

Ante el

**CENTRO INTERNACIONAL DE ARREGLO DE
DIFERENCIAS RELATIVAS A INVERSIONES (CIADI)**

Caso No. ARB/07/23

Entre

RAILROAD DEVELOPMENT CORPORATION

Demandante

c.

LA REPÚBLICA DE GUATEMALA

Demandada

INFORME PERICIAL DE LA LICDA. MARITHZA RUIZ DE VIELMAN

CONTENIDO

I.	INTRODUCCIÓN.....	3
II.	CREDENCIALES DE LA EXPERTA.....	7
III.	MARCO JURÍDICO DE LA EMPRESA DE LOS FERROCARRILES DE GUATEMALA COMO ENTIDAD DE DERECHO PÚBLICO AUTÓNOMA Y DESCENTRALIZADA	8
IV.	LEGITIMIDAD DEL ESTADO -- Y FEGUA COMO ENTIDAD DE DERECHO PÚBLICO AUTÓNOMA Y DESCENTRALIZADA -- PARA CONTRATAR CON PARTICULARES.....	14
V.	NATURALEZA DE UNA CONCESIÓN, Y DE UN CONTRATO USUFRUCTO ONEROSO, Y NATURALEZA DE UN INSTRUMENTO QUE CONFIERE DERECHOS DE USO ESPECIAL SOBRE BIENES PÚBLICOS	15
A.	<i>La Naturaleza de una Concesión</i>	16
B.	<i>La Naturaleza del Usufructo</i>	17
C.	<i>La naturaleza de un Instrumento que Confiere Derechos de Uso Especial sobre Bienes Públicos.....</i>	18
VI.	LA LESIVIDAD DE LOS ACTOS O RESOLUCIONES ADMINISTRATIVAS	19
A.	<i>Marco jurídico.....</i>	19
B.	<i>El Significado de la Lesividad y sus Requisitos</i>	20
C.	<i>Las Garantías Jurídicas del Proceso de Lesividad.....</i>	22
D.	<i>Declaratoria de Lesividad y Cuándo Surte Efectos Jurídicos contra Terceros</i>	25
E.	<i>Relación Entre El Concepto de Lesividad y la Doctrina de Actos Propios.....</i>	26
VII.	LA LESIVIDAD DE LOS CONTRATOS 143 Y 158	27
A.	<i>La falta de bases de licitación para la firma del Contrato 143</i>	29
B.	<i>La falta de aprobación de los Contratos 143 y 158 mediante acuerdo gubernativo.....</i>	32
C.	<i>La falta de protección adecuada de bienes de valor histórico considerados patrimonio cultural.....</i>	33
D.	<i>Conclusiones</i>	34
VIII.	RESPONSABILIDAD LEGAL EN LA QUE HABRÍA INCURRIDO PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA EN CASO DE NO HABER DECLARADO LA LESIVIDAD DE LOS CONTRATOS 143 Y 158	35
A.	<i>La Responsabilidad del Presidente de la República en el contexto de una Potencial Lesividad.....</i>	36
IX.	CONCLUSIONES.....	41

I. INTRODUCCIÓN

1. El Ministerio de Economía de la República de Guatemala (la “República”), en el contexto del arbitraje internacional ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones incoado por *Railroad Development Corporation* contra la República (Caso CIADI No. ARB/07/23), me ha solicitado que emita un informe pericial sobre los fundamentos bajo el ordenamiento jurídico guatemalteco de la lesividad declarada por el Presidente de la República de Guatemala mediante Acuerdo Gubernativo No. 433-2006, del 11 de agosto de 2006 del Contrato de Usufructo Oneroso del Equipo Ferroviario Propiedad de Ferrocarriles de Guatemala (“FEGUA”) entre FEGUA y Compañía Desarrolladora Ferroviaria, Sociedad Anónima (“Ferrovías”) formalizado en escritura número 143 el 28 de agosto del año 2003 (“Contrato 143”)¹ y modificación del Contrato de Usufructo Oneroso del Equipo Ferroviario Propiedad de Ferrocarriles de Guatemala, formalizado en escritura No. 158 el 7 de octubre del año 2003 (“Contrato 158”).² La República me ha solicitado también que analice las responsabilidades que pudieran derivarse para el Presidente de la República en el contexto de una potencial lesividad, y en particular en el caso concreto de la lesividad de los Contratos 143 y 158.
2. Las conclusiones de este informe son (a) que la dirección de FEGUA, como entidad estatal descentralizada, autónoma e intervenida corresponde a su Interventor. A él corresponden las facultades de gestión ordinaria de la empresa, mientras que las restantes, y aquellas expresamente previstas en la Ley de FEGUA, corresponden al Presidente, que es el superior jerárquico del Interventor; (b) que FEGUA tiene facultades para contratar bienes y servicios, y que los actos en virtud de los cuales otorga un derecho de uso especial sobre sus bienes, incluido un contrato de usufructo oneroso como los Contratos 143 y 158, participan de la naturaleza de las

¹ Contrato No. 143, 3 de marzo de 1999 (Anexo R-5).

² Contrato No. 158, 7 de octubre de 2003 (Anexo R-5).

licencias, autorizaciones, permisos, concesiones y derechos similares; (c) que FEGUA podía celebrar el Contrato 143 para conferir un derecho de uso especial sobre los bienes nacionales consistentes en el equipo ferroviario, si bien para ello tenía que cumplir con los requisitos establecidos en la ley, incluida la Ley de Contrataciones del Estado; tal usufructo participaría de la naturaleza de una licencia, autorización, permiso, concesión, o instrumento similar; (d) que el proceso de lesividad está reglado en Guatemala, y está fundamentado en la salvaguarda de los principios de legalidad, seguridad y certeza jurídica, siendo así que la declaratoria de lesividad es un mero presupuesto procesal sin efectos materiales para el administrado, y que el proceso tendente a dar efecto a la declaratoria cumple con todas las garantías del debido proceso; (e) que los Contratos 143 y 158 contenían serios defectos legales que justificaban la declaratoria de lesividad, no fueron otorgados con arreglo a la ley de Guatemala y no crearon derechos protegidos con arreglo a la misma; (f) que el Presidente de la República, tras haber recibido la solicitud de declaración de lesividad y cinco dictámenes jurídicos emitidos por entidades independientes que confirmaban los defectos jurídicos de esos contratos y recomendaban que el Presidente los declarara lesivos, no podía ignorar esta situación sin incurrir en responsabilidad. Las únicas opciones del Presidente eran proceder con la declaratoria o bien negociar un acuerdo de transacción en los términos establecidos por la ley de Guatemala. Después de tomar la decisión, en abril de 2006, de declarar lesivos los Contratos 143 y 158, el Presidente no podía revertir esa decisión sin incurrir en responsabilidad personal a no ser que se hubiera llegado a una transacción con Ferrovías que garantizara el mejor interés de la República, situación que no se produjo.

3. El presente Informe está dividido en nueve secciones: la **Sección I** hace una breve introducción sobre el objeto y alcance del informe; la **Sección II** detalla mis credenciales académicas y profesionales; la **Sección III** describe el marco jurídico de FEGUA como entidad pública autónoma y descentralizada; la **Sección IV** explica la legitimidad del Estado - y de FEGUA como entidad pública autónoma y descentralizada - para contratar con particulares; en la **Sección V** se define

naturaleza de una concesión y de un contrato usufructo oneroso, así como la naturaleza de un instrumento que confiere derechos de uso especial sobre bienes públicos; la **Sección VI** contiene el análisis jurídico de la lesividad de los actos o resoluciones administrativos; la **Sección VII** expone las causas que fundamentan la lesividad de los contratos 143 y 158; la **Sección VIII** detalla las responsabilidades del Presidente de la República en el contexto de una potencial lesividad, y en el caso concreto de la lesividad de los Contratos 153 y 158; por último, la **Sección IX** contiene las conclusiones del Informe.

4. Para la preparación de mi opinión de experta aquí contenida tuve a la vista y revisé la siguiente información, entre otra, que me suministró la República:
 - (a) El Memorial Sobre el Fondo de Railroad Development Corporation (la “Demandante”) de fecha 26 de junio de 2009 y el Dictamen de Eduardo A. Mayora, el experto ofrecido por la Demandante³;
 - (b) El Contrato de Usufructo oneroso del Derecho de Vía, formalizado en escritura 402 de 23 de noviembre de 1997 (el “Contrato 402”)⁴ y sus bases de licitación de 14 de febrero de 1997⁵,
 - (c) El contrato de Usufructo Oneroso del Equipo Ferroviario Propiedad de Ferrocarriles Guatemala, formalizado en escritura número 41 de 23 de marzo de 1999 (el “Contrato 41”)⁶ y sus bases de licitación de noviembre de 1997⁷;
 - (d) Los Contratos 143 y 158;
 - (e) El Dictamen 205-2005 de la Procuraduría General de la Nación de 1 de agosto de 2005⁸;

³ Dictamen de Mayora. Anexo XV del Memorial sobre el Fondo de la Demandante.

⁴ Anexo C-22 del Memorial sobre el Fondo de la Demandante.

⁵ Bases de Licitación de Contrato No. 402, 14 de febrero de 1997 (Anexo R-1).

⁶ Contrato No. 41, 23 de marzo de 1999 (Anexo R-3).

⁷ Bases de Licitación de Contrato No. 41, noviembre de 1997 (Anexo R-2).

- (f) El Dictamen 749-2005 de la Procuraduría General de la Nación de 12 de septiembre de 2005⁹;
- (g) La carta del Interventor de FEGUA al Presidente de fecha 13 de enero de 2006¹⁰;
- (h) El Dictamen 05-2006 de la Asesoría Jurídica de FEGUA de 13 de enero de 2006¹¹;
- (i) El Dictamen Conjunto No. 181-2006 AJ del Ministerio de Finanzas Públicas de 3 de abril de 2006¹²;
- (j) El Dictamen No. 236-2006 de la Secretaría General de la Presidencia de la República de 26 de abril de 2006¹³;
- (k) El acuerdo gubernativo número 433-2006 en el que se declaró la lesividad de los Contratos 143 y 158¹⁴; y
- (l) La demanda presentada ante la Sala Primera del Tribunal de lo Contencioso Administrativo en el expediente 389-2006, mediante el cual la Procuraduría General de la Nación tramita la Lesividad¹⁵.

5. Así mismo, por medio del presente informe, declaro solemnemente, por mi honor y conciencia, que lo que manifestaré estará de acuerdo con lo que sinceramente creo.

Footnote continued from previous page

⁸ Dictamen 205-2005 de la Procuraduría General de la Nación, 1 de agosto de 2005 (Anexo R-15).

⁹ Dictamen 749-2005 de la Procuraduría General de la Nación, 12 de septiembre de 2005 (Anexo R-17).

¹⁰ Carta de A. Gramajo al Presidente Óscar Berger, 13 de enero de 2006 (Anexo R-21).

¹¹ Dictamen 05-2006 de la Asesoría Jurídica de FEGUA, 13 de enero de 2006 (Anexo R-20).

¹² Dictamen Conjunto 181-2006-AJ del Ministerio de Finanzas Públicas, 3 de abril de 2006 (Anexo R-24).

¹³ Dictamen 236-2006 de la Secretaría General de la Presidencia de la República, 26 de abril de 2006 (Anexo R-25).

¹⁴ Acuerdo Gubernativo 433-2006 en el que se declaró la lesividad del Contrato de Usufructo No. 143 y su modificación No. 158, 11 de agosto de 2006 (Anexo R-35).

¹⁵ Anexo C-11 del Memorial sobre el Fondo de la Demandante.

