tribunal, acogiéndose al capítulo 10 del DR CAFTA, ha reiterado su posición que este es competente para conocer la demanda presentada por RDC, toda vez que no se está revisando el proceso de lesividad, sino la el Acuerdo Gubernativo de lesividad.

Por lo cual ha rechazado los argumentos que el Estado guatemalteco ha presentado como incompetencia del órgano.

6.1.3 Análisis Jurídico del Caso

De acuerdo a los documentos a los que he podido tener acceso, ya que hasta el momento no se ha podido obtener la documentación que deberá entregar el Ministerio de Economía, se ha logrado establecer:

Que la demanda frente al CIADI parte del concepto jurídico del Derecho Internacional Público de expropiación indirecta, cuyo referente se encuentra en el *common law* a través de los *taking posesorios*, RDC argumenta que a través del Acuerdo Gubernativo de lesividad se le ha limitado el usufructo de 50 años otorgado por el contrato.

No obstante, a la luz del *Civil Law*, la declaratoria de lesividad no se encuentra firme es decir, se tendría que obtener una respuesta de un tribunal local para decir que la lesividad existe.

Asimismo, en realidad no se trata de un contrato de usufructo que es propio del Derecho Civil guatemalteco sino de una concesión por lo cual estamos frente a un contrato administrativo, que otorga el traslado de un servicio público a manos privadas con la finalidad que este lo brinde al público, el cual estará sujeto a los controles del Estado, sin embargo el CIADI ha equiparado tal contrato al de Usufructo.

En ese mismo sentido, para que RDC pudiera ejercer su derecho de defensa y hacer valer los argumentos que ha esgrimido en el CIADI, estos en un curso normal los debería hacer valer frente a un Juez de lo Contencioso administrativo.

Sin embargo, a la luz del DR CAFTA esto le haría perder la oportunidad de poder llevar su caso ante el CIADI pues como bien lo estipula el DR CAFTA no serán susceptibles de arbitraje aquellos casos que hayan conocido los tribunales locales.

6.1.4 Tribunal Arbitral que examina el caso

El tribunal arbitral que examina el caso son

Presidente

Andrés Rigo Sureda (español): Ex trabajador del Banco Mundial donde trabajó desde 1971 hasta el 2000, luego se ha dedicado al arbitraje comercial, así como a la vida académica.

Árbitros:

Stuart E. Eizenstat (U.S) nombrado por RDC: Doctor en Derecho egresado de Harvard, presidente de la firma de abogados norteamericana Convintong & Burling, según su currículum, ha sido funcionario del gobierno de Clinton así como asesor del gobierno Israelí.

James R. Crawford (Australiano) nombrado por Guatemala: Académico australiano egresado del Jesus College, se ha dedicado a realizar estudios en arbitraje y Derecho Internacional.

6.1.5 Firma de Abogados guatemalteca

Para el presente caso se desconoce que firma de abogados en Guatemala representa al Estado. Es de hacer ver que el Estado guatemalteco ha creado una comisión interinstitucional según el decreto...

Sin embargo en el caso de Iberdrola si se conoce qué firma de abogados guatemaltecos representan los intereses de nuestro país.

6.2 Iberdrola

6.2.1 Antecedentes

La Empresa Eléctrica de Guatemala, SA (EEGSA) fue sometida a una licitación internacional el 30 de julio de 1998, en lo referente a distribución. Se planeó vender primero el 80% de la empresa, cuyo valor total estimado estaba entre 250 y 300 millones de dólares. Entre los interesados se contaban Electricidad de Caracas en sociedad con Houston Industries, AES Americas Inc., de Arlington, Coastal Power Co., de Houston y Enron.

La adquisición del 80% -unos 17.2 millones de acciones- de EEGSA la hizo Iberdrola de España junto a la estadounidense Teco Power Services (TPS) de

ultramar y Electricidad de Portugal. El grupo pagó 520 millones de dólares, mientras que el gobierno estaba esperando sólo un poco más de 200 millones.

