

EL RECUENTO DE LOS DAÑOS: EL USUFRUCTO ONEROSO “CASO FERROVIAS”

Licda. Herlem Isol Reyes López¹

1. INTRODUCCIÓN

La historia del ferrocarril y su desarrollo en Guatemala se remonta al gobierno del General Miguel García Granados (1871-1873), con la expropiación forzosa de los terrenos para las vías del ferrocarril y el desarrollo de proyectos para la construcción de las vías que conectarán con los Puertos en el Atlántico y Pacífico hacia la ciudad capital. Se estima que el ferrocarril fue introducido formalmente en el país en 1878. Para principios del nuevo siglo (año 1900), ya contaba con un total de 710 Kms. de vía principal, los cuales eran operados por cinco empresas privadas que sostuvieron concesiones cortas con el Estado de Guatemala. Posteriormente en 1901 fueron absorbidas por la empresa Guatemala Railway Company, denominada más tarde International Railways of Central America (IRCA) subsidiaria de la United Fruit Company, que concentró por muchos años el monopolio del servicio, gozando de prebendas sobre exenciones de impuestos y la captura de grandes cantidades de tierra aledañas a las vías del ferrocarril, convirtiéndolo en el mayor terrateniente de Guatemala, todo bajo la anuencia de los gobiernos dictatoriales de la época.¹

En 1968, durante el gobierno del Lic. Julio César Méndez Montenegro, se declaró la caducidad de la concesión al IRCA, y a partir de la fecha, el sistema ferroviario pasó a formar parte de la administración del Estado bajo las funciones de Ferrocarriles de Guatemala (FEGUA). A través del Acuerdo Gubernativo de fecha 27/12/1968, se constituyó como una empresa estatal descentralizada para adquirir derechos y contraer obligaciones que resultaran

¹ Investigadora en el Instituto de Investigaciones Económicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala.

directa o indirectamente de la explotación de los servicios públicos de transporte ferroviario, servicios auxiliares, muellaje y demás operaciones portuarias que estuvieran a su cargo.²

Durante la década de 1950, el ferrocarril en Guatemala constituyó el principal medio de transporte a nivel comercial, transportando alrededor de 2 millones de toneladas del total de las casi cuatro millones de toneladas que representaba la producción nacional. Las exportaciones de azúcar, café y banano, constituyeron la principal fuente para el transporte ferroviario durante la década de los años '60, '70 y '80, con un volumen de carga que superaban las 600 mil toneladas respectivamente. Sin embargo unas décadas más tarde en 1994, el transporte de carga ferroviaria, se redujo sustancialmente a 200 mil toneladas, lo cual constituía una baja al 10% de lo que se transportaba en los años '50, situación que anunciaba una paralización del servicio dos años más tarde (marzo de 1996) durante el gobierno de Álvaro Arzú, sustentada en la falta de rentabilidad del servicio y en la política de privatizaciones de las empresas estatales y la reducción del Estado, dictadas por organismos internacionales como el Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional.

2. MARCO JURIDICO QUE AMPARA LAS PRIVATIZACIONES

Desde el punto de vista jurídico el término de privatización no existe en la legislación guatemalteca. Desde la perspectiva política ideológica la privatización, es definida como el acto que representa que una empresa estatal constituida para la prestación de servicios públicos, pase a ser administrada y dirigida por una empresa privada. La concesión sobre servicios públicos, de acuerdo a la normativa nacional, es un acto jurídico donde el Estado contrata a terceros para la prestación de dichos servicios, de acuerdo a disposiciones establecidas a través de un contrato. Para efectos del presente, el término de privatización y concesión será tratado indistintamente.

La legislación en materia de concesiones es la que regula el proceso de las privatizaciones de las empresas estatales, misma que se circunscribe a lo descrito en la Constitución Política de la República, en su artículo 183, inciso K; referente a las Funciones del Presidente de la República, que literalmente señala: "someter a la consideración del Congreso para su aprobación, y antes de su ratificación, los tratados y convenios de carácter internacional y los contratos y concesiones sobre servicios públicos".

Por otra parte, la Ley de Contrataciones del Estado (Decreto 57-92), sus modificaciones (Decreto 20-97) y su Reglamento, relacionado con la enajenación de bienes muebles e inmuebles propiedad del Estado, de sus entidades autónomas o descentralizadas, establece en el Título IX (Artos. 95-96), sobre Contratos y Concesiones de Servicios Públicos: "tanto los contratos originales como sus prórrogas deberán someterse por conducto del Organismo Ejecutivo a consideración y eventual aprobación del Congreso de la República".