II. CREDENCIALES DE LA EXPERTA

6. Soy Abogada y Notaria y Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales, títulos que obtuve en la Universidad Rafael Landívar en el año 1973, y miembro del Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala desde el año 1974.
7. Mi experiencia profesional relativa al derecho público se inicia en 1974, cuando comencé a ejercer como abogada litigante independiente con énfasis en derecho constitucional, administrativo y fiscal. Desde el año 1974 establecí el Bufete Vielman para ejercer mi profesión, en algunos casos, conjuntamente con otros abogados quienes al igual que yo trabajan en forma independiente. He participado en litigios ante los tribunales de Guatemala, en particular, ante los tribunales de lo contencioso administrativo como representante de empresas guatemaltecas y extranjeras del sector privado, en recursos de casación y amparo planteados contra el Estado, particularmente el Ministerio de Relaciones Exteriores, Ministerio de Economía y Dirección General de Aeronáutica Civil. También he actuado como asesora legal externa de la Dirección General de Aeronáutica Civil respecto a un contrato administrativo que es objeto de procesos tanto Contencioso-Administrativos como del orden civil y estoy prestando asesoría para la declaratoria de lesividad de un contrato administrativo. Igualmente, he litigado ante Grupos Especiales establecidos por el Órgano de Solución de Diferencias de la Organización Mundial del Comercio. Así mismo, he prestado asesoramiento jurídico a empresas nacionales y extranjeras en distintos ámbitos del ordenamiento y de su negocio.
8. Fui Catedrática Universitaria en la Universidad Rafael Landívar desde el año 1975 hasta el año 1982, donde impartí cursos de Derecho Civil, concretamente el Derecho General de las Obligaciones y de los Contratos en Particular. Durante los años 1998 a 2000 colaboré con la Universidad de Georgetown, en Washington, D.C., impartiendo seminarios sobre sistema de solución de diferencias en la OMC. Finalmente, he participado como ponente en conferencias sobre derecho internacional en la Cámara de Comercio, Cámara de Industria, Universidad Rafael

Landívar, Universidad Francisco Marroquín y Universidad San Carlos de Guatemala, y en conferencias de la *London School of Economics* sobre comercio exterior y solución de diferencias, en el año 2002.

9. Fui Ministra de Relaciones Exteriores de Guatemala de 1994 a 1995. Fui embajadora de Guatemala ante el Reino de la Gran Bretaña e Irlanda del Norte desde el año 2000 a 2003. Durante ese mismo periodo, actué como representante Permanente de Guatemala ante la Organización Internacional del Café, la Organización Internacional del Azúcar, y la Organización Marítima Internacional. Asimismo, fui Presidenta del Comité Administrativo de la Organización Internacional del Azúcar. Fui miembro de la Junta Directiva del Centro de Asesoría Legal para Asuntos de la Organización Mundial del Comercio con sede en Ginebra, Suiza, del año 2000 al 2002.
10. Adjunto a este informe mi currículum vitae¹⁶.

III. MARCO JURÍDICO DE LA EMPRESA DE LOS FERROCARRILES DE GUATEMALA COMO ENTIDAD DE DERECHO PÚBLICO AUTÓNOMA Y DESCENTRALIZADA

11. FEGUA es una entidad estatal, descentralizada y autónoma, con personalidad jurídica, patrimonio propio y con plena capacidad para adquirir derechos y contraer obligaciones¹⁷ Como toda entidad del Estado de Guatemala, FEGUA se encuentra sometida a la Constitución Política y a las demás leyes de la República.
12. En los siguientes párrafos se explica el significado del carácter de entidad descentralizada y autónoma de FEGUA, así como el significado de su carácter de entidad intervenida, y los órganos que tienen facultad de decisión sobre las acciones de empresa: el Interventor y el Presidente. Finalmente, se detalla cómo, en virtud de lo anterior, el Interventor no podía aprobar el Contrato 143, sino que dicha facultad correspondía al Presidente.

¹⁶ Anexo A.

¹⁷ Artículo 1 de la Ley Orgánica de la Empresa de Ferrocarriles de Guatemala, Decreto 60-72 del Congreso de la República de Guatemala, 28 de diciembre de 1972 (Anexo RAL-43).

13. El principio de descentralización de la administración se encuentra establecido en el Artículo 224 de la Constitución de la República¹⁸. En la ley suprema de Guatemala está previsto que con el voto favorable de las dos terceras partes del Congreso de la República determinadas actividades pueden ser trasladadas del seno del Ejecutivo hacia entidades autónomas y descentralizadas, las que actúan por delegación del Estado.¹⁹ Las funciones necesarias para administrar el Estado corresponden al Organismo Ejecutivo y las funciones establecidas en la Constitución están desarrolladas en la Ley del Organismo Ejecutivo. Esta Ley regula también el marco de las entidades autónomas y descentralizadas y en el 5º Considerando dice: “Que de conformidad con el Artículo 224 constitucional la administración será descentralizada; entendiéndose por descentralización el proceso mediante el cual el Gobierno central delega la ejecución y el control administrativo de ciertas funciones a entes distintos de sí mismo o a sus entidades autónomas y descentralizadas, reteniendo las funciones reguladora, normativa y de financiamiento con carácter subsidiario y de control”. En ese contexto el artículo 35 contempla lo referente al Ministerio de Finanzas Públicas, el que entre otras atribuciones tiene a su cargo: “t) Coordinar el sistema de contrataciones y adquisiciones del Gobierno Central y sus entidades descentralizadas y autónomas”.
14. La Corte de Constitucionalidad ha identificado algunos de los elementos de la descentralización, entre otros: que es creada por el legislador constitucional o por el legislador común; que constituye una traslación de competencias de la administración directa a la indirecta del Estado; y que implica la creación de personas jurídicas de Derecho Público²⁰. En la medida en que la descentralización constituye una delegación, las facultades de las entidades descentralizadas quedan

¹⁸ “...La administración será descentralizada y se establecerán regiones de desarrollo con criterios económicos, sociales y culturales que podrán estar constituidos por uno o más departamentos para dar un impulso racionalizado al desarrollo integral del país”.

¹⁹ Artículo 142 de la Constitución de la República vigente cuando se constituyó FEGUA, y artículo 134 de la actual Constitución de la República de Guatemala (Anexo RAL-45).

²⁰ Gaceta 57, expediente 16-00, página No. 71, Sentencia 05-09-00(Anexo R-46).

estrictamente limitadas a aquellas que les han sido delegadas, mientras que las restantes permanecen en el Ejecutivo. Además, en la medida en la que con la delegación se crean personas jurídicas de Derecho Público, sólo pueden ejercitar aquellas facultades taxativamente delimitadas por la correspondiente ley ya que, a diferencia de la persona física, que está facultada para hacer todo lo que la ley no prohíbe, la persona jurídica sólo tienen existencia para hacer lo previsto en la ley²¹.

15. FEGUA fue intervenida primeramente en el año 1982²². En 1984 se modificó la normativa relativa a la intervención de FEGUA, derogando la anterior, mediante Decreto-Ley Número 91-84²³, actualmente en vigor. En virtud de este último, se creó una Comisión Interinstitucional encargada de estructurar un Plan Nacional para el desarrollo del transporte ferroviario, cuyo presidente tendría el carácter de Interventor. Asimismo, se determinó que la intervención establecida por el Acuerdo Gubernativo 100-82 continuaría a cargo del Interventor, quien debía asumir las funciones y atribuciones que conforme a la Ley Orgánica de FEGUA corresponden a la Junta, al Gerente, y a cualquier otro funcionario ejecutivo, así como la representación legal de la empresa.
16. El Interventor es la autoridad superior de FEGUA, y a él le corresponde la dirección de las actividades de ésta²⁴. No obstante, sus facultades no son ilimitadas, sino que se restringen a aquellas que le han sido delegadas a través de la Ley Orgánica de FEGUA. Los poderes no delegados permanecen en el Ejecutivo. El Artículo 19(n) de la Ley Orgánica de FEGUA, por ejemplo, establece expresamente que la aprobación de las tarifas que se establezcan “debe someterse a consideración

²¹ El autor Roberto Dromí en su libro Derecho Administrativo, 7ª Edición Actualizada, página 347, Ciudad de Argentina 1998, al referirse a la capacidad dice: “*En cuanto a las entidades autárquicas y empresas del Estado, sus respectivas normas estatutarias establecen la competencia contractual.*” (Anexo RAL-56).

²² Acuerdo Gubernativo 100-82, 1 de Julio de 1982, ratificado por Decreto Ley 162-83, (Anexo RL-54).

²³ Decreto 91-84, sobre la Intervención de FEGUA, 6 de septiembre de 1984 (Anexo RAL-44) .

²⁴ Ley Orgánica de FEGUA, Decreto Núm. 60-72, Art. 9, 28 de diciembre de 1972 (Anexo RAL-43).

al Organismo Ejecutivo para su aprobación definitiva por Acuerdo Gubernativo”. El Artículo 19(g), por su parte, requiere que la aprobación del presupuesto de ingresos y egresos de la empresa se someta a consideración del Organismo Ejecutivo para su aprobación. Esto se debe a que las facultades del Interventor se circunscriben a las requeridas para administrar la entidad, es decir, a aquellas correspondientes al giro ordinario de la empresa, tales como dirigir su política, nombrar determinados funcionarios y crear y suprimir agencias. Las decisiones extraordinarias, sin embargo, corresponden al Presidente como superior jerárquico del Interventor en virtud del Artículo 6 de la Ley del Organismo Ejecutivo²⁵, porque las mismas no fueron delegadas a FEGUA por el Congreso de la República. El Interventor sólo tiene facultades para llevar a cabo aquellas actuaciones que forman parte de la delegación efectuada a través de la Ley de FEGUA, mientras que la facultad para llevar a cabo cualquier otra actuación permanece en el Ejecutivo, a quien le corresponden en virtud de la Constitución y la Ley del Organismo Ejecutivo.

17. Lo anterior ha sido reconocido en Sentencia de la Sala Primera del Tribunal de lo Contencioso Administrativo de fecha 17 de diciembre de 2001, expediente 168-95 en un caso similar al del Contrato 143, en el que el entonces interventor de FEGUA constituyó un derecho de uso oneroso sobre un inmueble de FEGUA por un periodo de treinta años sin contar con autorización presidencial. El Tribunal estableció que:

“No puede hablarse de la autonomía de FEGUA y de las calidades de Junta Directiva y Gerente que se subsumían en el interventor, porque la operación realizada no es propia de su giro y las finalidades que conforme a su Ley

²⁵ Ley del Organismo Ejecutivo, Decreto Núm. 114-97, Artículo 6, 13 de noviembre de 1997 (Anexo RAL-50). “Autoridad Superior del Organismo Ejecutivo: La autoridad administrativa superior del Organismo Ejecutivo es el Presidente de la República. El Presidente de la República actuará siempre con los Ministros, en Consejo de Ministros o separadamente con uno o más de ellos, en todos los casos en que de sus actos surjan relaciones jurídicas que vinculen a la administración pública”.

La Constitución de la República establece en el artículo 182 que el Presidente es el Jefe del Estado de Guatemala y la Ley del Organismo Ejecutivo regula lo referente a sus facultades y atribuciones específicas, entre las que se encuentra, de acuerdo con el Artículo 2, el ejercicio de la función administrativa y la formulación y ejecución de las políticas de gobierno con las cuales deben coordinarse las entidades que forman parte de la administración descentralizada (Anexo RAL-45).

orgánica, y él como interventor y administrador no podía usar los bienes de FEGUA en operaciones que no son propias ni legales conforme a su ley orgánica, por ello trasciende los límites legales que su propia ley le otorga a FEGUA y naturalmente a quien la administra”.

18. En esa misma sentencia se destacó que:

“... Entrando más en detalle en el análisis que se hace del contrato respectivo, claramente se determina que el interventor [de FEGUA] de esa época el señor Fernando Antonio Leal Estévez no estaba legalmente facultado para celebrar dicha contratación, puesto que en ningún momento se acreditó en el instrumento respectivo dicha autorización, no obstante que él estaba contratando sobre bienes propios del estado, lo cual no le correspondía sino que únicamente al Presidente de la República, como prescribe el artículo 183 en su literal q) de la Constitución Política de la República, lo que también determina el artículo 667 del Código Fiscal. Ambas normas coinciden en que son funciones del ejecutivo a través del Presidente de la República administrar la hacienda pública con arreglo a la Ley”.

19. El artículo 183 literal q) de la Constitución, como señala la anterior sentencia, dispone que “son funciones del Presidente de la República... [a]dministrar la hacienda pública con arreglo a la ley”. En línea con lo anterior, es claro que los bienes de FEGUA no han salido de la esfera de los bienes del Estado, no obstante la intervención decretada. A tenor del artículo 121 constitucional, son bienes del Estado los que constituyen patrimonio del Estado, incluyendo los del Municipio y de las entidades descentralizadas o autónomas.