Al momento de la venta solo acudieron otros tres consorcios. Uno de ellos, el integrado por Unión Fenosa Desarrollo/Acción Exterior/Enron Caribe, ofreció 475.5 millones. Los otros dos fueron Energua (Electricidad de Caracas) con una oferta de 319.2 millones de dólares, y AES Corporation con 240 millones de dólares.

El gobierno guatemalteco fue asesorado por Salomon Smith Barney. Al momento de la venta EEGSA tenía una deuda de 43 millones de dólares y distribuía el 70% de la energía eléctrica de Guatemala, teniendo el resto otra empresa. La deuda debía ser absorbida por comprador. La empresa había operado con pérdidas en 1995 y 1996, pero a raíz del aumento de las tarifas para 1997 tuvo ganancias netas de tres millones de dólares. Desde 1972 EEGSA pertenecía al Estado en un 96.1%, mientras la que diferencia de 3.9% estaba en manos privadas.

6.2.2 La controversia Iberdrola-Guatemala

Según la nota aparecida en Siglo XXI el día 19 de noviembre 2009 nos dice:

“...La batalla legal por la tarifa del VAD inició luego de que el 29 de julio del año pasado la CNEE.

Aprobó en forma definitiva que las pequeñas y medianas empresas paguen \$4.24 por kilovatio al mes y los usuarios residenciales \$8.22 por kilovatio.

La EEGSA había propuesto un VAD de \$24.80 por kilovatio al mes para las pequeñas y medianas empresas y de \$17.45 para los usuarios residenciales. Estas tarifas no fueron aceptadas por la CNEE, por lo cual se conformó una Comisión Pericial para que se pronunciara.

Pero, tras recibir el informe de dicha comisión, la CNEE emitió el VAD antes citado, sin tomar en cuenta el dictamen pericial, por lo cual la EEGSA consideró que se violó la Ley General de Electricidad.”

El VAD es un impuesto de distribución que pagamos todos los guatemaltecos. En la Figura 1 podemos observar en qué parte de nuestros recibos de luz emitidos por EEGSA nos establecen la carga de este impuesto.



08 FEB 2011

EMPRESA ELÉCTRICA DE GUATEMALA, S.A.
6a Avenida 8-14 Zona 1 Guatemala, C.A.
www.eegsa.com
NIT 32644-5

Autorizado según resolución
No.2002-1-1-54561 de 31/5/02
No.2007-1-1-47405 de 06/11/07
BX-105,000,001 al 145,000,000

TELESERVICIO LAS 24 HORAS TEL. 2277-7000

CHINCHILLA VASQUEZ LIGIA D. NIT: C/F
8 AV. 3-21 COND. MARIA ALEJA APTD 206 ZONA 2
GUATEMALA

Factura No. : BX-139501178

Fecha de Emisión: 8/02/11

Contador : 074196

Cuenta : 606-06115-000

CORRELATIVO : 76244

Tarifa Vigente : Feb - Abr 11

Tarifa : BTSS Tarifa Social

Le hemos servido durante 28 días

Historial de Consumo

Lectura Actual		Lectura Anterior		Historial de Consumo	
8/02/11	21687	11/01/11	21553	Nov:	131 kWh
				Dic:	148 kWh
				Ene:	168 kWh

Detalle de cargos	Precios	Consumos	Importe Q.
Cargo Fijo por Cliente (Sin IVA)	6.739336 Q/Usuario		6.74
Energía (Sin IVA) primeros 100 kWh	1.653699 Q/kWh	100 kWh	165.37
Ajuste de Solidaridad INDE	-0.103699 Q/kWh	100 kWh	-10.37
Energía (Sin IVA) kWh restantes	1.574187 Q/kWh	34 kWh	53.52
Total Cargo (Sin IVA)		134 kWh	207.26
Total Cargo (Con IVA)			232.13
Tasa Municipal (Cobro por cta. de terceros)(Sin IVA)(13%)			26.94
TOTAL CARGOS DEL MES			259.07

CARGOS: Q.177.01 GENERACION; Q.51.81 IVA Y TASA Q.40.62 DISTRIBUCION

TOTAL A PAGAR

259.07

Si cancela después del 10/03/11 tendrá un recargo por mora de Q. 2.41.