Asimismo el Artículo 97, inciso 9) de la citada Ley, indica sobre la "bases técnicas del servicio en cuestión, así como los términos, plazos y condiciones en que se otorga la concesión a la persona seleccionada, incluyendo el mecanismo preciso o las fórmulas para determinar las tarifas por el servicio a prestarse, los estándares de calidad del mismo y los procedimientos que deben seguirse para el ajuste de tarifas, a menos que el mecanismo o la fórmula

respectiva ya contemplen este aspecto o que las mismas queden libradas a la autonomía contractual". Descripción que devela que aunque al inicio se regula el proceso, al final el mandato para el cumplimiento de dichos requerimientos se deja a discreción de las partes, situación que en un momento dado puede generar controversias. Por otra parte, el inciso 11) indica la revocación de la concesión aún sin expresión de causa, teniendo derecho el concesionario a las indemnizaciones correspondientes "si se determina ante tribunal competente que, previo a la revocación, cumplió con los términos y condiciones que le correspondían".

Las disposiciones descritas sobre el usufructo oneroso en el Código Civil, en los Artículos del 703 al 732, enfatizan de la forma siguiente: "regulan el instituto del usufructo oneroso por medio del cual un tercero es facultado contractualmente a utilizar un bien por su cuenta y riesgo a cambio del pago de un canon al dueño". Sin embargo, en dicho Código no se menciona como en las leyes arriba mencionadas, el referendo o aprobación por parte del Congreso de la República para oficializar el contrato de usufructo, situación que podría responder de acuerdo a Juristas nacionales, a que no estaba previsto que se utilizara la figura para bienes públicos. No obstante, podría interpretarse que lo incluye el Artículo 183, inciso k) de la Carta Magna al considerarlo dentro de la categoría de bienes públicos.³

3. CÓMO SE DA EL PROCESO DE CONCESIÓN A FERROVÍAS DE GUATEMALA?

Con la entrada del gobierno de Álvaro Arzú (1996-2000), se suscitan acontecimientos importantes alrededor del Sistema Ferroviario en Guatemala. Con una anunciada paralización del servicio por la poca rentabilidad y los altos costes que representaba para el Estado mantener el servicio, -según los argumentos del mandatario-, se tomó la decisión presidencial de cerrar las operaciones de FEGUA en marzo de 1996. Posteriormente en noviembre de ese mismo año, a través del Acuerdo Gubernativo 493-96 de la Presidencia de la República, se creó la Oficina del Comisionado Presidencial para la Modernización del Organismo Ejecutivo y Administración Pública y se anunció a través del Ministerio de Comunicaciones, Transportes y Obras Públicas, la licitación pública nacional e internacional del Sistema Ferroviario del país.

Entre los meses de enero y mayo de 1997, se entregaron las bases de licitación pública y se nombró e integró la junta de licitación que conocería en el mes de mayo de ese mismo año, a las empresas oferentes, siendo ellas; la Compañía Desarrolladora Ferroviaria, S.A., subsidiaria de la Railroad Development Corporation, y la empresa Agenda 2000, subsidiaria de la Venro Pretroleum Corporation. Siendo la primera de las oferentes, la firma ganadora de la licitación pública, la cual tiene su sede en Pittsburg, Pensilvania, Estados Unidos, y es pionera en la participación de la industria ferroviaria estadounidense en el proceso de privatización de ferrocarriles estatales como en el caso de Argentina, Perú, Mozambique, Malawi y Estonia, entre otros.

La adjudicación de la licitación pública a la empresa ganadora Railroad Development Corporation, denominada posteriormente Ferrovías de Guatemala como subsidiaria, fue realizada el 27 de junio de 1997 y formalizada mediante escritura pública número 41 del 23 de marzo de 1999. A través de la oferta presentada, la empresa se comprometió a restablecer las operaciones de FEGUA en 5 etapas, con un programa de inversión inicial de diez millones de dólares (US\$.10, 000,000.00) que comprendía la primera

etapa, la rehabilitación del corredor del Atlántico, enlazando a Puerto Barrios y al Puerto de Santo Tomás de Castilla con la ciudad Guatemala.

Los registros de la concesión realizada, señalan que FEGUA con la aprobación del Gobierno Central, transfirió a Ferrovías a través de un Contrato de Usufructo Oneroso², la explotación del transporte ferroviario en el país, por un periodo fijo de cincuenta (50) años, con opción de extenderlo hasta por cinco (5) periodos de diez (10) años, pasados los primeros diez años y previo acuerdo entre el Gobierno y el contratista. El Contrato establece, el Derecho a Ferrovías a utilizar la Red de la vía férrea, estaciones, terminales, talleres, acceso a empresas clientes, vías auxiliares y terrenos de uso ferroviario en posesión de FEGUA. Además el Derecho a prestar los servicios públicos como una actividad propia, siendo los siguientes: transporte de carga nacional e internacional, transporte de carga en tránsito, de personas, servicios de terminal terrestre, servicios de agente de transporte, servicios de terminal marítima, y cualquier otra actividad económica que se pueda desarrollar en el espacio de Derecho de vía, terminales y estaciones del sistema.⁴

Asimismo señala que los 797.80 Kms. de extensión de la Red Ferroviaria propiedad de FEGUA, se ofreció en su totalidad dentro del marco del Contrato del Usufructo concedido a Ferrovías. Sin embargo se hizo la salvedad, que algunos de los componentes de la Red Ferroviaria ofrecida, se encontraban bajo contratos de uso o de utilización de espacios con tiempos de duración variables, los cuales deberían ser respetados por el Contratista hasta el momento de su finalización. La Red integra una línea principal de 602.74 Kms. con dos divisiones; una en el Atlántico con 317.63 Kms. y una en el Pacífico con 285.11 Kms; cuatro Ramales que en su conjunto alcanzan 188.08 kilómetros y Vías de penetración a clientes con un total de 6.98 Kms.