20. Como consecuencia de lo anterior, la facultad de aprobación del Contrato 143, que implica darle a un sujeto privado el goce y uso de bienes del Estado, correspondía al Presidente. El Contrato 143 tiene por objeto el otorgamiento a Ferrovías del “uso, goce, reparación y mantenimiento” del equipo ferroviario de propiedad de FEGUA²⁶ por un plazo de cuarenta y cuatro años, ocho meses con veinticinco días a contar a partir del 28 de agosto de 2006²⁷ Dicho equipo ferroviario constituye la totalidad del patrimonio de FEGUA, por lo que el otorgamiento de un derecho real de

²⁶ Cláusula Tercera del Contrato 143, 28 de agosto de 2003 (Anexo R-5).

²⁷ Cláusula Sexta del Contrato 143, 28 de agosto de 2003 (Anexo R-5).

usufructo por un periodo de casi cincuenta años constituye un acto extraordinario, y no un acto de gestión, que queda fuera del ámbito de las facultades del Interventor y requiere la aprobación del Presidente mediante acuerdo gubernativo²⁸. Adicionalmente, se trata de una contratación que no es propia del giro y finalidades que conforme a su Ley Orgánica corresponden a FEGUA y, por lo tanto, las facultades para llevarla a cabo corresponden al Ejecutivo, y no al Interventor de FEGUA. Además, se trata de un acto que afecta al presupuesto de ingresos y gastos de la entidad, de tal suerte que su aprobación requiere la autorización del Presidente mediante acuerdo gubernativo según lo que exige expresamente el artículo 19(g) de la Ley Orgánica de FEGUA. La firma por parte del Interventor de los Contratos 143 y 145 constituía, en suma, una actuación *ultra vires*.

21. Idéntica conclusión se alcanza a través del análisis de la Ley de Contrataciones del Estado²⁹. Los Artículos 47 y 48 de esta Ley establecen que “los contratos que deban celebrarse con las entidades descentralizadas... serán suscritos por la autoridad que corresponda de acuerdo con su Ley Orgánica” y aprobados por la misma autoridad que determina el artículo 9 de la Ley de Contrataciones del Estado. La aplicación de estos preceptos a FEGUA, en atención a las facultades atribuidas al Interventor y al Presidente, resulta en la necesidad de aprobación por el Presidente de los contratos suscritos por FEGUA y sujetos a la Ley de Contrataciones y, en particular, en la necesidad de aprobación por el Presidente del Contrato 143.
22. En suma, FEGUA es una entidad descentralizada e intervenida, que goza de autonomía en el giro ordinario de su actividad cuya dirección corresponde al Interventor, y que está sometida al control y supervisión del Presidente, a quien corresponde la toma de decisiones extraordinarias de la empresa y, en general, de cualesquiera decisiones sobre asuntos que no formen parte de la delegación efectuada a FEGUA y su Interventor, todo ello en virtud de la Ley Orgánica de

²⁸ Artículo 6 de la Ley del Organismo Ejecutivo (Anexo RAL-50).

²⁹ Ley de Contrataciones del Estado, Decreto número 57-92 del Congreso de la República, 21 de octubre de 1992 (Anexo RAL-46).

FEGUA y la Ley del Organismo Ejecutivo. Por aplicación de la Ley de Contrataciones del Estado, adicionalmente, corresponde al Presidente la aprobación de los contratos suscritos al amparo de dicha Ley. En consecuencia, el Interventor carecía de facultades para firmar el Contrato 143, que requería la aprobación mediante Acuerdo Gubernativo como requisito imprescindible para entrar en vigor.

IV. LEGITIMIDAD DEL ESTADO -- Y FEGUA COMO ENTIDAD DE DERECHO PÚBLICO AUTÓNOMA Y DESCENTRALIZADA -- PARA CONTRATAR CON PARTICULARES

28. En este apartado se exponen los fundamentos legales y constitucionales que legitiman al Estado, y a FEGUA como entidad de derecho público autónoma y descentralizada, para contratar con particulares. En particular, se detallarán los fundamentos legales que legitiman a FEGUA para contratar con Ferrovías, y el marco legal aplicable a dicha contratación.
29. Con arreglo al Artículo 182 de la Constitución de la República, integran el Organismo Ejecutivo el Presidente y Vicepresidente de la República, ministros y viceministros de Estado y funcionarios dependientes integran el Organismo Ejecutivo. Como se destacó con anterioridad, el Artículo 224 de la Constitución de la República dispone que la administración será descentralizada. En desarrollo de estos preceptos constitucionales, la Ley del Organismo Ejecutivo establece las atribuciones de los órganos integrantes del Organismo Ejecutivo y, en lo que aquí interesa, señala en su artículo 35 en cuanto al Ministerio de Finanzas Públicas que tiene atribuida la coordinación del sistema de contrataciones y adquisiciones de sus entidades descentralizadas autónomas³⁰. La Ley Orgánica de FEGUA, por su parte, determina en su Artículo 1 que FEGUA tendrá “personalidad jurídica, patrimonio propio, y plena capacidad para adquirir derechos y contraer obligaciones”.
30. Por su parte la Ley de Contrataciones del Estado y su reglamento establecen el marco legal específico entre el Estado y los particulares para la contratación de

³⁰ Artículo 35 de la Ley del Organismo Ejecutivo (Anexo RAL-50).

bienes y servicios. Es así que dicha ley regula todo lo relacionado con la compra, venta y contratación de bienes, suministros, obras y servicios que requieran los organismos del Estado, sus entidades descentralizadas y autónomas, unidades ejecutoras, las municipalidades y las empresas públicas estatales y municipales³¹.

31. Así, FEGUA, como entidad estatal descentralizada y autónoma, al amparo de lo establecido en la Constitución y en virtud de su Ley Orgánica, está facultada para contratar con los particulares, si bien solamente dentro de los poderes que le corresponden y que le han sido delegados por el Ejecutivo. Por lo tanto, FEGUA podía celebrar un contrato de usufructo sobre el equipo ferroviario con Ferrovías con sujeción a lo establecido en las leyes aplicables incluyendo, como se señaló anteriormente, la exigencia de contar con la aprobación del Ejecutivo. El marco jurídico para la contratación entre el Estado y sus entidades autónomas descentralizadas, de un lado, y los Particulares, de otro, se regula en la Ley de Contrataciones del Estado. La contratación por parte de FEGUA con Ferrovías en relación con el equipo ferroviario quedaba enmarcada dentro del ámbito de dicha Ley.

V. NATURALEZA DE UNA CONCESIÓN, Y DE UN CONTRATO USUFRUCTO ONEROSO, Y NATURALEZA DE UN INSTRUMENTO QUE CONFIERE DERECHOS DE USO ESPECIAL SOBRE BIENES PÚBLICOS

32. En este apartado se define la naturaleza de una concesión conforme a la ley guatemalteca para, después, describir la naturaleza del Usufructo Oneroso y, a continuación, la naturaleza de un instrumento que confiere derechos de uso especial sobre bienes públicos. Seguidamente, se explica cómo un Usufructo Oneroso puede ser la forma contractual adecuada para conferir derechos sobre bienes públicos, si bien en tal caso será necesario dar cumplimiento a los requisitos que la ley exige para el otorgamiento de concesiones, y el instrumento tendrá la misma naturaleza que una licencia, autorización, permiso, concesión, o instrumento

³¹ Artículo 1 de la Ley de Contrataciones del Estado (Anexo RAL-46).

similar. Finalmente, se explica que FEGUA podía celebrar un contrato de usufructo oneroso, el Contrato 143, para conferir un derecho de uso especial sobre los bienes nacionales consistentes en el equipo ferroviario, siempre y cuando cumpliera con los requisitos establecidos en la Ley de Contrataciones del Estado, que incluyen el establecimiento de unas bases de licitación y la aprobación por acuerdo gubernativo, aunque no la aprobación por el Congreso, a diferencia de los contratos de concesión de servicios públicos. Tal usufructo participa de la naturaleza de una licencia, autorización, permiso, concesión, o instrumento similar.

A. *La Naturaleza de una Concesión*

33. De acuerdo al artículo 95 de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada por Decreto Número 57-92 del Congreso de la República de Guatemala:

“se entiende por concesión la facultad que el Estado otorga a particulares, para que por su cuenta y riesgo construyan, produzcan, monten, instalen, mejoren, conserven, restauren y administren una obra, bien o servicio público, bajo el control de la entidad pública concedente, con o sin ocupación de bienes públicos, a cambio de una remuneración que el particular cobra a los usuarios de la obra, bien o servicio”. (El subrayado es nuestro).

34. Las concesiones, por lo tanto, pueden referirse a obras, bienes o servicios públicos. En este dictamen nos detendremos exclusivamente en el análisis de las concesiones sobre bienes y servicios públicos:

- (a) Las concesiones sobre bienes públicos. Los bienes de dominio público son aquellos “cuya titularidad corresponde a un ente público y que, por encontrarse afectados directamente a un uso o servicio público, se someten a un régimen especial³². Como parte de este régimen especial, en general, el uso especial del dominio público requiere de un título habilitante³³, ya sea una licencia, autorización, permiso, concesión o instrumento similar.

³² Daniel I. Ripley, *La Utilización Privativa de los Bienes de Dominio Público: Las Concesiones Demaniales en la Nueva Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas*, Actualidad Jurídica Uría & Menéndez, Núm. 8/2004, pág. 25 (Anexo RAL-32).

³³ *Id.* pág. 28.

Este instrumento es la concesión en el caso de los aprovechamientos especiales de bienes públicos de uso común, con arreglo al Artículo 461 del Código Civil de Guatemala³⁴.

Las concesiones sobre bienes de dominio público implican el otorgamiento de un derecho de uso especial sobre un bien público, por lo que constituyen un acto administrativo que sólo la Administración puede conceder en el ejercicio de las facultades que son inherentes, conservando en todo momento el dominio y facultad de supervisión de las condiciones en las que se mantiene el bien por parte del concesionario.

- (b) Las Concesiones de Servicios Públicos: En las concesiones de servicios públicos, la administración permanece como titular del servicio público pero encomienda su explotación a un particular que asume los riesgos económicos de la empresa, basándose en un acuerdo que se obtiene mediante la celebración del contrato de concesión.³⁵

B. La Naturaleza del Usufructo

35. Según ha destacado Aguilar Guerra: “El usufructo es un derecho real de goce en cosa ajena que atribuye a su titular un poder inmediato sobre la cosa usufructuada que puede hacerse valer frente a todos. a)- En consecuencia, es un derecho real que limita el dominio, que restringe las facultades de goce o disfrute del propietario; b)- Se trata de un derecho temporal, de manera que la amplitud de las facultades que el usufructo confiere a su titular se contrarresta con su duración limitada en el tiempo ...; c)-Se trata de un derecho transmisible, facultando el artículo 716 del Código Civil al usufructuario para enajenar su derecho de usufructo; d)- El usufructuario está obligado a conservar la forma y la sustancia de

³⁴ “Los bienes de uso común son inalienables e imprescriptibles”, y que “pueden aprovecharse de ellos todos los habitantes, con las restricciones establecidas por la ley, pero para aprovechamientos especiales se necesita concesión otorgada con los requisitos que establecen las leyes respectivas” (Anexo RAL-42).

³⁵ Castillo González, Jorge Mario, Derecho Administrativo, 298. Décima Edición Actualizada a 1998 (Anexo RAL-55).

la cosa que recibe, más que una obligación en sentido estricto se trata de un límite a las facultades del usufructuario en la medida que su facultad de goce y aprovechamiento de los frutos de la cosa ajena no puede dar lugar a alterar ni la forma de la cosa ni su esencia”.”³⁶

36. El usufructo oneroso está previsto en los artículos 731, 735 y 1590 del Código Civil de Guatemala³⁷.

C. La naturaleza de un Instrumento que Confiere Derechos de Uso Especial sobre Bienes Públicos

37. El Contrato 143 es un auténtico contrato de usufructo, cuya Cláusula 2 establece que su objeto es: “el otorgamiento del uso, goce, reparación y mantenimiento del equipo ferroviario” por parte de FEGUA a Ferrovías. A su vez, el Contrato 143 pretende otorgar un derecho de uso especial sobre un bien de dominio público (el equipo ferroviario) a través de un acto administrativo que sólo la Administración puede conceder en el ejercicio de las facultades que le son inherentes, por lo que participa de la naturaleza jurídica de las concesiones sobre bienes de dominio público, es decir, de la naturaleza jurídica de las licencias, autorizaciones, permisos y derechos similares.
38. En conclusión, un Usufructo Oneroso puede ser la forma contractual adecuada para conferir derechos sobre bienes públicos, si bien en tal caso será necesario dar cumplimiento a los requisitos que la ley exige para el otorgamiento de concesiones, y el instrumento tendrá la misma naturaleza que una licencia, autorización, permiso, concesión, o instrumento similar. A resultas de lo anterior, se deduce que FEGUA podía celebrar un contrato de usufructo oneroso, el Contrato 143, para conferir un derecho de uso especial sobre los bienes nacionales consistentes en el equipo ferroviario, siempre y cuando cumpliera con los requisitos establecidos en la ley, incluida la Ley de Contrataciones del Estado y la Ley Orgánica de FEGUA.