Sujeto a pagos trimestrales (No retener ISR)

Agente de retención Dto. 20-2006 (No retener IVA)

EMPRESA ELÉCTRICA DE GUATEMALA, S.A.
6a Avenida 8-14 Zona 1 NIT 32644-5
CHINCHILLA VASQUEZ LIGIA D.
NIT: C/F

Autorizado según resolución
No.2002-1-1-54561 de 31/5/02
No.2007-1-1-47405 de 06/11/07
BX-105,000,001 al 145,000,000

Detalle	Saldo Anterior	Cargos del Mes	Total a Pagar
Total Cuota Sin IVA	0.00	207.26	207.26
IVA (12%)	0.00	24.87	24.87
Tasa Municipal	0.00	26.94	26.94
Recargo por Mora	0.00	0.00	0.00
Totales	0.00	259.07	259.07

Correlativo: 76244 Factura No.: BX-139501178 Fecha de Emisión: 8/02/11



Figura 1. Factura emitida por EEGSA. Obsérvese el interior del círculo rojo donde aparece el valor agregado de distribución.

Este caso se llevó ante un Juzgado de Primera Instancia Civil, el cual amparó a la EEGSA.

Luego, la Comisión Nacional de Energía Eléctrica, recurre dicha decisión ante la Corte de Constitucionalidad la cual falló a favor de la CNEE.

En resumen, la presente sentencia de la Corte de Constitucionalidad nos indica que, la Comisión Nacional de Energía Eléctrica se encontraba en uso de sus facultades legales para emitir la Resolución CNEE-144-2008 por la cual se fija el pliego tarifario, sin estar sujeta a escuchar a los peritos propuestas por EEGSA.

Sin embargo existen dos votos razonados que en esencia dicen el primero que se debía dejar la sentencia vigente del Juzgado de Primera Instancia Civil, debido a que el camino escogido por la CNEE fue el incorrecto y que se aplicó mal la ley, por lo cual, debe retrotraerse el procedimiento hasta la conformación de la comisión pericial, sin embargo deja sentado que es la CNEE la que en ley debe fijar los pliegos tarifarios.

El segundo voto razonado, toma un camino diverso al decir que efectivamente se tuvo que tomar en cuenta el informe pericial ofrecido por la EEGSA, pues al no hacerlo la CNEE violó derechos constitucionales de la EEGSA, por lo cual debía respetarse la sentencia del Juzgado Civil.

6.2.3 Iberdrola en el CIADI

Previamente a que la Corte de Constitucionalidad emitiera la anterior sentencia, Iberdrola, que es socio mayoritario de EEGSA, decidió interponer una demanda arbitral en contra del Estado de Guatemala.

De nuevo la raíz del problema se encuentra en el *takin posesorio*, Iberdrola argumenta que la medida tomada por la CNEE limita el gozo y ganancias de su inversión, los frutos de sus acciones, considerados dentro de nuestra legislación como bienes muebles.

De esta cuenta el día 17 de abril del 2009 se registra el caso en el CIADI bajo el número ARB/9/5, conformándose el tribunal de arbitraje.

El monto demandado es el valor de las acciones en el mercado es decir US\$660 millones, no obstante Iberdrola ha vendido sus acciones a una empresa de capital mixto colombiana.

Guatemala de nuevo argumenta la incompetencia del CIADI, toda vez que, Iberdrola no es nacional del DR CAFTA, sin embargo el CIADI ha dicho que

debido al TBI Guatemala España, el CIADI es competente para conocer la demanda de arbitraje de Iberdrola en contra de Guatemala.

