

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 DEL LIC. JUAN LUIS AGUILAR SALGUERO

1 de Octubre de 2010

CONTENIDO

SECCIÓN I.	Introducción	3
SECCIÓN II.	Los Intereses del Estado en el ordenamiento jurídico guatemalteco	8
SECCIÓN III.	El Proceso Administrativo para la Declaración de Lesividad en el Ordenamiento Jurídico Guatemalteco	10
SECCIÓN IV.	El Proceso Judicial de lo Contencioso-Administrativo en el Ordenamiento Jurídico Guatemalteco	17
SECCIÓN V.	El Proceso Administrativo observado para la Declaración de Lesividad de los Contratos 143 y 158	21
SECCIÓN VI.	Análisis Jurídico respecto a la Validez o Invalidez de los Contratos 143 y 158	24
SECCIÓN VII.	La nulidad absoluta de los negocios jurídicos contrarios a la ley y la teoría de los actos propios	33
SECCIÓN VIII.	Credenciales del Experto	36

Sección I. Introducción

1. La República de Guatemala, a través del Ministerio de Economía, en el contexto del arbitraje internacional¹ ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), iniciado por la entidad *Railroad Development Corporation* (RDC), en contra de la *República de Guatemala*, me ha solicitado que rinda INFORME PERICIAL con relación a lo siguientes temas principalmente:

- a. Sobre el contenido, extensión y soporte, en el contexto de la Constitución y Leyes de la República, de los **Intereses del Estado**;
- b. Sobre el contenido, extensión y alcances del **Proceso de Declaración de Lesividad**;
- c. Sobre el contenido, extensión y alcances del **Proceso de lo Contencioso-Administrativo**;
- d. Sobre la legalidad del **Proceso de Declaración de Lesividad** seguido por el Estado de Guatemala, en el caso particular de los contratos contenidos en las escrituras públicas número **143 del 28 de agosto del año 2.003** y **158 del 7 de octubre del año 2.003** formalizados, ambos, ante los oficios de la notario **Claudia Mariela Marroquín Luther** (los “Contratos 143 y 158”)²; y
- e. Sobre la **validez o invalidez** de los Contratos 143 y 158, así como la **lesión** que tales contratos hayan causado, en su caso, a los **Intereses del Estado de Guatemala**.

2. De conformidad con los documentos que respectivamente las sostienen, las fuentes jurídicas consultadas, mi experiencia profesional por más de 29 años como catedrático universitario, asesor jurídico y abogado litigante, las **PRINCIPALES CONCLUSIONES** a las que arribo, de conformidad con el siguiente informe y la temática que en el mismo se aborda, son las siguientes:

- a. **Que “los intereses del estado”, que se lesionan, están plenamente definidos en la Constitución Política y en las leyes de la República de Guatemala; en general, tales intereses, que son susceptibles de lesión, son los que se refieren a los fines y deberes del Estado de Guatemala y, en particular, los que definen las leyes específicas aplicables al caso concreto, según el tipo de lesión que se cause.**

¹ Caso No. ARB/07/23.

² R-5, R-6.

- b. Que el proceso de lesividad no es un proceso exclusivo del ordenamiento jurídico guatemalteco, dicho proceso también existe en otras legislaciones como en las de España, Francia, México, Costa Rica, Ecuador y Argentina, entre otros.**
- c. Que el proceso de lesividad, en el ordenamiento jurídico guatemalteco, no es arbitrario; el trámite y la sustancia del mismo tienen que estar fundamentados en la Constitución Política de la República y las leyes del país;**
- d. Que el proceso de lesividad, conforme la legislación guatemalteca, respeta los derechos fundamentales, sustantivos y procesales, incluyendo los derechos constitucionales del administrado, por lo que dicho proceso no es contrario a la Constitución Política de la República de Guatemala;**
- e. Que la Corte de Constitucionalidad de la República de Guatemala, no ha declarado el proceso de lesividad inconstitucional, y, por lo contrario, ha afirmado la constitucionalidad de este proceso.**
- f. Que el proceso de lesividad en Guatemala es un proceso interno de gobierno, que inicia con la gestión que un órgano de la Administración Pública le dirige al presidente de la República de Guatemala y concluye con la emisión y publicación de un Acuerdo Gubernativo emitido por el presidente de la república, en Consejo de Ministros.**
- g. Que, en virtud de que el proceso de lesividad es un proceso interno, entre órganos de la Administración, el particular, al que se refiera la declaración, no es ni debería ser parte dentro del proceso, por lo que no se le debe conferir audiencia previa.**
- h. Que el Acuerdo Gubernativo que se emite como consecuencia del proceso de lesividad contiene una “declaración” que carece, *per se*, de efectos ejecutivos en contra del particular, por lo que dicho acuerdo no le priva, limita o impide a éste, el ejercicio de sus derechos.**
- i. Que la declaración de lesividad constituye una carga que el ordenamiento jurídico le impone al Estado para poder demandar, ante los tribunales de justicia, la nulidad del acto o contrato que lesiona sus intereses.**
- j. Que, de conformidad con el ordenamiento jurídico guatemalteco, el particular al que se refiere la declaración de lesividad tiene el derecho de ser citado y oído ante un juez competente y podrá objetar, ante dicho juez, la procedencia de la declaración de lesividad. El juez competente deberá**

examinar en base a la Constitución y leyes del país la juridicidad (legalidad) de la declaración de lesividad y las objeciones del demandado, en la sentencia que ponga fin al proceso judicial.