³⁶ Aguilar Guerra, Vladimir, *Derechos Reales*, 374 y 375. Colección de Monografías Hispalense 2007, Litografía Orión (Anexo RAL-57).

³⁷ Código Civil de Guatemala, 14 de septiembre de 1963 (RAL-42).

Entre estos requisitos se cuenta el establecimiento de unas bases de licitación y la aprobación por el Ejecutivo a través de un Acuerdo Gubernativo.

VI. LA LESIVIDAD DE LOS ACTOS O RESOLUCIONES ADMINISTRATIVAS

39. En esta sección se describe el marco jurídico, origen concepto, requisitos y fundamento de la figura de la lesividad de los actos administrativos, demostrando que la figura tiene arraigo constitucional en Guatemala y, en particular, en los principios constitucionales de legalidad, certeza y seguridad jurídica y debido proceso. Asimismo, se detallan los efectos de la declaratoria de lesividad, y la relación entre el concepto de lesividad y la doctrina de actos propios.

A. Marco jurídico

40. La figura de la lesividad en Guatemala está contemplada en el artículo 20, último párrafo, de la Ley de lo Contencioso Administrativo, aprobada por Decreto Numero 119-96 del Congreso de la República³⁸. Ese artículo dispone lo siguiente:

“Para plantear este proceso [contencioso administrativo], la resolución que puso fin al procedimiento administrativo debe reunir los siguientes requisitos:

a) Que haya causado estado. Causan estado las resoluciones de la administración que decidan el asunto, cuando no sean susceptibles de impugnarse en la vía administrativa, por haberse resuelto los recursos administrativos.-

b) Que vulnere un derecho del demandante, reconocido por una ley, reglamento o resolución anterior.-

Si el proceso es planteado por la administración por sus actos o resoluciones, no será necesario que concurran los requisitos indicados, siempre que el acto o resolución haya sido declarado lesivo para los intereses del Estado, en Acuerdo Gubernativo emitido por el Presidente de la República en Consejo de Ministros. Esta declaración sólo podrá hacerse dentro de los tres años siguientes a la fecha de la resolución o acto que la origina”. (El subrayado es nuestro).

41. La lesividad ha sido tradicionalmente objeto de regulación en España, cuya legislación inspiró la de otros países de América Latina, incluyendo Argentina,

³⁸ Ley de lo Contencioso Administrativo, Decreto Ley No. 119-96, 21 de noviembre de 1996 (RAL-49).

México, y Guatemala. La ley española No. 30/1992 actualmente en vigor dispone, en su artículo 103.1 lo siguiente:

“Las Administraciones públicas podrán declarar lesivos para el interés público los actos favorables para los interesados que sean anulables conforme a lo dispuesto en el artículo 63 de esta Ley, a fin de proceder a su ulterior impugnación ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo”³⁹.

42. El artículo 63 de la referida Ley, por su parte, dispone que “son anulables los actos de la Administración que incurran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico, incluso por desviación de poder”⁴⁰.

B. El Significado de la Lesividad y sus Requisitos

43. La declaratoria de lesividad supone una excepción a principios tradicionales del derecho administrativo. En particular, es una excepción a la facultad de la Administración de hacer efectivas por sí misma sus pretensiones, y a la irrevocabilidad de los actos administrativos declarativos de derechos, tal y como se desarrolla más adelante.
44. La lesividad surgió en el ámbito fiscal, como el medio para invalidar actos que eran contrarios a la ley y, a su vez, causaban una lesión al tesoro público⁴¹. La figura evolucionó más allá del ámbito físcal, hasta convertirse en el mecanismo a través del cual la Administración puede impugnar sus propios actos⁴² cuando sean declarativos de derechos pero resulten lesivos para los intereses del Estado. Esta impugnación por parte de la Administración exige que se cumplan dos requisitos. Primero, que el acto sea lesivo. Vivancos define la lesividad como la cualidad que

³⁹ Ley 30/1992, de 26 de noviembre de 1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, tal y como ha sido modificada (RAL-47).

⁴⁰ *Id.*, artículo 63.

⁴¹ RICARDO HUESCA BOBADILLA, PROCEDIMIENTOS TRIBUTARIOS, 349 (1ª Ed., Jun. 2001) (Anexo RAL-27).

⁴² Como destaca Eduardo A. Mayora en su Dictamen, el término “actos” empleado en el artículo 20 comprende técnicamente, entre otros, el acto de celebración de un contrato. Anexo XV al Memorial Sobre el Fondo de la Demandante, nota al pie v.

hace anulable, por los tribunales de la jurisdicción contencioso-administrativa, un acto de la Administración que lesiona los intereses públicos, de orden económico o de otra naturaleza.⁴³ Atendiendo al origen y propósito de la lesividad, y al tratamiento que le ha dado la jurisprudencia en Guatemala, puede concluirse que existe fundamento para la lesividad cuando en un acto concurre alguna irregularidad o infracción del ordenamiento jurídico de las que se deriva una lesión a los intereses del estado. Este principio queda expresamente plasmado en la norma española antes citada (“que incurran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico...”⁴⁴), y constituye la esencia de la práctica administrativa y judicial en Guatemala.

45. Como se verá más adelante, en el caso de la lesividad de los Contratos 148 y 153, los hechos identificados en los dictámenes jurídicos emitidos al respecto por varios órganos del Estado apuntaban tanto a la existencia de ilegalidades como de hechos que causaban una lesión a intereses que son indudablemente de carácter público (entre ellos, muy especialmente, la protección del patrimonio histórico). La distinción doctrinal que entre la legalidad y el interés del Estado pretende hacer Eduardo A. Mayora⁴⁵, el experto de la parte Demandante en este arbitraje, resulta, por lo tanto, irrelevante.

⁴³ Citado por CABANELLAS, GUILLERMO, DICCIONARIO ENCICLOPÉDICO DE DERECHO USUAL, 130 (14a Ed. 1979) (RAL-58).

⁴⁴ Artículo 63 de la Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (Anexo RAL-47).

⁴⁵ Dictamen de Mayora, Anexo XV al Memorial Sobre el Fondo de la Demandante, ¶¶8.2.4, 8.3.1, 8.3.2.

46. El segundo requisito para que la Administración pueda impugnar sus propios actos mediante la declaratoria de lesividad es que dicha declaración se haga dentro de los tres años siguientes a la fecha de la resolución o acto que la origina. La declaratoria de lesividad se produce en dos pasos: (1) la firma del Acuerdo Gubernativo, primero por los Ministros y a continuación por el Presidente, Vice-Presidente y Secretario General, y (2) publicación del acuerdo en el Diario Oficial.

C. Las Garantías Jurídicas del Proceso de Lesividad

47. La lesividad se basa en principios y garantías fundamentales del ordenamiento jurídico. Específicamente, la regulación de la lesividad se fundamenta en los principios de legalidad, seguridad y certeza jurídica y en las garantías constitucionales de debido proceso;

- (a) El principio de legalidad. La declaratoria de lesividad es el mecanismo de impugnación de determinados actos contrarios al ordenamiento que no pueden ser revocados de oficio por la administración. Al abrir la puerta a la impugnación de estos actos irregulares por parte de la administración, se proporciona una salvaguarda del principio de legalidad, impidiendo que un acto contrario al ordenamiento jurídico quede al margen de la revisión judicial. Por lo tanto, la lesividad no sólo no vulnera el principio de legalidad, como afirma el experto de la Demandante, Eduardo A. Mayora⁴⁶, sino que en realidad lo tutela, en atención a lo siguiente:

- El derecho a la legalidad está predicado sobre lo dispuesto en los artículos 152, 154 y 155 de la Constitución y consiste en la garantía de que el ejercicio del poder por parte de cualquier funcionario está sujeto a las limitaciones señaladas por la misma Constitución y las leyes, que los funcionarios jamás son superiores a la ley y que todo funcionario es responsable conforme a la ley.

⁴⁶ Dictamen de Mayora, Anexo XV al Memorial Sobre el Fondo de la Demandante, ¶5.6.

- Siempre que la autoridad se sujete a las limitaciones que señala la Constitución y las leyes, no se arrogue la potestad de actuar contra ley o sin ley, y esté dispuesta a responder por su conducta oficial, los gobernados tendrán garantizado el principio de legalidad.
- El derecho de reclamar en juicio que un contrato no es conforme al ordenamiento jurídico, sea que la acción la plantee el Estado o la planteen los particulares, de ninguna manera viola el principio de legalidad. Por el contrario, cerrar la puerta a que la conformidad jurídica de los actos y contratos puedan ser revisada podría resultar en violación del derecho a la legalidad y que se vulnere el estado de derecho porque haría inoperantes las garantías fundamentales de derecho de petición y libre acceso a los tribunales establecidas en los artículos 28 y 29 de la Constitución Política de la República de Guatemala.
- El Acuerdo Gubernativo que declara la voluntad del Ejecutivo de solicitar que el Tribunal de lo Contencioso Administrativo conozca y declare en definitiva si el acto o contrato es lesivo, garantiza el derecho a la legalidad porque el Ejecutivo no será juez y parte y, si bien ya no tienen aplicación los recursos de carácter administrativo, la decisión corresponderá a un tribunal ajeno al Organismo Ejecutivo y el sujeto procesal privado podrá hacer uso de todos los medios de impugnación aplicables dentro de ese procedimiento Contencioso Administrativo.
- En el proceso de lo contencioso-administrativo se observan todas las garantías del debido proceso, porque la parte procesal privada tiene la posibilidad de refutar la acción de lesividad. Es más, según la Ley de lo

Contencioso Administrativo la sentencia que dicta el tribunal puede ser objeto del recurso extraordinario de casación.⁴⁷

- (b) El principio de seguridad y certeza jurídica. La figura de la lesividad está contemplada en una norma aprobada y publicada cumpliendo con todos los requisitos que establece el ordenamiento jurídico. La lesividad sólo puede declararse dentro de los tres años siguientes a la fecha de la resolución o acto que la origina y se requiere la emisión de un acuerdo gubernativo. La jurisprudencia tiene establecido que la declaratoria de lesividad es un mero presupuesto procesal que permite a la Administración acceder a los tribunales para que se pronuncien sobre la pretendida lesividad del acto impugnado, confirmando la procedencia de su nulidad o, por el contrario, confirmando el acto.⁴⁸ Como se establece en la siguiente sección, la lesividad no surte efectos jurídicos para el administrado a menos que sea confirmada judicialmente a través de un Proceso Contencioso Administrativo.

Esta acción ante los tribunales debe promoverse, en virtud del artículo 23 de la Ley de lo Contencioso Administrativo, en un plazo de tres meses contados a partir de la fecha de publicación de la declaratoria de lesividad. En consecuencia, el administrado tiene garantizado que la anulación o confirmación del acto, según sea el caso, se realiza con plena adecuación a derecho, bajo la autoridad de los tribunales y con todas las garantías procesales. De esta manera, se impide que la Administración pueda revocar sus propios actos de forma arbitraria, se impide que el Administrado

⁴⁷ Artículo 27 de la Ley de lo Contencioso Administrativo, 21 de noviembre de 1996 (Anexo RAL-49).

⁴⁸ Sentencia de fecha 17 de diciembre de 2001, dictada por la Sala Primera de lo Contencioso-Administrativo, dentro del juicio Proceso Contencioso-Administrativo número 168-95, planteado por la Procuraduría General de la Nación en contra del contrato calificado de “Uso Oneroso” de fecha 28 de abril de 1995, celebrado entre el interventor de FEGUA y Poliductos del Pacífico, Sociedad Anónima, que declara con lugar la demanda (Anexo R-48).

mantenga una situación de pendencia durante un tiempo ilimitado, y se garantiza el principio constitucional de seguridad y certeza jurídica.