Pues se acoge perfectamente a las medidas de expropiación indirecta contenidas dentro de este TBI, asimismo, este TBI contempla al CIADI como medio de resolución de controversias.

6.2.4 Análisis Jurídico del Caso

Nos encontramos frente al caso más complejo que llevamos frente al CIADI pues, a diferencia de RDC, Iberdrola se acoge al TBI Guatemala España, el cual no contempla que en caso de haber sido examinado por un tribunal local no se podrá utilizar el arbitraje del CIADI.

En ese mismo sentido, dicha demanda se acoge al Trato más Justo, al derecho Pro Inversor contenido en los Tratados Comerciales, puesto que en todo aquello que le beneficie a Iberdrola podrá utilizar las ventajas del inversionista del DR CAFTA.

Asimismo, el argumento central de Iberdrola es sobre su propiedad, no sobre un contrato administrativo, recordemos que la propiedad se extiende a los bienes muebles y se trata de un Derecho Humano.

Dentro de esta arista se podría argumentar que la propiedad en caso de colisión con otros Derechos Humanos debería resolverse por el principio *Pro Hominem*, sin embargo de una entrevista con un actor clave, se ha afirmado que en realidad la medida tomada por la CNEE es en beneficio del sector que genera electricidad en Guatemala, es decir que los azucareros serían los más beneficiados, pero este punto no se ha logrado corroborar con datos fidedignos.

Este extremo, que afirma el actor clave, es difícil de probar dentro del *civil law*, pero recordemos que dentro del sistema *common law*, esta información puede ser prueba y llevar por intuición a los jueces arbitrales a fallar a favor de la transnacional.

6.2.5 Tribunal Arbitral que examina el caso

El tribunal arbitral que examina el caso son Eduardo Zuleta (Colombia), Presidente; Yves Derains (Francia); and Rodrigo Oreamuno (Costa Rica).

Presidente

Eduardo Zuleta (colombiano): Abogado de la banca colombiana, especializado en la Universidad de Londres en Arbitraje de Inversión, es socio fundador de una firma de abogados norteamericana con sede en Nueva York, se ha dedicado al arbitraje comercial, así como a la vida académica.

Árbitros:

Yves Derains (Francés) nombrado por Iberdrola: Abogado especialista en arbitraje de inversiones, miembro de distintas instancias europeas de arbitraje asimismo, fue parte del CCI (Corte Internacional de Arbitraje) en diversos roles entre ellos Secretario General de CCI, es socio actualmente de la firma Dherains & Ghadavi, asimismo, se ha desarrollado en el ámbito académico.

Rodrigo Oreamuno (costarricense) nombrado por Guatemala: Abogado costarricense dedicado al arbitraje internacional, parte de la firma costarricense Facio & Cañas, ha sido diputado, magistrado, ministro y vicepresidente de Costa Rica.

6.2.6 Firma de Abogados guatemalteca

Para el presente caso la firma de abogados en Guatemala representa al Estado, es Jorge Skinner Klee y Antonio Arenales Forno como Mandatarios Judiciales.

De esta cuenta, si el Estado de Guatemala limita la propiedad a través de su sistema legislativo, juzga tales controversias dentro de su sistema jurídico, es muy posible que la decisión esté basada en la ley. Pero, si estas decisiones del Estado guatemalteco se ven a trasluz del sistema del common law es muy posible que la decisión sea contra derecho.

6.2.7 Costo Económico de los casos

Para Guatemala este tipo de casos le resulta demasiado oneroso, pues de acuerdo con el convenio reglamento y reglas del CIADI, son las partes las que deben sufragar el costo total de utilización del centro, los árbitros y los abogados.

Asimismo por información obtenida de otros casos el costo es alrededor de US\$500,000 por caso, en ese sentido, Guatemala no tiene un presupuesto para ello ni para las indemnizaciones que deberá pagar.