Asimismo, se incluyó como Derechos de Ferrovías, desarrollar para otros usos el Derecho de vía; incluyendo ductos, conducción eléctrica y fibra óptica, comprometiéndose a pagar a FEGUA una regalía del 5% del ingreso bruto durante los primeros cinco años del Usufructo; y posteriormente una regalía del 10% por el resto del plazo del Contrato. Además el 1.25% adicional por el usufructo del equipo ferroviario en concesión, haciendo un total por concepto de regalías de 11.25% sobre el ingreso bruto.⁵

Dentro de las cláusulas básicas del Contrato, se menciona que las obligaciones de Ferrovías se circunscribían a: poner inmediatamente después de firmado el contrato, un plan de negocios³, el cual sería supervisado por FEGUA noventa días después, y de comprobar su inactividad, sería sujeto de una multa para el contratista (Ferrovías) de dos millones de quetzales. Posteriormente se realizaría una nueva supervisión a los ciento ochenta días y de persistir la inactividad, la multa sería de diez millones de quetzales y daría inicio un proceso para rescindir el Contrato por concepto de incumplimiento del mismo.

² Contrato de usufructo oneroso es "un instituto del derecho privado, elaborado por el derecho romano para permitirle al dueño (dominus) de un bien otorgarle a otro sujeto el disfrute del mismo a cambio de una contraprestación. Si bien representa en el fondo conceptos similares al de la concesión de obra y servicios públicos y personas de derecho privado que se derivan de un contrato de concesión. Estos últimos son evoluciones normativas basadas en el derecho público" (Umaña, 1998).

³ Plan de negocios: propuesta financiera, comercial y operativa para ejecutar su proyecto de reconstrucción y modernización del Sistema Ferroviario de Guatemala, a partir de una fecha de inicio de actividades que se indicará como fecha de inicio cero "o" (Artículo 3.3.3.3. Propuesta de Plan de Negocios, Bases de Licitación Pública Nacional e Internacional para el Usufructo Oneroso del Sistema Ferroviario en la República de Guatemala, Guatemala, Guatemala febrero de 1997).

En relación al equipo ferroviario, se estableció que sería subastado en fecha oportuna después de adjudicar el Contrato de Usufructo, y el Contratista, tendría la oportunidad de adquirir los que estimara convenientes para sus operaciones. El equipo está constituido por: 28 locomotoras diesel eléctricas,

1 locomotora de vapor, 945 vagones de carga, 46 coches de pasajeros, 70 vagones de mantenimiento, 18 cabooses, 3 grúas montadas en carros y 9 carros de inspección.

Asimismo entre las obligaciones para el contratista, se señalaron; prestar el servicio ferroviario de manera continua (salvo caso fortuito), la normal conservación de todos los bienes objeto del contrato, pagar a FEGUA lo convenido y en los plazos acordados, y que todas las mejoras realizadas en las instalaciones o inmuebles que se estipulaban en el contrato, pasaran a constituir propiedad de FEGUA sin reembolsar, compensar o pagar suma alguna de dinero al vencimiento del mismo.

Se estipuló como causas para rescindir el Contrato: el incumplimiento del plazo pactado, incluidas las extensiones de hasta cinco (5) periodos de diez (10) años, por rescisión estipuladas en el Contrato, y por rescate del servicio por causas de necesidad pública en los casos que también se establecieran en el Contrato. En cuanto a las diferencias o controversias que surgieran entre Ferrovías y FEGUA, se estableció que serían resueltas por acuerdo entre las Partes y en última instancia, por arbitraje y se someterían directamente a la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo de Guatemala.

4. LA DECLARATORIA DE LESIVIDAD DEL CONTRATO DE USUFRUCTO A FERROVIAS Y EL ARBITRAJE INTERNACIONAL

Durante el gobierno de Oscar Berger la mirada sobre el deterioro del equipo ferroviario que incluía los vagones y locomotoras para el transporte ferroviario salta a la vista pública con el argumento que constituyen un patrimonio cultural de la Nación y que como tal, debían recuperarse. Posteriormente se sumó al reclamo, que Ferrovías había incumplido los términos estipulados en el Contrato en relación a la rehabilitación de los tramos del servicio ferroviario.