- (c) El principio de debida audiencia y el debido proceso. Este principio está consagrado en el artículo 12 de la Constitución de la República y en los artículos 203 y 221 también de la Constitución. Esas disposiciones establecen el derecho del gobernado a ser oído en juicio en defensa de sus intereses, en el marco de un proceso contencioso-administrativo en que se ventila el asunto ante un tercero imparcial, el Tribunal de lo Contencioso Administrativo al que corresponde el control de la juridicidad de la administración pública. En el mismo orden de ideas, en el artículo 26 de la Ley de lo Contencioso-Administrativo, se incorporan a dicho proceso todas las normas procesales, en lo que fueren aplicables, tanto de la Ley del Organismo Judicial como del Código Procesal Civil y Mercantil. La integración a lo contencioso-administrativo de todo el cuerpo de normas procesales que informan el proceso garantiza al gobernado que será oído en un proceso legal ante un tribunal competente y preestablecido, en el que se observarán todas las garantías procesales.

48. En vista de lo anterior, las conclusiones que alcanza Eduardo Mayora en su Dictamen acerca de la inconstitucionalidad de la lesividad⁴⁹ son erróneas. No sólo no hay obstáculos insalvables que impiden que la lesividad tenga coherencia dentro de los principios de legalidad y debido proceso, sino que son esos mismos principios los que la fundamentan.

D. Declaratoria de Lesividad y Cuándo Surte Efectos Jurídicos contra Terceros

49. La declaratoria de lesividad mediante Acuerdo Gubernativo es un acto carente de todo efecto material hasta que el Procurador General de la Nación promueve, en tiempo y forma, la declaratoria judicial de lesividad con audiencia a la parte interesada. A resultas del juicio correspondiente, el Tribunal de lo Contencioso

⁴⁹ Dictamen de Mayora, Anexo XV al Memorial Sobre el Fondo de la Demandante, ¶9.2.

Administrativo emitirá sentencia pronunciándose sobre la validez o no del acto declarado lesivo.

50. En consecuencia, la Administración Pública debe acudir a la vía jurisdiccional y solicitar a través del proceso contencioso administrativo que se declare la ineficacia del acto o contrato lesivo. Con anterioridad a la existencia de una sentencia judicial firme, la declaratoria de lesividad no tiene ningún efecto para el Administrado. Como ya se ha destacado, la jurisprudencia tiene establecido que constituye un mero presupuesto procesal para que la Administración pueda impugnar sus propios actos⁵⁰.
51. En virtud de lo anteriormente indicado, al día de hoy Ferrovías sigue teniendo todos los derechos y obligaciones dimanantes los Contratos 143 y 158. Esa situación jurídica se mantendrá hasta que el Tribunal de lo Contencioso-Administrativo declare, en su caso, la lesividad de los contratos y la nulidad de los mismos en sentencia, la cual es susceptible del recurso extraordinario de casación.

E. Relación Entre El Concepto de Lesividad y la Doctrina de Actos Propios

52. La teoría de los actos propios, según la cual las personas quedan vinculadas a sus propios actos, encuentra dos excepciones en el derecho Administrativo guatemalteco. En la primera, la Administración puede revocar unilateralmente sus propios actos. En la segunda, es necesaria la intervención de un órgano jurisdiccional. Así, la Administración está facultada para anular o declarar la nulidad de actos propios de forma unilateral en los casos en que se haya violado la ley o se perjudique el interés público, siempre y cuando la revocación no suponga un perjuicio para terceros o imponga un gravamen. Por el contrario, cuando la revocación tenga dichos efectos, la Administración obligadamente debe acudir a

⁵⁰ Sentencia de fecha 17 de diciembre de 2001, dictada por la Sala Primera de la Contencioso-Administrativo, dentro del juicio Proceso Contencioso-Administrativo número 168-95, planteado por la Procuraduría General de la Nación en contra del contrato calificado de “Uso Oneroso” de fecha 28 de abril de 1995, celebrado entre el interventor de FEGUA y Poliductos del Pacífico, Sociedad Anónima, que declara con lugar la demanda (Anexo R-48).

los tribunales de justicia, previa emisión de un Acuerdo Gubernativo que declare que el acto o contrato es lesivo.

53. La Sentencia de la Sala Primera del Tribunal de lo Contencioso Administrativo de fecha 17 de diciembre de 2001, expediente 168-95 antes citada señaló que:

“Los tratadistas coinciden en que la declaratoria de lesividad, de acuerdo a la teoría de “los actos propios”, una persona queda vinculada a sus propios actos, sin que pueda desdecirse de los mismos, desde un punto de vista jurídico; sin embargo el estado dentro de la facultad de anular o declarar la nulidad de actos propios, en los que se haya violado la ley o se perjudique el interés público, [...] para proceder a su anulación y revocación deberá acudir a los tribunales de justicia, previa declaración de que el mismo es contrario y perjudicial para el interés general (lesivo).

54. Como conclusión de esta sección, la figura de la lesividad de los actos administrativos está arraigada en la Constitución de la República de Guatemala y, en particular, en los principios constitucionales de legalidad, certeza y seguridad jurídica y debido proceso. Su objeto es abrir la puerta para que, de forma excepcional a la doctrina de los actos propios, la administración pueda impugnar sus propios actos frente a los tribunales. Como se ha señalado anteriormente, la declaratoria de lesividad es un mero presupuesto procesal, que no tiene efectos materiales hasta tanto es confirmada, en su caso, por un Tribunal Contencioso Administrativo.

VII. LA LESIVIDAD DE LOS CONTRATOS 143 Y 158

55. Esta sección se ocupa de los hechos que condujeron a la declaratoria de lesividad de los Contratos 143 y 158, y los fundamentos que justificaron la decisión tomada a nivel administrativo. Estos hechos demuestran que el Estado llevó a cabo un procedimiento riguroso de análisis de las circunstancias de los referidos contratos, y que a través de dicho procedimiento identificó defectos jurídicos que hacían que los Contratos 143 y 158 resultaran lesivos a los intereses del Estado de Guatemala.
56. La declaratoria de lesividad se aprobó mediante el acuerdo gubernativo número 433-2006.

57. La declaratoria fue instada mediante oficio del Interventor de FEGUA al Presidente el 13 de enero de 2006⁵¹. Dicha carta adjuntaba el Dictamen 205-2005 de la Procuraduría General de la Nación del 1 de agosto de 2005⁵², el Dictamen 749-2005 de la Procuraduría General de la Nación de 12 de septiembre de 2005⁵³, y el Dictamen 05-2006 de la Asesoría Jurídica de FEGUA de 13 de enero de 2006.
58. El 26 de abril de 2006, como consecuencia del oficio del Interventor de FEGUA, la Secretaría General de la Presidencia de la República emitió el Dictamen No. 236-2006, en el que recomendaba la declaratoria de lesividad de los Contratos 143 y 158 al Presidente⁵⁴. Este dictamen adjuntaba, a su vez, el Dictamen 205-2005 de la Procuraduría General de la Nación de 1 de agosto de 2005⁵⁵, el Dictamen 749-2005 de la Procuraduría General de la Nación de 12 de septiembre de 2005⁵⁶, el Dictamen 05-2006 de la Asesoría Jurídica de FEGUA de 13 de enero de 2006⁵⁷ y el Dictamen Conjunto No. 181-2006 AJ del Ministerio de Finanzas Públicas de 3 de abril de 2006⁵⁸.
59. Los dictámenes emitidos por FEGUA, la Procuraduría General de la Nación, el Ministerio de Finanzas Públicas y, finalmente, la Secretaría General de la Presidencia de la República, coincidieron al identificar serias deficiencias jurídicas en los Contratos 143 y 158 que determinaban su lesividad. En mi opinión, las

⁵¹ Carta de A. Gramajo al Presidente Óscar Berger, 13 de enero de 2006 (Anexo R-21).

⁵² Dictamen 205-2005 de la Procuraduría General de la Nación, 1 de agosto de 2005 (Anexo R-15).

⁵³ Dictamen 749-2005 de la Procuraduría General de la Nación, 12 de septiembre de 2005 (Anexo R-17).

⁵⁴ Dictamen 236-2006 de la Secretaría General de la Presidencia de la República, 26 de abril de 2006 (Anexo R-25).

⁵⁵ Dictamen 205-2005 de la Procuraduría General de la Nación, 1 de agosto de 2005 (Anexo R-15).

⁵⁶ Dictamen 749-2005 de la Procuraduría General de la Nación, 12 de septiembre de 2005 (Anexo R-17).

⁵⁷ Dictamen 05-2006 de la Asesoría Jurídica de FEGUA, 13 de enero 2006 (Anexo R-20).

⁵⁸ Dictamen Conjunto 181-2006-AJ del Ministerio de Finanzas Públicas, 3 de abril de 2006 (Anexo R-24).

conclusiones alcanzadas en dichos dictámenes son correctas, y en ellos se identifican irregularidades sustanciales en los Contratos, que fundamentan una lesividad y sirven para sustentar el proceso contencioso administrativo que se encuentra en trámite ante la Sala Primera en virtud de la demanda presentada por la Procuraduría General de la Nación⁵⁹ en el expediente 389-2006. Entre dichas irregularidades pueden destacarse las siguientes:

- (a) La falta de bases de licitación para la firma del Contrato 143.
 - (b) La falta de aprobación de los Contratos 143 y 158 mediante acuerdo gubernativo.
 - (c) La falta de protección adecuada de bienes de valor histórico considerados patrimonio cultural.
60. De las anteriores irregularidades se desprende, en particular, que los Contratos 143 y 158 no fueron otorgados de conformidad con la ley guatemalteca. Los Contratos 143 y 158, por ende, no generan derechos protegidos conforme a legislación de Guatemala. Los apartados siguientes contienen un análisis de cada una de estas irregularidades.
- A. *La falta de bases de licitación para la firma del Contrato 143*
61. En la suscripción de los Contratos 143 y 158, al pactar sin bases o licitación el otorgamiento del derecho de usufructo sobre el equipo ferroviario, se incumplió la Ley de Contrataciones del Estado. Las partes pretendieron emplear las bases de un contrato celebrado cuatro años antes (Contrato 41), no aprobado, cuando lo que correspondía era elaborar nuevas bases para la contratación. Este requisito no puede obviarse por las partes en una contratación de bienes y servicios del Estado, ya que con ello se desvirtuaría la Ley de Contrataciones del Estado y las garantías de transparencia y seguridad para los ciudadanos en la gestión del patrimonio público. Tan sólo en situaciones excepcionales que la ley enumera taxativamente en el

⁵⁹ Anexo C-11 del Memorial sobre el Fondo de la Demandante..

artículo 44 de la Ley de Contrataciones del Estado, puede omitirse el requisito de la licitación para la celebración de este tipo de contrato. Uno de los referidos casos de excepción previstos en el artículo 44 arriba citado es el que se refiere, entre otras, a:

“la compra y contratación de bienes, suministros, obras y servicios que sean necesarios y urgentes para resolver situaciones de interés nacional o beneficio social, siempre que ello se declare así, mediante acuerdo, tomado por el respectivo presidente de cada uno de los organismos del Estado, así:

1.3.1 Organismo Ejecutivo, con el Consejo de Ministros;

1.3.2 Organismo Legislativo, con la Junta Directiva;

1.3.3 Organismo Judicial, con su Órgano superior de administración...”

62. Por lo tanto, es posible prescindir de unas bases de licitación si el gobierno declara a través del correspondiente acuerdo la necesidad y urgencia para resolver una situación de interés nacional o beneficio social.
63. En la firma del contrato 143 no se dio ninguno de los supuestos que habría permitido la contratación sobre el equipo ferroviario sin necesidad de sustanciar un nuevo proceso de licitación con las correspondientes bases. Adicionalmente, en contra de lo que se aduce, no existía un derecho de la Demandante de obtener el equipo ferroviario en virtud del contrato 402⁶⁰. Este contrato sólo mencionaba que la demandada tendría oportunidad de participar en el correspondiente proceso de licitación, y añadía que además podría emplear su propio equipo en la prestación del servicio ferroviario:
64. La Cláusula Décima del Contrato 402 establece que:
- “La usufructuaria tendrá, además de los derechos expuestos, los siguientes...
- e) obtener el equipo ferroviario y no directamente ferroviario propiedad de FEGUA que estime conveniente para sus operaciones, de conformidad con lo establecido en las bases de la licitación que dio origen al presente contrato”.
- (El subrayado es nuestro).
65. Las bases de licitación del contrato 402 establecen, en su apartado 4.1.6. “DEL EQUIPO FERROVIARIO”, que: “los oferentes podrán inspeccionar el equipo

⁶⁰ Memorial Sobre el Fondo de la Demandante, ¶82.

ferroviario y no directamente ferroviario propiedad de Ferrocarriles de Guatemala. Dicho equipo será subastado en fecha oportuna después de adjudicar el Contrato de Usufructo Oneroso y el contratista tendrá la oportunidad de adquirir los que estime convenientes para sus operaciones [...]”. (El subrayado es Nuestro).