7. PLAN DE INCIDENCIA POLÍTICA

7.1 Análisis de Contexto

En la actualidad, el ámbito nacional e internacional, se encuentra marcado fuertemente el fenómeno de la globalización, cuyos efectos sociales, económicos y políticos están transfigurando el mundo que conocemos, y que ha transformado las categorías políticas, jurídicas, sociales y económicas, en las que se desenvuelven, no solo las relaciones interpersonales, sino también las grandes corporaciones.

La nueva contradicción Norte y Sur, ha provocado la alta concentración de riqueza en pocos países, y a nivel social, fuertes migraciones de países del sur hacia los países del norte, sin olvidar que esta época ha estado marcada por las fuertes inversiones de las empresas con sede social en países del Norte en países del Sur. Todo ello, ha provocado que las relaciones internacionales sean reguladas mediante acuerdos comerciales.

La globalización, ha traído consigo, el ensanchamiento de la pobreza a nivel mundial, en especial en los países denominados del sur, entre ellos el nuestro. Las causas de la pobreza en países como el nuestro han provocado que nuestros connacionales migren a países del Norte, como los EEUU, esto ha provocado que sus economías nacionales así como sus sistemas sociales se vean afectados o beneficiados, según sea el caso, por dicho fenómeno. Según las cifras de la Organización Internacional del Trabajo para el año 2004 185 millones de personas se encontraban en situación de migración, de los cuales 15% se encontraban en situación irregular.

Las estrategias para la reducción de la pobreza por parte de los Países del Norte, han sido desde el amable rostro de la cooperación internacional, hasta atraer a las compañías con sede social en los países del norte a invertir sus capitales en el Sur, con la intención de mejorar la *calidad de vida* de los países del Sur. Las razones que esgrimen los defensores de la inversión extranjera en nuestros países, es la necesidad de insertarse en el nuevo orden mundial, así como de agenciarse de capital de inversión con la que no cuentan nuestros Estados.

A seis años de la ratificación del DR-CAFTA, las promesas incumplidas de este tratado internacional, en cuanto a lograr mayor inversión e incrementar los índices de crecimiento económico; sin olvidar la conflictividad que se ha suscitado en torno a los tratados comerciales suscritos por el Estado de Guatemala, apuntan a considerar un espacio de reflexión sobre el interés del Estado de alcanzar el bien común frente a este tipo de políticas. Conflictos como los de la empresa extranjera Railroad Development Corporation (RDC) e IBERDROLA, respectivamente, dan razón de la anterior consideración.

7.2 Problemática

Para los fines que persigue un plan de incidencia política, por problema se entenderá a la descripción de una situación negativa. En este caso, sin

mayores preámbulos, dado que en el informe se desarrolla extensamente, la problemática radica en dos casos específicos, que son el Caso RDC e Iberdrola contra el Estado de Guatemala.

En un primer plano, pareciera que cada caso es el problema en sí, pero para fines de realizar un plan de incidencia política, se tiene que partir en calificar al problema como real y que el mismo dependa de una política. Por ello, haciendo un análisis más insondable, se puede afirmar que la problemática radica en el sistema de dirimir los conflictos derivados de los tratados comerciales internacionales suscritos por Guatemala. En ese sentido, también se está frente a un problema que es posible de solucionar y que responde a los objetivos de la consultoría.

En base a lo anterior, la metodología recomendada para examinar la problemática, consiste en construir un cuadro de problemas y soluciones por tipo de política diferenciando aquellas que son reformas normativas, institucionales o prácticas.

Cuadro 5. Problemas y soluciones para el caso de las demandas de transnacionales al Estado de Guatemala en el CIADI.