El 22 de junio de 2005 se nombró a un interventor para que realizara un estudio sobre el estado del equipo ferroviario y los términos de la concesión del mismo, el cual a su vez se envió para consulta y dictamen a la Procuraduría General de la Nación, instancia que de acuerdo al Artículo 254 de la Constitución Política de la República de Guatemala, le corresponde asesorar a los órganos y entidades estatales. El 1 de agosto de 2005, la Procuraduría emitió el Dictamen número 205-2005, concluyendo que el Contrato Oneroso del equipo ferroviario celebrado entre FEGUA y Ferrovías, otorgado mediante escritura pública número 143 del 28 de agosto de 2003 y modificada mediante escritura pública número 158 del 7 de octubre de 2003, era lesivo a los intereses del Estado, y que debían buscarse formas para dejarlo sin efecto. Entre estas formas se señalaron la declaratoria de lesividad, anulación o de común acuerdo.

Es de señalar que las escrituras 143 y 158, se refieren a los contratos de arrendamiento de material rodante y de tracción⁴ que fueran formalizadas

⁴ El material rodante y de tracción comprendía 10 locomotoras Bombardier/Alco Co-Co de 2000 HP, 7 Babcock & Wilcox/GE U10B y varias GE de 70 toneladas para tareas de patio. Requiem for rail in Guatemala?, Latin Tracks, No. 27, October 2007.

en el año 2003, como un elemento accesorio al Contrato de Concesión de Usufructo Oneroso firmado en 1998. Y es precisamente la forma como se formalizaron las concesiones del material rodante y de tracción, los elementos por los cuales la Procuraduría emitió opinión y dictaminó la lesividad de la concesión, señalando literalmente:

“a) Que el contrato suscrito entre FEGUA y Ferrovías mediante escritura pública 41 del 23 de marzo de 1999, nunca entró en vigencia por no haber sido aprobado por el Ejecutivo y por lo tanto no surtió efecto alguno, hecho que consta en el mismo Contrato Usufructo;

b) Que no podía pretenderse usar la misma licitación para adjudicar contratos (el Contrato de Usufructo) entre los cuales mediaban 4 años de diferencia, debido a que las condiciones para la supuesta contratación no eran las mismas;

c) Que el proceso de licitación y el contrato derivado del mismo no surtieron ningún efecto;

d) Que el Contrato de Usufructo no se podía basar en la licitación anterior utilizada para el Contrato de Usufructo Oneroso celebrado entre FEGUA y Ferrovías mediante escritura pública número 41 del 23 de marzo de 1999”.⁶

Por otra parte, en el Informe que realizó el Interventor (Oficio No. 031-2006, Clasificación GaG) de fecha 13 de enero de 2006, se mencionaron como irregularidades encontradas en la escritura pública 143 las siguientes: la obligación de FEGUA para entregar a Ferrovías, el usufructo de cualquier equipo y repuestos nuevos y usados. La facultad a Ferrovías para sacar el equipo del país el tiempo que considerara necesario. No se comprometió a Ferrovías a restituir el equipo de FEGUA, declarado como patrimonio histórico-cultural, ni a devolver el material de desecho (chatarra). No se estableció para Ferrovías ningún tipo de prohibición con respecto al usufructo ni al equipo. En el Contrato se estableció que Ferrovías podía usar como repuestos, piezas de un equipo a otro. El Informe concluyó con la recomendación para que el Presidente Berger, declarara la Lesividad de dicho Contrato por no convenir a los intereses del Estado.

Con el Acuerdo Gubernativo 433-2006⁷ de la Presidencia de la República, se declaró oficialmente la Lesividad de uno de los Contratos del Usufructo concedido a Ferrovías, y con éste, dio inicio una batalla legal para declarar la nulidad del mismo y recuperar el Sistema Ferroviario para el Estado guatemalteco.

En tanto Ferrovías, desde el 26 de junio de 2005 había iniciado en el país, dos juicios de arbitraje en lo Contencioso Administrativo en contra de FEGUA por incumplimiento de Contrato. Se señaló como argumentos de la demanda, que el Estado de Guatemala de acuerdo a las Escrituras 143 y 158, había incumplido en retirar a las personas que invadieron los terrenos que poseen los Derechos de la vía férrea. Es de señalar que en el año 2005, el Gobierno conformó una comisión para evaluar la problemática de reubicar alrededor de 200 mil personas asentadas en el lugar, sin mayores resultados. Por otra parte, se argumentó que FEGUA estaba obligada a aportar las ganancias que obtenía por el alquiler de terrenos e inmuebles ferroviarios, a un fondo fiduciario destinado para el mejoramiento de la infraestructura. Situación que según Ferrovías no se había realizado, adeudando en el año 2007, alrededor de

US\$3 millones de dólares. En ese sentido medios internacionales⁸ señalan que dichos fondos habían sido utilizados para el pago de pensiones y salarios de 47 empleados de FEGUA quienes tienen a su cargo, velar por el cumplimiento del Contrato de Ferrovías.