66. El Anexo 5.2 de las bases (proyecto de contrato de usufructo oneroso), por su parte, establecía en su cláusula Cuarta III:

“el contratista podrá adquirir mediante compra en subasta pública las locomotoras, carros ferroviarios y equipo de talleres, que son propiedad de FEGUA. La subasta pública se efectuará posterior a lo puesto en vigor del presente contrato. Además, podrá incorporar equipo de su propiedad tanto ferroviario como de talleres o de otro tipo para sus operaciones comerciales [...]”.

67. En consecuencia, el Contrato 402 sólo se refería al proceso de licitación (“subasta pública”) que posteriormente habría de realizarse para adjudicar el usufructo del equipo ferroviario, y a la “*oportunidad*” que la demandada tenía de participar en él. En ningún momento puede entenderse que esta previsión tenía la virtualidad de eliminar la necesidad de un proceso de licitación sino, más bien, todo lo contrario. Este extremo había de ser conocido por la Demandante, puesto que participó de los procesos de licitación para los contratos 402 y 41, y firmó los correspondientes contratos.
68. El Dictamen 205-2005 de la Procuraduría General de la Nación, de 1 de agosto de 2005⁶¹, señaló que el Contrato 143 “no se podía basar en la licitación anterior...”. De forma similar, la Asesoría Jurídica de FEGUA, en el análisis del Contrato 143 realizado en su Dictamen 05-2006 de 13 de enero de 2006⁶², expresó que “utilizar el mismo proceso de licitación par *acelebrar* contratos habiendo transcurrido cuatro años y cinco meses aproximadamente no es factible”. Por su parte, el Dictamen No. 236-2006 de la Secretaría

⁶¹ Dictamen 205-2005 de la Procuraduría General de la Nación, 1 de agosto de 2005 (Anexo R-15).

⁶² Dictamen 05-2006 de la Asesoría Jurídica de FEGUA, 13 de enero de 2006 (Anexo R-20).

General de la Presidencia de la República de 26 de abril de 2006⁶³, emitido en relación con la lesividad del Contrato 143, destacó que “las partes utilizaron bases de un contrato que de común acuerdo dieron por terminado, cuando lo que correspondía era elaborar nuevas bases y convocar a un nuevo evento...”. La falta de bases de licitación fundamentó la recomendación de declaración de lesividad del Contrato 143.

69. El requisito de licitación debía ser conocido por la Demandante, toda vez que se trata de un requisito establecido en normas publicadas con arreglo al ordenamiento de Guatemala y en todo caso, la Demandante debía haber tenido conocimiento del mismo como consecuencia de su participación en los procesos de licitación relativos a los Contratos 402 y 41.

B. La falta de aprobación de los Contratos 143 y 158 mediante acuerdo gubernativo

70. Los Contratos 143 y 158 deberían haber sido autorizados por acuerdo gubernativo del Presidente de la República, tal y como se ha explicado en la sección III *supra*. La concurrencia de este defecto formó parte de los fundamentos que movieron al Ministerio de Finanzas Públicas de Guatemala⁶⁴ y a la Secretaría de la Presidencia⁶⁵ a concluir que el Contrato 143 era lesivo, puesto que el Contrato 143 “debió ser aprobado por medio de Acuerdo Gubernativo”, estableciéndose que “el interventor de la Empresa FEGUA no cumplió con la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento”.
71. El requisito de autorización otorgada por acuerdo gubernativo debía ser conocido por la Demandante, toda vez que se trata de un requisito establecido en normas publicadas con arreglo al ordenamiento de Guatemala y en todo caso, la Demandante

⁶³ Dictamen 236-2006 de la Secretaría General de la Presidencia de la República, 26 de abril de 2006 (Anexo R-25).

⁶⁴ Dictamen Conjunto 181-2006-AJ, 3 de abril de 2006 (Anexo R-24).

⁶⁵ Dictamen 236-2006 de la Secretaría General de la Presidencia de la República, 26 de abril de 2006 (Anexo R-25).

debía haber tenido conocimiento del mismo como consecuencia de su participación en los procesos de licitación relativos a los Contratos 402 y 41.

C. La falta de protección adecuada de bienes de valor histórico considerados patrimonio cultural

72. En este apartado se lista la normativa de protección del patrimonio histórico, y se resume el espíritu y finalidad de la misma. A su vez, se explican los motivos por los cuales el Contrato 143 no proporcionaba protección adecuada a los bienes del patrimonio histórico.
73. Al tenor del artículo 60 de la Constitución, forman el patrimonio cultural de la Nación los bienes y valores históricos del país y están bajo la protección del Estado. El artículo 61 constitucional estatuye que los bienes y valores históricos del patrimonio cultural recibirán atención especial del Estado. Las disposiciones constitucionales citadas están desarrolladas en el Decreto 26-97 del Congreso de la República, Ley para la Protección del Patrimonio Cultural,⁶⁶ el cual regula la función estatal de protección, defensa, investigación, conservación y recuperación de los bienes que integran el patrimonio cultural de la Nación y estatuye que los bienes históricos, muebles e inmuebles, forman parte del patrimonio cultural, por ministerio de la ley o por declaratoria de la autoridad.
74. El ferrocarril está unido a la historia de Guatemala y jugó un importante papel en el desarrollo de su economía, por lo que gran parte del equipo ferroviario de FEGUA forma parte del patrimonio cultural, ha sido declarado patrimonio histórico y está inscrito en el inventario del Instituto de Antropología e Historia. El Contrato 143 no contiene disposiciones adecuadas para garantizar la protección del patrimonio histórico del Estado porque se limita a establecer, de manera general, que la usufructuaria respetará y acatará las disposiciones legales sobre la materia, pero no

⁶⁶ Decreto 26-97 del Congreso de la República, Ley para la Protección del Patrimonio Cultural (Anexo RAL-59).

específica las medidas concretas que deberá tomar durante la vida del contrato para impedir su deterioro.

75. El interés público en la protección de su patrimonio histórico de la Nación no se cuestiona, como tampoco el hecho de que una inadecuada protección de este patrimonio es motivo de lesión al Estado. En el expediente obran dictámenes que están bien fundamentados conforme a la legislación de Guatemala, que norma lo relativo a la Protección del Patrimonio Cultural. Los asesores jurídicos de la Procuraduría General de la Nación y FEGUA opinan que, la cláusula décima literal l) del Contrato 143 es desfavorable a los intereses de la Nación ya que consigna que la usufructuaría deberá respetar y acatar las disposiciones legales y todas aquellas emanadas por la Dirección del Patrimonio Cultural en relación a todos los bienes que están considerados por dicho Instituto como parte del Patrimonio Histórico y Cultural de la Nación, sin que por ello pierda la posesión y como consecuencia, el uso y goce de dichos bienes.

D. *Conclusiones*

76. A resultas de lo anteriormente expuesto, se concluye que el Contrato 143 adolecía de defectos sustanciales que determinaban su lesividad. Las normas de contratación establecidas en la Ley de Contrataciones del Estado tienen carácter de normas de orden público, y no están sujetas a la voluntad de las partes. Por lo tanto, las partes no podían contratar sin dar cumplimiento a los requisitos de licitación previa y contratación con arreglo a las correspondientes bases de licitación, ni podían tampoco obviar el requisito de la aprobación del contrato por Acuerdo Ejecutivo, que es condición indispensable para que el contrato entrara en vigor. Así, los Contratos 143 y 158 no llegaron a otorgar derechos con arreglo a derecho guatemalteco. Estos defectos eran esenciales, y resultan identificables aplicando un mínimo de diligencia. Ferrovías, en todo caso, debía conocerlos en atención a su participación en previas licitaciones en la República de Guatemala.

77. De otro lado, la relación creada con Ferrovías había dado lugar a una situación de deterioro del patrimonio histórico por la inadecuada protección que le brindaban las previsiones del Contrato 143.
78. Estas razones, tal y como quedaron reflejadas en el expediente que llevó a la declaratoria de lesividad, incluyendo los Dictámenes de la Procuraduría General de la Nación, la Asesoría Jurídica de FEGUA, el Ministerio de Finanzas y la Secretaría General de la Presidencia, hacen que el contrato sea lesivo con arreglo a la legislación de Guatemala.

VIII. RESPONSABILIDAD LEGAL EN LA QUE HABRÍA INCURRIDO PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA EN CASO DE NO HABER DECLARADO LA LESIVIDAD DE LOS CONTRATOS 143 Y 158

79. En esta sección se expone la responsabilidad a la que queda sujeto el Presidente de la República en el ejercicio de sus funciones, como depositario del interés público que tiene encomendada su salvaguarda. Del análisis de las normas que regulan esta responsabilidad, como se verá, se desprende que el Presidente habría incurrido en responsabilidad personal de no haber declarado lesivos los Contratos 143 y 158. Esto se debe a que el riguroso proceso de análisis que realizaron distintas asesorías jurídicas independientes puso en su conocimiento una situación de irregularidad y perjuicio al patrimonio público que él debía remediar.
80. En el sistema legal de Guatemala, la soberanía residen en el pueblo quien la delega, para su ejercicio, en los tres poderes del Estado.⁶⁷ El Presidente de la República es el Jefe del Estado de Guatemala y ejerce las funciones del Organismo Ejecutivo por mandato del pueblo.⁶⁸ No es difícil comprender que el Presidente sea el principal funcionario en quien recae la obligación de defender los intereses de la Nación y que en esa virtud, interesa examinar el ámbito de sus facultades y obligaciones, así como sus responsabilidades.

⁶⁷ Artículo 141 de la Constitución de la República de 1985 (Anexo RAL-45).

⁶⁸ Artículo 182 de la Constitución de la República de 1985 (Anexo RAL-45).

81. La obligación de promover los intereses de la Nación y la consiguiente defensa de los mismos en forma diligente y responsable es una obligación reglada, establecida en varias disposiciones de diferentes leyes y en esa virtud, no entra en juego ningún tipo de discrecionalidad. En el contexto del asunto objeto del presente dictamen, la acción de lesividad es conforme a la normativa aplicable y, una vez que el Presidente conoce de hechos o circunstancias que apuntan a la lesividad de un acto o resolución, su obligación es actuar en defensa de los intereses públicos promoviendo la lesividad del acto o bien removiendo las causas que la originan.

A. La Responsabilidad del Presidente de la República en el contexto de una Potencial Lesividad

82. El Presidente de la República ejerce sus funciones con sujeción a las responsabilidades que se derivan de la Constitución Política y las leyes.⁶⁹ La Ley de Probidad y Responsabilidades de los Funcionarios Públicos, aprobada por Decreto Número 89-2002 del Congreso de la Republica, establece en su artículo 4⁷⁰ la responsabilidad de las autoridades que prestan servicios al Estado, incluido el Presidente.

83. Las responsabilidades que pueden derivarse de la referida ley son de carácter administrativo, civil y penal por las infracciones, omisiones, acciones, decisiones y resoluciones en que incurrieren en el ejercicio de su cargo, tal y como se establece en los artículos 8 a 10 de la referida Ley⁷¹: Dicha responsabilidad surge de la

⁶⁹ “Los funcionarios son depositarios de la autoridad, responsables legalmente por su conducta oficial, sujetos a la ley y jamás superiores a ella...” Constitución Política de la República de Guatemala de 1985, Artículo 154.- Función pública; sujeción a la ley (Anexo RAL-45).

⁷⁰ “Son responsables de conformidad de las normas contenidas en esta Ley y serán sancionados por el incumplimiento o inobservancia de la misma, conforme a las disposiciones del ordenamiento jurídico vigente en el país, todas aquellas personas investidas de funciones públicas permanentes o transitorias, remuneradas o gratuitas, especialmente: a) Los dignatarios, autoridades, funcionarios y empleados públicos que por elección popular, nombramiento, contrato o cualquier otro vínculo presten sus servicios en el Estado, sus organismos, los municipios, sus empresas, y entidades descentralizadas y autónomas”. (El subrayado es nuestro) (Anexo RAL-52).