PROBLEMÁTICA	ARGUMENTACIÓN	SOLUCION	PROPUESTA
Sistema de resolución de los conflictos derivados de los tratados comerciales internacionales suscritos por Guatemala	RDC basándose en el capítulo 10 de las normas del DR CAFTA, El asunto no debe resolverse a través del derecho interno, ya que RDC tiene el 82% de acciones de Ferrovías y el capítulo 10 del DR-CAFTA puede ser aplicado en cualquier Sociedad Anónima nacional que tenga más del 51% de capital	Normativa	Denuncia del tratado comercial internacional
	El CIADI no es un órgano jurisdiccional establecido sino un medio extrajudicial de arribar a acuerdos, no obstante, revisa la jurisdicción guatemalteca y sus decisiones administrativas por lo cual deviene inconstitucional.	Institucional y normativa	Reserva para reconocer la jurisdicción del CIADI

7.3 Estrategia de Intervención (Propuesta de Solución)

Incidir significa influir, en una persona, en una institución u organización, bajo este concepto todas las acciones de una organización social pretenden incidir en alguien o en algo; y cuando buscamos influir en las políticas públicas, mediante la adopción de programas o proyectos, aprobación de leyes o reglamentos iniciativas nos referimos a la incidencia política.

Si bien, la incidencia política es un proceso que depende generalmente de una coyuntura, es posible construir una metodología específica que permita impulsar de forma sistemática la implementación de políticas públicas. Para el presente trabajo y en atención a la problemática identificada, se proponen los siguientes pasos:

7.4 Identificación de Objetivos y Metas

Los objetivos de un proceso de incidencia son los cambios a largo plazo que se buscan, las metas son los cambios puntuales que se deben realizar para la consecución del objetivo final. Es importante antes de iniciar el proceso de incidencia, establecer claramente el objetivo y las metas, esto para poder monitorear después la ejecución del plan de incidencia. Los objetivos y metas deben ser: cuantificables, verificables, viables e interrelacionales.

De esa cuenta, los objetivos del presente plan son:

a) Objetivo:

Transformación del sistema de resolución de conflictos derivados de la aplicación de los tratados comerciales internacionales suscritos por el Estado de Guatemala.

b) Metas:

- El Estado de Guatemala logra que sus conflictos comerciales internacionales sean resueltos mediante su sistema de juzgamiento y con la observancia de su sistema jurídico.
- El Estado de Guatemala consigue que los conflictos comerciales internacionales de los que sea parte no sean juzgados en organismos internacionales y mediante procedimientos contrarios al interés nacional.

7.5 Caracterización del Espacio de Decisión

En esta etapa se determina de qué forma se toma la decisión para la aprobación, modificación o implementación de la política, es decir, si es por medio de un acuerdo gubernativo, decreto legislativo, instrucción general, etc. Debe además identificarse quien es la persona o ente que toma la decisión y el proceso que lleva esta. Este paso es fundamental para determinar el plan de acción, los tiempos y acciones específicas a desarrollar.

Según las acciones que se pretendan desarrollar, pueden ser tres:

- El Presidente de la República en Consejo de Ministros, quienes pueden promover la denuncia de un acuerdo internacional
- Congreso de la República, quien puede aprobar la denuncia de un acuerdo internacional, y a través del cabildeo con bancadas y comisiones legislativas.
- Corte de Constitucionalidad, que es el máximo órgano jurisdiccional y que puede determinar la “inconstitucionalidad” de una disposición general, como lo puede ser un convenio internacional ratificado por el Estado de Guatemala.

7.6 Mapeo de Actores

La elaboración del mapa de poder debe consistir en identificar a los diferentes actores que influyen en la toma de decisión o que tienen interés directo o indirecto en el asunto; básicamente estos pueden ser de tres tipos:

Cuadro 6. Tipo de actores en la Estrategia de Intervención

ALIADOS	CONTRARIOS	INDECISOS
Movimiento Social (organizaciones campesinas, DDHH, sindicales, etc.)	Congreso de la República	Presidente de la República
Partidos Políticos progresistas		Corte de Constitucionalidad