Luego de tratar de poner una puesta en común entre Ferrovías y el Estado de Guatemala, e integrar Comisiones de Alto Nivel para la solución del conflicto; las negociaciones no obtuvieron mayores resultados y el proceso legal tomó su curso con una serie de dilatorias jurídicas de varios años, que mostraban de acuerdo a Juristas Nacionales, un desenlace en favor del Estado de Guatemala. Sin embargo, en el interin del proceso legal, Guatemala firmó el Tratado de Libre Comercio entre Centro América y Estados Unidos (CAFTA) el 1 de julio de 2006, oportunidad que Ferrovías no desaprovechó, tomando en cuenta que en el marco de dicho Tratado, se establecen los mecanismos para resolver las diferencias en materia de comercio entre los Estados Parte, amparados bajo un mecanismo internacional de arbitraje denominado Centro Internacional de Arreglos de Diferencias Relativas a Inversiones CIADI, el cual es un brazo del Banco Mundial y por consiguiente un mecanismo protector de las inversiones de las empresas transnacionales en países extranjeros.⁹

La demanda que Ferrovías presentó al CIADI en agosto 2007 fue por un monto de US\$.65 millones de dólares, señalando que el Estado de Guatemala había incumplido cuatro normas contenidas en el Capítulo número 10 relativo a Inversiones del CAFTA, entre ellas: la expropiación indirecta sin pagar compensación y un trato injusto o igualitario en el Sistema Legal Guatemalteco. Lo anterior, derivado que se llevaba un caso en los Tribunales de lo Contencioso Administrativo guatemalteco por la declaratoria de Lesividad que hiciera Berger sobre el Contrato de Usufructo a través de la Escritura Pública 143. Sin embargo se hizo mención también, que hubieron ciertas reglas que al parecer nunca se respetaron, y se señaló al Gobierno de Berger de hacer uso de ciertos recursos para impedir que el caso avanzara dentro de su propio sistema legal.¹⁰

En septiembre del mismo año (2008), el CIADI acogió la demanda en contra del Estado de Guatemala, y posteriormente se iniciaron las audiencias en donde ambas partes presentaron sus argumentos, incluyendo la declaración de empresarios azucareros guatemaltecos para dilucidar su interés en el negocio ferroviario y sus efectos en la declaratoria de Lesividad, que de acuerdo a los medios nacionales e internacionales, constituyó una de las causas de la declaratoria de Lesividad por parte del gobernante Berger. Asimismo, se presentó la Declaración Jurada del Abogado Defensor de Ferrovías, en la cual se menciona según él, la violación al debido proceso, ya que la justicia guatemalteca no le exigió al gobierno de Guatemala demostrar la existencia de la lesividad. Además de relatar detalladamente los mecanismos dilatorios de la justicia guatemalteca para beneficiar al Gobierno en el fallo a favor de la Lesividad.¹¹

Después de más de cuatro años del proceso de arbitraje internacional y presentar los alegatos y pruebas de descargo entre Ferrovías y la Procuraduría General de la Nación como representante de Guatemala, el 29 junio de 2012, el CIADI emitió el fallo y resolvió por unanimidad:¹²

1. Que el Estado de Guatemala incumplió el nivel mínimo de trato de acuerdo al Artículo 10.5 del Capítulo de Inversiones del CAFTA.

2. Que el Estado de Guatemala debe pagar a Ferrovías US\$6 millones 576 mil 861 a cuenta de las Fases I y II de las inversiones realizadas por Ferrovías. Además la cantidad de US\$.1 millón 350 mil 429 por concepto de funcionamiento de la vía férrea por un año después de la declaración de Lesividad, lo que hubiera permitido un cierre ordenado del servicio del ferrocarril. Asimismo el pago correspondiente al 82% de las acciones que pertenecen a Ferrovías como socio mayoritario, equivalentes a US\$.4 millones 121 mil 281.62 del valor real neto de las acciones en la actualidad, señalando la necesidad de un cálculo final de esa cantidad.
3. Con el cumplimiento del pago del gobierno de Guatemala, Ferrovías perderá y renunciará a todos sus derechos bajo los contratos de Usufructo y deberá transferir el 82% de las acciones en su poder al Estado de Guatemala.
4. Que el importe de la compensación concedida en la demanda, devengará un interés de acuerdo a las tasas que regían a partir de la fecha de la Declaración de Lesividad del Contrato (2006) hasta la fecha de pago (sumados dos puntos).
5. Que el Estado de Guatemala es responsable por los gastos administrativos del CIADI y los honorarios y gastos del Tribunal en relación a la demanda, los cuales ascienden a US\$384 mil 854.01 los cuales devengarán intereses de acuerdo al párrafo anterior.
6. Que cada Parte será responsable de los honorarios de sus propios abogados. (En el caso de Guatemala, ascienden a Q.40 millones de quetzales, sumados Q.10 millones por concepto de gastos de logística para llevar el caso).
7. Que todas las otras demandas son rechazadas.