⁷¹ “Artículo 8. Responsabilidad administrativa. La responsabilidad es administrativa cuando la acción u omisión contraviene el ordenamiento jurídico administrativo y las normas que regulan

Footnote continued on next page

negligencia, imprudencia, impericia o incumplimiento de leyes, y cuando no se cumplen con la debida diligencia las obligaciones contraídas o funciones inherentes al cargo, así como cuando por acción u omisión se cause perjuicio a los intereses públicos que tuviere encomendados.

84. En particular, generan responsabilidad con arreglo al artículo 17 apartado f) de la mencionada ley “la negligencia o descuido en la custodia, uso o destino de bienes integrantes del patrimonio público”⁷².
85. De acuerdo con el artículo 182 de la Constitución Política de la República de Guatemala⁷³, “El Presidente de la República es el Jefe del estado, representa la unidad nacional y los intereses del pueblo de Guatemala. El Presidente y Vicepresidente de la República, ministros y viceministros de Estado y funcionarios dependientes integran el Organismo Ejecutivo”. El artículo 183, por su parte, establece entre las funciones del Presidente de la República⁷⁴ el cumplir y hacer cumplir la Constitución y las leyes; ...”.

Footnote continued from previous page

la conducta del funcionario público, asimismo cuando se incurriere en negligencia, imprudencia o impericia o bien incumpliendo leyes, reglamentos, contratos y demás disposiciones legales a la institución estatal ante la cual están obligados o prestan sus servicios; además, cuando no se cumplan, con la debida diligencia las obligaciones contraídas o funciones inherentes al cargo, así como cuando por acción u omisión se cause perjuicio a los intereses públicos que tuviere encomendados y no ocasionen daños o perjuicios patrimoniales, o bien se incurra en falta o delito (Anexo RAL-52).

ARTICULO 9. Responsabilidad civil. Genera responsabilidad civil la acción u omisión que con intención o por negligencia, imprudencia, impericia o abuso de poder, se cometa en perjuicio y daño del patrimonio público, independiente de la responsabilidad penal que se genere. Los daños y perjuicios provenientes de la responsabilidad civil se harán efectivos con arreglo al Código Civil y demás disposiciones legales vigentes sobre la materia, salvo que la acción civil se decida dentro de la acción penal en forma conjunta.

ARTICULO 10. Responsabilidad penal. Genera responsabilidad penal la decisión, resolución, acción u omisión realizada por las personas a que se refiere el artículo 4 de esta Ley y que, de conformidad con la ley penal vigente, constituyan delitos o faltas”.
(El subrayado es nuestro).

⁷² Decreto 89-2002, Ley de Probidad y Responsabilidades de Funcionarios y Empleados Públicos (06 de diciembre de 2002) Anexo (RAL-52).

⁷³ Artículo 182 de la Constitución de la República de 1985 (Anexo RAL-45).

⁷⁴ Artículo 183 de la Constitución de la República de 1985 (Anexo RAL-45).

86. En virtud de lo establecido en la Constitución y el artículo 17 de la Ley del Organismo Ejecutivo (Decreto 114-97 del Congreso de la República de Guatemala), corresponde al Presidente de la República en Consejo de Ministros declarar la lesividad de un contrato administrativo y ordenar al Procurador General de la Nación que interponga el proceso contencioso-administrativo.⁷⁵
87. En cumplimiento de la función específica de dictar los acuerdos y órdenes para el estricto cumplimiento de las leyes, el Presidente está obligado a emitir el acuerdo gubernativo de lesividad cuando tenga conocimiento de hechos o circunstancias que apuntan a la lesividad de un acto administrativo. Una vez declarada la lesividad en esta forma, el asunto sale de la esfera administrativa porque la declaratoria de lesividad debe ser objeto del proceso contencioso-administrativo que plantee el Procurador General de la Nación ante el órgano jurisdiccional.
88. En suma, el Presidente representa los intereses del pueblo de Guatemala y tiene encomendada la defensa de los intereses del Estado y velar por el cumplimiento de la ley. En lógica coherencia con lo anterior, al Presidente corresponde declarar la lesividad de un contrato administrativo cuando los acontecimientos apunten a la existencia de irregularidades o hechos lesivos al interés público que él protege, para que los tribunales de justicia puedan pronunciarse sobre la procedencia de anular, o confirmar, el acto correspondiente.
89. De lo anterior se desprende que una vez que el Presidente está en conocimiento de hechos o circunstancias que apuntan a la lesividad de un acto o resolución, es su obligación actuar en defensa de los intereses públicos. Dispone para ello de dos opciones:
- (a) Promover la declaratoria de lesividad del acto o resolución para su ulterior enjuiciamiento ante los tribunales.

⁷⁵ Artículo 17. Funciones del Consejo de Ministros. Además de las que le asigna la Constitución Política y la ley, el Consejo de Ministros tiene las funciones siguientes: b) Concurrir con el Presidente de la República a declarar o no la lesividad de los actos o contratos administrativos, para los efectos de la interposición del recurso de lo contencioso administrativo. Ver (Anexo RAL-45).

- (b) Rectificar los hechos o circunstancias que se hubieran identificado como causa de lesividad. En función de las circunstancias específicas de cada caso, esta rectificación podría hacerse de formas distintas, por ejemplo mediante la corrección de una irregularidad jurídica, o bien mediante un acuerdo de transacción en el que, ponderando los intereses en juego, se llegue a una solución satisfactoria para el interés general cuya representación tiene encomendada.
90. La transacción está prevista en los artículos 2151 a 2169, inclusive, del Código Civil. Al tenor del artículo 2161 de dicho cuerpo legal, quienes administran bienes nacionales necesitan autorización o aprobación del Ejecutivo para otorgar la escritura de transacción. La autorización para otorgar contratos de transacción la debe otorgar el Presidente de la República según lo establece el artículo 183, incisos e) y m), artículo 195 de la Constitución de la República y los artículos 2, 6, 7 y 16 de la Ley del Organismo Ejecutivo, Decreto No. 114-97 del Congreso de la República.
91. De no proceder con arreglo a lo establecido en los apartados (a) o (b) del párrafo 89 anteriores, el Presidente no estaría cumpliendo con la debida diligencia las obligaciones contraídas y funciones inherentes al cargo, además de que ello podría resultar en perjuicio a los intereses públicos que tiene encomendados, y consistir en una omisión negligente, imprudente, o en incumplimiento de leyes, cometida en perjuicio y daño del patrimonio público. Todo lo anterior generaría responsabilidades para el Presidente con arreglo a los artículos 8 a 10 de la Ley de Probidad y Responsabilidades de los Funcionarios Públicos antes transcritos. En particular, el Presidente podría incurrir en responsabilidad con arreglo al artículo 17 de la mencionada ley por “negligencia o descuido en la custodia, uso o destino de bienes integrantes del patrimonio público”.
92. La responsabilidad del Presidente de la República no se limita a la promoción oportuna y diligente de la defensa de los intereses de la Nación. Por el contrario, la importancia que la ley atribuye a la defensa de los intereses públicos encomendados

a los funcionarios estatales se confirma y amplía en una disposición expresa y clara de carácter procesal según la cual, quien representa intereses del Estado no puede desistir del proceso ni de un recurso o excepción que afecte el fondo del asunto⁷⁶ y a diferencia de la transacción que puede otorgarse cuando mediare autorización, esta prohibición contenida en el código procesal es absoluta e incondicional. Es más, esta disposición procesal confirma que el Ejecutivo no podía ignorar los dictámenes jurídicos emitidos respecto a la ilegalidad y lesividad que afecta el contrato contenido en la escrituras 143 y 158 y que estaba obligado a proceder con la declaración de lesividad (o con una transacción que estuviera en el interés de la República) y, habiendo declarado lesivos los contratos, trasladar el asunto al Procurador General de la Nación para que planteara el juicio de lesividad y lo sustanciara en todas sus instancias.

93. Desde abril de 2006, el Presidente tenía conocimiento de la existencia de serias irregularidades en los Contratos 143 y 158. En abril de 2006 se habían producido y remitido al Presidente al menos cinco dictámenes jurídicos de entidades independientes, incluida su propia Secretaría General y la Procuraduría General de la Nación, subrayando estos defectos y recomendando la declaratoria de lesividad (véase la sección VII).
94. El Presidente no podía permanecer pasivo ante estos informes sin incurrir en responsabilidades. Ante el rigor, extensión y unanimidad en los análisis jurídicos acerca de la seriedad de los defectos identificados y conveniencia de la declaratoria de lesividad, sus únicas opciones desde que tuvo conocimiento de esta situación eran promover la declaratoria de lesividad, a los efectos de que el asunto pudiera ventilarse ante los tribunales de justicia, o bien alcanzar un acuerdo de transacción en interés de la República. Un acuerdo de este tipo requeriría la aprobación del Consejo de Ministros, y una negociación diligente para asegurar la adecuada

⁷⁶ Artículo 584 del Código Procesal Civil y Mercantil, Decreto Ley 107, que es aplicable al proceso contencioso-administrativo según lo dispuesto en el artículo 29 de la Ley de lo Contencioso Administrativo (Anexo RAL-60).

protección del interés general y de los bienes integrantes del patrimonio público, particularmente los bienes con valor histórico considerados patrimonio cultural. En el marco de dicha transacción, el Presidente podría haber llegado a los arreglos que estimara oportunos y ceder posiciones, ponderando y equilibrando los intereses en juego.

95. El Presidente adoptó la decisión de declarar lesivos los contratos en abril de 2006, cuando recibió el Dictamen de la Secretaría General de la Presidencia como último paso en la evaluación de las circunstancias de los Contratos 143 y 158 con FEGUA. En aquel momento, el Presidente supo que tenía que proceder con la declaratoria de lesividad de los Contratos 143 y 158. Dada la responsabilidad personal en la que podía incurrir, no podía revertir esa decisión a menos que se llegara a una transacción que subsanara los motivos fundamentales de la lesividad que, ponderando los intereses en juego, resultara en un acuerdo que protegiera el interés de la República de Guatemala.

IX. CONCLUSIONES

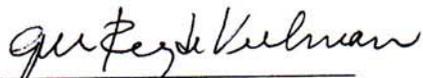
96. Como entidad estatal descentralizada autónoma e intervenida, la dirección de FEGUA corresponde a su Interventor. A él corresponden las facultades de gestión ordinaria de la empresa, dentro del marco de la delegación efectuada a través de la Ley Orgánica de FEGUA, mientras que las restantes, que son extraordinarias o que no fueron delegadas a FEGUA o su Interventor, incluyendo aquellas expresamente previstas en la Ley de FEGUA, corresponden al Presidente, que es el superior jerárquico del Interventor. Por lo tanto, cualquier actuación que no se encuentre dentro de las facultades del Interventor requiere de la autorización del Ejecutivo. La firma de los Contratos 143 y 158 por parte del Interventor sin autorización del ejecutivo constituye una actuación *ultra vires*.
97. FEGUA tiene facultades para contratar bienes y servicios dentro del marco delimitado por la Ley. Los actos en virtud de los cuales otorga un derecho de uso especial sobre sus bienes, incluido un contrato de usufructo oneroso como los

Contratos 143 y 158, participan de la naturaleza de las licencias, autorizaciones, permisos, concesiones y derechos similares.