7.7 Construcción del plan de acción

El plan de acción, es el conjunto de acciones concretas que vamos a desarrollar para influir en los actores que toman la decisión, para que aprueben o apliquen nuestra propuesta; es la parte central de proceso de incidencia. Las principales acciones de incidencia que se sugiere para este proceso son:

- **El Cabildeo:** Consiste en el convencimiento directo o indirecto de los actores con poder de decisión.
- **Campañas públicas (comunicados y llamamientos):** Consiste en involucrar a los medios de comunicación para generar opinión pública que presione a los tomadores de decisión. Siempre se debe hacer con cautela, ya que no hay que generar señalamientos y enfrentamientos.
- **Movilizaciones:** Se utilizan como formas de presión principalmente las organizaciones sociales que involucran a amplios sectores de la población.
- **Seminarios de discusión y Foros públicos:** En realidad son formas de realizar cabildeo a través de la sensibilización; es muy distinto a procesos de formación o capacitación, pues los mismos deben ir dirigidos a convencer sobre una posición determinada, no a la asimilación de conocimientos.
- **Litigio estratégico:** Se pueden utilizar las acciones judiciales para impulsar o parar políticas públicas, este fenómeno es parte de la judicialización de la política; un litigio normal se convierte en una acción de incidencia cuando:
 - A través del caso se busca la adopción de políticas generales
 - A través del litigio se busca parar una disposición legal o administrativa que afecta derechos generales. (Aquí caben las inconstitucionalidades)
 - Se utiliza el acompañamiento de los medios de comunicación para la presentación del caso, esto para generar impacto, en la opinión pública y buscar presión.

Si bien los problemas enunciados recaen sobre una discusión jurídica profunda a cargo de órganos jurisdiccionales o extra judiciales, el litigio estratégico como acción de incidencia política debe ser utilizado como última opción, debido a que en la mayoría de las veces, la decisión judicial conlleva el final del proceso de incidencia, además de las implicaciones de una decisión judicial negativa a nuestros intereses.

8. CONCLUSIONES

- 1) El Estado de Guatemala se encuentra sometido al CIADI en principio debido al Tratado de Inversión denominado DR CAFTA, sin embargo, este no nos obligaba jurídicamente a realizar la adhesión al CIADI, por lo que no me cabe duda de que la presión política determinó nuestro ingreso como Estado a dicho sistema de Arbitraje.
- 2) Los Tratados de Inversión desarrollan derechos pro inversor, siempre en beneficio del inversor, no obstante se encuentran en plena contradicción con los intereses sociales propugnados con el Estado, dando pie muchas veces a demandas por *taking posesorio*.
- 3) Respecto al arbitraje, lo justo entonces sería ser juzgados en tribunales internacionales por el mismo sistema jurídico, sin embargo es *muy astuto* que los derechos comerciales sean vistos a trasluz del *common law*, el cual es mucho más flexible, lo cual nos pone en una situación de desventaja.
- 4) Nuestra soberanía ha sido minimizada, al ceder ser juzgados por estándares dentro de un sistema que no es el nuestro y no por reglas y principios en un sistema igual al nuestro, así como la libertad de legislar, pues podríamos caer en "*taking posesorios*".
- 5) Como Estado guatemalteco debemos denunciar (retirarnos) el Convenio de Reglas y Reglamentos del Centro Internacional de inversión CIADI. No obstante, la denuncia no implica que podamos dejar las demandas ya planteadas, esta podría respaldarse jurídicamente además de los altos costos que nos representan las demandas, tanto en términos de gastos de representación sumada a las cantidades que debemos pagar en concepto de indemnizaciones.
- 6) Las perspectivas guatemaltecas de ganar ambos casos vistos a la luz del *common law*, es escasa, sin embargo creemos que una negociación podría ser la salida para no afectar tanto a la economía del país.



Multiservicios Agroindustriales
7ª Avenida 1-38. Zona 3. Chimaltenango,
Guatemala.
multiserviciosagroindustriales@gmail.com
Teléfono: (00 502) 78391124