En resumen, el desembolso económico que el Estado de Guatemala debe realizar por la pérdida de la demanda asciende a US\$12 millones 433 mil 425.63 dólares. Además de los intereses que correspondan como resultado de la demanda que corren a partir del año 2006 hasta que se realice el pago. En moneda nacional, la suma sin los intereses asciende a Q.147 millones 554 mil 398.17 quetzales, incluyendo los Q.50 millones por costas judiciales y gastos de representación.¹³

5. EL RECUENTO DE LOS DAÑOS, LAS GANANCIAS SE INDIVIDUALIZAN Y LAS PÉRDIDAS SE SOLIDARIZAN.

La política de privatizaciones de las empresas estatales en los años ochenta, se argumentó principalmente por la deficiencia del aparato público en la administración de los mismos, sumado a la justificación de las bondades que constituía el proceso de privatizaciones y que según sus precursores y que defienden hasta la fecha; se sostienen en la mejora de la eficiencia de los servicios públicos y en el aumento de los recursos para las arcas nacionales. Pero en el caso de Ferrovías, de que eficiencia del servicio se puede hablar, si antes de declarar la lesividad del Contrato, lejos estaba de poder restablecer a nivel nacional el servicio de carga y de pasajeros? Por otra parte, de que aumento de recursos públicos se hace alusión, si son los ciudadanos quienes con el pago de sus impuestos, deben asumir con creces las pérdidas por "las

bondades del negocio".

Lo que no se dice paralelamente a dichas magnificencias de las privatizaciones de las empresas estatales, principalmente por los organismos internacionales, son las consecuencias nefastas que concurren cuando en los Estados como en el caso de Guatemala, las regulaciones para casos específicos son inexistentes, y no se cuenta con un marco regulador adecuado que institucionalice procesos y permita orientar antes, durante y después de la negociación, la estructuración de los contratos y la forma como los Estados pueden regular el proceso y protegerse para evitar y prevenir arbitrariedades como las sucedidas en el Usufructo Oneroso con Ferrovías.

Sin contar con un recurso de apelación para el fallo del arbitraje internacional dictado por el CIADI, el cual se considera definitivo e inapelable, el gobierno de Guatemala para cumplir con el pago de la demanda, deberá como en muchos otros casos, solidarizar la pérdida de recursos económicos públicos a través del pago de los impuestos de los ciudadanos, y esperar que después del fallo emitido por la Corte Internacional, cualquier empresa transnacional pueda demandar al Estado de Guatemala y simplemente aducir un trato diferente e injusto al nacional para ganar cualquier arbitraje internacional amparado en el CAFTA. El cuestionamiento es, si los mismos asesores del Gabinete de Berger en el pronunciamiento de la Lesividad del Contrato de Usufructo con Ferrovías, fueron los que participaron en las negociaciones de la firma del CAFTA, no se puede alegar desconocimiento de los efectos nefastos que traería tal decisión gubernamental, si se llegaba hasta la instancia de arbitraje internacional señalada dentro del marco del TLC, pero como era de esperarse, las ganancias se individualizan y las pérdidas por las malas decisiones se solidarizan. Como señalan algunos autores, a mayor rentabilidad de un activo privatizado, mayor será la tentación de un gobierno de tomar su pasivo.

El fallo del Tribunal del CIADI en contra del Estado de Guatemala, constituye solamente uno de los efectos que se anunciaban desde un inicio en el marco de la firma del Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos. Las garantías para la inversión extranjera dentro del marco del CAFTA, incluyen la extraterritorialidad para la solución de litigios judiciales que aseguren en todo momento los fallos en favor de las transnacionales. Aspecto que no hace otra cosa que mostrar, que el Sistema Jurídico Nacional y lo estipulado dentro de los Contratos de Usufructo como el caso con Ferrovías, no tienen ningún efecto legal cuando de proteger inversiones extranjeras se trata, tomando en cuenta que en dicho Contrato se estipulaba que cualquier controversia entre las Partes, debía seguir la ruta de lo Contencioso Administrativo guatemalteco. De acuerdo con el fallo del CIADI no se tomó en cuenta lo estipulado en el Contrato, únicamente se centraron en buscar dentro de la demanda, el factor del trato no igualitario y equitativo por parte de Guatemala para el inversionista extranjero, argumento que aseguraba el fallo en favor de Ferrovías subsidiaria de la estadounidense Railroad Development Corporation.