98. FEGUA podía celebrar el Contrato 143 para conferir un derecho de uso especial sobre los bienes nacionales consistentes en el equipo ferroviario. Para ello, tenía que cumplir con los requisitos establecidos en la ley, incluida la Ley Orgánica de FEGUA y la Ley de Contrataciones del Estado. Tal usufructo participa de la naturaleza de una licencia, autorización, permiso, concesión, o instrumento similar.
99. El proceso de lesividad está reglado en Guatemala, y está fundamentado en la salvaguarda de los principios de legalidad, seguridad y certeza jurídica. La declaratoria de lesividad es un mero presupuesto procesal sin efectos materiales para el administrado. El proceso tendente a dar efecto a la declaratoria cumple con todas las garantías del debido proceso.
100. Los Contratos 143 y 158 contenían serios defectos legales que justificaban la declaratoria de lesividad. Los Contratos 143 y 158 no fueron otorgados con arreglo a la ley de Guatemala, y no crean derechos protegidos con arreglo a la misma.
101. El Presidente de la República, tras haber recibido la solicitud de declaración de lesividad y cinco dictámenes jurídicos emitidos por entidades independientes que confirmaban los defectos jurídicos de esos contratos y recomendaban que el Presidente los declarar lesivos, no podía ignorar esta situación sin incurrir en responsabilidad. Las únicas opciones del Presidente eran proceder con la declaratoria o bien negociar un acuerdo de transacción en los términos establecidos por la ley de Guatemala.
102. Después de tomar la decisión, en abril de 2006, de declarar lesivos los Contratos 143 y 158, el Presidente no podía revertir esa decisión sin incurrir en responsabilidad personal a no ser que se hubiera llegado a una transacción con Ferrovías que garantizara el mejor interés de la República, situación que no se produjo.

* * *

El presente informe pericial es presentado bajo mi mejor saber y entender dentro del proceso arbitral mencionado al inicio. Declaro solemnemente, por mi honor y conciencia, que lo que he manifestado y lo que manifestaré durante este proceso está de acuerdo con lo que sinceramente creo.



Marithza Ruiz de Vielman

22 de septiembre de 2009

Ciudad de Guatemala, Guatemala

ANEXO A

GLADYS MARITHZA RUIZ SANCHEZ DE VIELMAN

15 Calle "A" 14-44, Zona 10 – Torre Mariamelia. Of. 502

PBX: 2363-3599 – mdevielman@bufetevielman.com

INFORMACIÓN ACADÉMICA:

Estudios Superiores:	Abogada, Notaria y Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Rafael Landívar, Guatemala, 1973.
Idioma materno:	Español
Otros idiomas:	Inglés - litigante, negociación y preparación de contratos Francés y portugués, fluido.

EXPERIENCIA COMO PROFESIONAL INDEPENDIENTE

Litigante en Tribunales Nacionales de 1974 a la fecha:

- Asesora legal externa en procesos que se están sustanciando ante el Tribunal de lo Contencioso-Administrativo y tribunales del orden civil para anular un contrato administrativo otorgado por la Dirección General de Aeronáutica Civil.
- Asesora legal externa en los trámites en curso para la declaratoria de lesividad de un contrato relacionado con inmuebles del aeropuerto internacional La Aurora y algunas otras áreas.
- Asesora legal externa de entidades del Estado, fase administrativa de recursos de revocatoria y reposición, y en la fase jurisdiccional ante el Tribunal de lo Contencioso-Administrativo, Recursos de Casación y Acciones de Amparo planteadas en contra del Estado, particularmente el Ministerio de Relaciones Exteriores, Ministerio de Economía y Dirección General de Aeronáutica Civil.
- Abogada litigante, a cargo de recursos de revocatoria y reposición planteados por empresas guatemaltecas y extranjeras del sector privado.
- Abogada litigante ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, recursos extraordinarios de Casación y Acciones de Amparo, en procesos planteados por empresas nacionales y extranjeras del sector privado.
- Abogada litigante en cuestiones de Derecho Civil, Mercantil, Derecho Constitucional, Acciones de Amparo y Recursos de Inconstitucionalidad planteados por empresas del sector privado.

GLADYS MARITHZA RUIZ SANCHEZ DE VIELMAN

15 Calle "A" 14-44, Zona 10 – Torre Mariamelia. Of. 502

PBX: 2363-3599 – mdevielman@bufetevielman.com

Asesora Externa del Sector Gobierno

- 1994-2009: Miembro de la Comisión de Belice, profesionales independientes que asesoran al Ministerio de Relaciones Exteriores sobre el diferendo territorial con Belice.
- 2009: Coordinador del Grupo Jurídico Nacional, profesionales independientes que asesoran al Ministerio de Relaciones Exteriores en la reclamación de Guatemala en contra de Belice ante la Corte Internacional de Justicia, con sede en La Haya.

Litigante en el GATT y OMC de 1992 a la fecha:

- Asesora legal en reclamaciones planteadas por Guatemala ante el GATT, Banano-I y Banano-II, para el acceso de banano a la Unión Europea y una reclamación para el acceso del tabaco en contra de los Estados Unidos.
- Asesora legal del Gobierno de Guatemala y del Gobierno de Honduras en la reclamación planteada ante la OMC en contra el régimen de importación de banano de la Unión Europea, Banano-III y procedimientos conexos.
- Asesora legal en dos casos antidumping entre México y Guatemala, Cemento-I en dos instancias y Cemento-II en única instancia, ventilados ante la OMC.

Apoyo del Sector Privado a Entidades de Gobierno:

- 1988-1993: Asesora del Ministerio de Economía y Ministerio de Relaciones Exteriores de Guatemala en el área de Derecho Internacional Comercial.
- 1988-1993: Asesora de la Asociación Guatemalteca de Productores de Banano, en actividades de cabildeo ante la Comunidad Europea previo a la instauración del mercado único con el fin de solicitar igualdad de oportunidades de acceso para el banano.
- 1991-1993: Negociadora del Gobierno de Guatemala en la Ronda Uruguay del GATT y preparación de la oferta agrícola de Guatemala para acceder como miembro fundador de la OMC.
- 1996-1999: Asesora legal, delegada del sector privado, en las Conferencia Ministeriales de la OMC celebradas en Singapur, Ginebra y Seattle.

GLADYS MARITHZA RUIZ SANCHEZ DE VIELMAN

15 Calle "A" 14-44, Zona 10 – Torre Mariamelia. Of. 502

PBX: 2363-3599 – mdevielman@bufetevielman.com

Participación en Foros Multilaterales

- Delegada y representante nacional de Guatemala ante la Comisión de Naciones Unidas para Derecho Mercantil.
- Precalificada para misiones de alto nivel que el Secretario General de Naciones Unidas asignaría a mujeres (Focal Point for Women in the Secretariat OSAGI, DESA)
- 2001-2003: Miembro de la Junta Directiva, como Representante de Países en Desarrollo, en el Centro de Asesoría Legal para Asuntos de la OMC, con sede en Ginebra.
- 2002-2003: Presidenta de la Sociedad Anglo-centroamericana, en Londres, Reino Unido.
- 2002-2003: Presidenta del Comité Administrativo de la Organización Internacional del Azúcar.
- 2002: Negociadora del Gobierno de Guatemala en el procedimiento ventilado bajo el Artículo XXVIII del GATT para que Chile otorgara compensación a Guatemala por la modificación de su Lista de Concesiones para el acceso del azúcar.
- 2003: Negociadora Única que en representación de Centro América negoció el “Acuerdo del Diálogo Político y de Cooperación Unión Europea-Centro América” suscrito el 15 de diciembre de 2003.

Área de Desarrollo Económico-Social

- 1987-1989: Asesora legal de la Fundación Berhorst, en la programación y ejecución de proyectos de apoyo en el sector salud a comunidades rurales.
- 1987-1989: Consultora del programa auspiciado por el Banco Mundial para la formulación del Fondo de Inversión Social (FIS) y asesora legal de su Plan Piloto para ejecutar proyectos productivos y de infraestructura.
- 1989: Miembro del grupo de asesores legales que redactó varios proyectos de ley para Fondo de Inversión Social y de la versión de la ley que aprobó el Congreso de la República de Guatemala, así como el Reglamento de la ley.

GLADYS MARITHZA RUIZ SANCHEZ DE VIELMAN

15 Calle "A" 14-44, Zona 10 – Torre Mariamelia. Of. 502

PBX: 2363-3599 – mdevielman@bufetevielman.com

- 1990: Miembro del grupo de asesores legales que redactó los proyectos de ley del Fondo de Emergencia Social (FES) para el Ministerio de Desarrollo, auspiciado por PNUD.
- 1989-1990: Asesora legal del Ministerio de Finanzas Públicas en la negociación de créditos con el Banco Mundial, Banco Inter-americano de Desarrollo y fundaciones extranjeras para financiar proyectos de desarrollo.

Práctica Profesional – Asesora de Empresas del Sector Privado de 1974 a la fecha

- Asesora de empresas mercantiles en las áreas de contratos mercantiles, propiedad intelectual, financiero-legal, fiscal, contratos con entidades de gobierno.
- Miembro del Consejo de Administración de varias sociedades mercantiles, con responsabilidad en asuntos legales.
- En el área de Notariado, asesoría, negociación y elaboración de contratos, convenios, transacciones, adquisiciones y fusiones, en español e inglés.

CÁTEDRAS UNIVERSITARIAS:

- 1975-1980: Derecho Civil I, de las Personas y de la Familia, Universidad Rafael Landívar.
- 1980: Derecho Civil IV, de las Obligaciones en General, Universidad Rafael Landívar.
- 1980-1982: Derecho Civil V, de los Contratos en Particular, Universidad Rafael Landívar.
- 1998-1999: Seminarios del Sistema de Solución de Diferencias en la Organización Mundial del Comercio, Georgetown University, impartidos a los negociadores de América Latina
- 2,000: Seminarios del Sistema de Solución de Diferencias en la Organización Mundial del Comercio y ALCA, Georgetown University, impartidos a los negociadores del Caribe.
- 2,000: Seminario de Solución de Diferencias en la Organización Mundial del Comercio y ALCA, Georgetown University, impartido a negociadores y delegados del sector privado, en Ecuador.

GLADYS MARITHZA RUIZ SANCHEZ DE VIELMAN

15 Calle "A" 14-44, Zona 10 – Torre Mariamelia. Of. 502

PBX: 2363-3599 – mdevielman@bufetevielman.com

- Conferencias en temas de derecho internacional en la Cámara de Comercio, Cámara de Industria, Universidad Rafael Landívar, Universidad Francisco Marroquín, Universidad de San Carlos de Guatemala.
- Disertante invitado por el American Bar Association, Washington, Estados Unidos, sobre el Sistema de Solución de Diferencias de la OMC en general y el caso del banano, en particular.
- Miembro del grupo de trabajo “Fondo Federal para la Educación”, Londres, Reino Unido, ponente de Modificaciones al Sistema de Solución de Diferencias de la OMC. Noviembre 2002.
- Conferencista en London School of Economics, Londres, Reino Unido. “El Comercio Exterior desde la Óptica de los Países en Desarrollo” y “Sistema de Solución de Diferencias, oportunidades para Países en Desarrollo”. Primer semestre 2002.

FUNCIONARIA PÚBLICA EN EL RAMO DE RELACIONES EXTERIORES:

- 1994-1995: Ministra de Relaciones Exteriores de Guatemala.
- 1994-1995: Miembro del Consejo de Política Cafetera de Guatemala,
- 1994-1995: Representante de Centroamérica en el Grupo de Río,
- 1994-1995: Vicepresidente del Grupo de Países No-Alineados.
- 1996-2009: Miembro del Consejo de Belice, Ministerio de Relaciones Exteriores
- 2000-2003: Embajadora de Guatemala ante el Reino Unido de la Gran Bretaña e Irlanda del Norte.
- 2000-2003: Representante Permanente de Guatemala ante la Organización Internacional del Café.
- 2000-2003: Representante Permanente de Guatemala ante la Organización Internacional del Azúcar.
- 2000-2003: Representante Permanente de Guatemala ante la Organización Marítima Internacional.

ENTIDADES PROFESIONALES Y GREMIALES:

- 1979-1980: Presidenta de la Asociación de Abogadas y Notarias AGAN.
- 1984: Miembro del Tribunal de Imprenta, por el Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala.
- 1986: Pro-Secretaria de la Junta Directiva del Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala.
- 1989-1993: Miembro del grupo multidisciplinario para la reflexión y estudio de la problemática nacional.
- 1990-1993: Miembro de la Junta Directiva del Centro de Estudios Políticos (CEDEP).
- 1991: Miembro de la Junta Directiva del Instituto Guatemalteco Americano (IGA).
- 1992: Miembro de la Junta Directiva del Centro de Defensa de la Constitución (CEDECON).
- 1995: Presidenta de la Filial Guatemalteca de la Asociación de Derecho Internacional.
- 1996-2009: Miembro de FUNDESA (Fundación para el Desarrollo de Guatemala)
- 1996-1997: Miembro de COSOSCO (Comité de Apoyo a las Exportaciones), a cargo de la sección de la OMC.

Septiembre, 2009