Es notorio que la lucha por el poder económico supera cualquier intento de carga moral para los mandatarios y empresarios que avivaron el proceso de privatizaciones y la firma de los tratados de libre comercio con Guatemala. Su visión cortoplacista de abrirse a nuevos mercados y aumentar sus ingresos, fue más grande que el manejo de la teoría y los alcances de la misma en una economía liberal que manejan. No obstante, todo funcionario público debe responder por sus actos hasta por un periodo de 20 años. Hasta la fecha, ni la Procuraduría General de la Nación, ni el propio Presidente Pérez Molina, se

han pronunciado para iniciar un proceso civil y penal para sancionar a los funcionarios responsables de realizar las escrituras públicas 143 y 158 sin el fundamento que establece la normativa nacional en relación a que las mismas debían ser sancionadas por el Presidente de la República y por el Congreso de la República, omisión que le cuesta a los ciudadanos vía sus impuestos, una pérdida de casi Q.150 millones de quetzales. Lo más grave aún, es la complicidad de los funcionarios actuales, que lejos de buscar una sanción para los responsables, desvían la atención de los guatemaltecos, aduciendo que el Estado de Guatemala fue el ganador con el fallo de la demanda, ya que hubieran sido mucho peor los resultados si se hubiera tenido que erogar los US\$65 millones de dólares que reclamaba Ferrovías.

La experiencia acumulada en el país, sobre el proceso de privatizaciones de las empresas estatales pone de manifiesto la experiencia negativa y las desventajas del Estado cuando no se cuenta con estrategias de negociación que visualicen en primera instancia la protección de los intereses nacionales, pudiendo preverse la protección de los bienes públicos nacionales ante cualquier posibilidad de reclamo o represalia de la inversión extranjera. Tomando en cuenta que las privatizaciones de las empresas estatales es un proceso que no está en extinción al menos en el caso de Guatemala, debe contemplarse para futuras negociaciones, las enmiendas generales y específicas que correspondan de acuerdo al caso que se trate en la legislación nacional, de tal manera que la experiencia negativa con Ferrovías, se convierta en el futuro, en una fortaleza para regular los contratos antes, durante y después de ponerse en marcha, protegiendo al Estado de Guatemala, aún bajo el marco del CAFTA y otros tratados comerciales.

Los intereses ocultos detrás de la fallida privatización del Sistema Ferroviario Nacional con Ferrovías, darán sus frutos a través de una nueva concesión, la cual deberá ir más allá de concentrar el monopolio del transporte ferroviario en el país y enlazar a los puertos del Atlántico y Pacífico con la ciudad capital, ya que tendrá que solventar como parte del proceso, entre otros factores, la problemática de las personas que invadieron el Derecho de vía ferroviario, lo cual va más allá de un simple desalojo. No obstante, está demostrado que bajo los intereses comerciales de las inversiones privadas nacionales y extranjeras, el Estado lo puede todo. Como "al final el que decide no es el paga", nuevamente las ganancias se individualizan y las pérdidas se solidarizan vía los impuestos de los ciudadanos.

En dónde queda el recurrente señalamiento que realiza el sector privado en donde se desacredita al Estado sobre su falta de capacidad para la administración de los bienes públicos, y para tomar decisiones comerciales, aduciendo que esa es una tarea que le corresponde a los empresarios; si fueron los mismos empresarios como funcionarios del gobierno de Berger, quienes mostraron su falta de visión empresarial y sentido común para plantear una demanda en contra Ferrovías por el evidente incumplimiento de Contrato, en vez de declarar la Lesividad y que le costó a los guatemaltecos, casi Q.150 millones de quetzales en pérdidas. El interés detrás de la urgente preocupación de Berger, sus asesores y amigos empresarios para que el Estado recuperara el equipo ferroviario, por considerarlo un patrimonio cultural de la Nación, será la respuesta que darán las nuevas concesiones que seguramente develarán en favor de quién el Estado de Guatemala a través de los impuestos de todos los ciudadanos, asumió la pérdida millonaria de la demanda para que un determinado sector del país se beneficiara de la nueva concesión y/o usufructo oneroso de la Red ferroviaria.

1 Gutiérrez, Michael Allan Ávila. Tesis: efectos del usufructo oneroso de FEGUA a la industria de transporte pesado en Guatemala. Facultad de Ciencias Económicas, Universidad Francisco Marroquín, Guatemala, 1998.

2 Ídem. Pags. 7-14

3 Umaña, Mario. Marco Legal para las Concesiones en Guatemala. Investigador CLADS, CEN 2011, octubre 1998. Consulta en línea <http://www.incae.edu/ES/clacds/publicaciones/pdf/cen211.pdf>

4 Bases de Licitación Pública Nacional e Internacional para el Usufructo Oneroso del Transporte Ferroviario en la República de Guatemala, Guatemala, febrero 1997. Consulta en línea [http://portaldace.mineco.gob.gt/sites/default/files/unidades/DefensaComercial/Casos/Controversias/Inversionista%20-%20Estado/Etapa%20de%20Meritos%2007-23%20\(Ferrovias\)/Respondent%20Witness%20State](http://portaldace.mineco.gob.gt/sites/default/files/unidades/DefensaComercial/Casos/Controversias/Inversionista%20-%20Estado/Etapa%20de%20Meritos%2007-23%20(Ferrovias)/Respondent%20Witness%20State)

5 Railroad Development Corporation, 2007.

6 Caso No. ARB/07/03 entre Railroad Development Corporation, Demandante c. La República de Guatemala, Demandada. Declaración Jurada de Ivonne Haydee Ponce Peñaloso. Consulta en línea <http://portaldace.mineco.gob.gt>

7 Acuerdo Gubernativo 433-2006, De fecha 11 de agosto de 2006, publicado en el Diario Oficial el 25 de agosto de 2006, Guatemala.

8 Latin Tracks No. 27, October 2007, pag. 11.

9 Guatemala se adhiere como país miembro de CIADI el 20 de febrero de 2003. Estados Unidos es miembro desde el 14 de octubre de 1966.

10 Caso No. ARB/07/23 entre Railroad Development Corporation y la República de Guatemala. Declaración Jurada de Carlos Humberto Franco González ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI). 10/3/2011.

11 Ídem.

12 International Centre for Settlement of Investment Disputes in the Matter of the Arbitration between Railroad Development Corporation (RDC) Claimant, and Republic of Guatemala Respondent, ICSID Case No. ARB/07/23, June 29, 2012.

13 Tipo de Cambio Q.7.84614 por US\$1 dólar. Referencia para el día 29 de junio de 2012, Banco de Guatemala.

BIBLIOGRAFÍA.

1. Ayuda Memoria Estatus Contrato de Usufructo Oneroso entre Fegua y Ferrovías. [http://portaldace.mineco.gob.gt/sites/default/files/unidades/DefensaComercial/Casos/Controversias/Inversionista%20-%20Estado/Etapa%20de%20Meritos%2007-23%20\(Ferrovias\)/Respondent%20Exhibits/R-026.pdf](http://portaldace.mineco.gob.gt/sites/default/files/unidades/DefensaComercial/Casos/Controversias/Inversionista%20-%20Estado/Etapa%20de%20Meritos%2007-23%20(Ferrovias)/Respondent%20Exhibits/R-026.pdf)
2. Bases de licitación pública nacional e internacional para el usufructo oneroso del transporte ferroviario en la República de Guatemala. Guatemala, febrero 1997. Fuente en línea :[http://portaldace.mineco.gob.gt/sites/default/files/unidades/DefensaComercial/Casos/Controversias/Inversionista%20-%20Estado/Etapa%20de%20Meritos%2007-23%20\(Ferrovias\)/Claimants%20Exhibits/C-014.pdf](http://portaldace.mineco.gob.gt/sites/default/files/unidades/DefensaComercial/Casos/Controversias/Inversionista%20-%20Estado/Etapa%20de%20Meritos%2007-23%20(Ferrovias)/Claimants%20Exhibits/C-014.pdf)
3. Código Civil 1 de Guatemala, Decreto Ley Número 106. República de Guatemala. Fuente en línea: <http://www.mintrabajo.gob.gt/index.php/leyes-y-convenios/leyes-ordinarias/85-codigo-civil.html>[http://portaldace.mineco.gob.gt/sites/default/files/unidades/DefensaComercial/Casos/Controversias/Inversionista%20-%20Estado/Etapa%20de%20Meritos%2007-23%20\(Ferrovias\)/Claimants%20Exhibits/C-014.pdf](http://portaldace.mineco.gob.gt/sites/default/files/unidades/DefensaComercial/Casos/Controversias/Inversionista%20-%20Estado/Etapa%20de%20Meritos%2007-23%20(Ferrovias)/Claimants%20Exhibits/C-014.pdf)
4. Constitución Política de la República de Guatemala, Guatemala 1985, Arto. 183.
5. Diario de Centroamérica, Decreto 20-97 www.dca.gob.gt
6. III Guatemala: La privatización en un estado capturado <http://unpan1.un.org/intradoc/groups/public/documents/icap/unpan031230.pdf>
7. Juicio de arbitraje entre Ferrovías y el Estado de Guatemala. Traducción del Informe de la Demanda. <http://dace.mineco.gob.gt/dacepdf/doc1exp16dace07.pdf>
8. Ley de Contrataciones del Estado de Guatemala, Decreto 57-92 y 20-97, Congreso de la República de Guatemala.
9. Ley Orgánica de la Empresa Ferrocarriles de Guatemala, Decreto 60-72, Congreso de la República de Guatemala.
10. Requiem for rail in Guatemala?, Editor Latin Tracks, No. 27, October 2007.
11. Umaña Mario, Marco Legal para las Concesiones en Guatemala, CEN 211, CLADS, octubre 1998. www.banguat.com.gt www.elperiodico.com.gt www.prensalibre.com.gt www.s21.com.gt

*Impreso en talleres del IIES
200 ejemplares
Guatemala, agosto 2012*