- k. Que, de conformidad con el ordenamiento jurídico guatemalteco, el particular tiene el derecho de acudir ante la justicia constitucional, en amparo o en acción de inconstitucionalidad, si en el curso del proceso se le violan sus derechos constitucionales o se pretende aplicarles una norma de carácter inconstitucional.
- l. Que, de conformidad con el ordenamiento jurídico guatemalteco, el particular demandado puede plantear, dentro del mismo proceso judicial en que se conoce la lesividad, una reconvencción, en forma de una contrademanda en contra del Estado por la que pretenda, en el caso de la nulidad del acto o contrato, la restitución de lo que recíprocamente hayan recibido o percibido como consecuencia del negocio que se anula, o bien puede demandar, dentro del mismo proceso y por la vía de la reconvencción, una compensación económica en el evento de que la declaración de lesividad no esté fundada en ley.
- m. Las partes tienen el derecho de impugnar la sentencia que dicte el tribunal de lo contencioso-administrativo, por medio de los recursos y defensas que le otorga la Constitución y leyes del país.
- n. Que en el proceso para la declaración de la lesividad de los Contratos 143 y 158 se cumplió con los requerimientos que se originan de la Constitución y demás leyes de la República de Guatemala, sin que se le haya violado derecho alguno a la entidad Compañía Desarrolladora Ferroviaria, Sociedad Anónima (“Ferrovías”), o se haya cometido alguna irregularidad o violación a norma o disposición legal expresa del ordenamiento jurídico guatemalteco.
- o. Que los Contratos 143 y 158 lesionan intereses del Estado de Guatemala, por cuanto fueron formalizados y ejecutados en contra de leyes expresas del ordenamiento jurídico guatemalteco;
- p. Que, como consecuencia de los quebrantos al ordenamiento jurídico guatemalteco, el Presidente de la República de Guatemala tenía la obligación de producir, en Consejo de Ministros, la declaración de lesividad de los Contratos 143 y 158 bajo pena, en caso de omisión, de incurrir en responsabilidad personal y solidaria.

- q. Que la declaración de lesividad de los Contratos 143 y 158, por parte del Presidente de la República, en Consejo de Ministros, no afectó, por sí misma, algún derecho que Ferrovías tuviese bajo tales contratos, toda vez que dicha declaración constituye un requisito de cumplimiento previo, que el Estado de Guatemala debe atender, para poder demandar, ante la autoridad judicial, la nulidad de tales contratos.**
- r. Que la publicación del Acuerdo Gubernativo de Lesividad, constituye una obligación para la Administración, impuesta por las leyes del país.**
- s. Que la publicación del Acuerdo Gubernativo de Lesividad, de conformidad con las leyes del país, no perjudica los derechos del particular al que se refiere la declaración.**
- t. Que las opiniones y declaraciones que emite el Dr. Eduardo Mayora Alvarado, en sus informes del 18 de junio y 16 de octubre del año 2.009 no sustentan, ni evidencian:**
 - i. Que los intereses del Estado sean difusos, subjetivos o cambiantes;**
 - ii. Que el proceso de lesividad esté en contra de la Constitución Política de la República de Guatemala”;**
 - iii. Que el estado de Guatemala sea arbitrario;**
 - iv. Que se haya violado, en el presente caso, alguna garantía constitucional, concretamente, las garantías y principios que se refieren al “estado de derecho”, a la “certeza jurídica” y al “debido proceso”; y**
 - v. Que los Contratos 143 y 158 se encuentren ajustados a la ley.**

3. En apoyo a la presente opinión tuve a la vista y revisé, entre otras cosas, los siguientes documentos e informes:

- a. El Memorial sobre el Fondo de Railroad Development Corporation (la “Demandante”), de fecha 26 de junio de 2.009;
- b. Los dictámenes elaborados por el Dr. Eduardo Mayora Alvarado, de fechas 18 de junio y 16 de octubre del 2.009;
- c. Dictamen elaborado por la Licenciada Marithza Ruiz de Vielman del 22 de Septiembre de 2.009;
- d. Las Bases de Licitación Pública Nacional e Internacional para el Usufructo Oneroso del Transporte Ferroviario en la República de Guatemala, elaboradas en el mes de febrero de 1.997;

- e. El Contrato de Usufructo Oneroso del Derecho de vía Ferroviario formalizado en escritura pública número 402 del 23 de noviembre de 1.997 (el Contrato 402), ante los oficios del notario Byron Díaz Orellana;
- f. Las Bases de Licitación Pública de Usufructo Oneroso de Equipo Ferroviario, elaboradas por el Gobierno de la República de Guatemala en el mes de noviembre de 1.997;
- g. El contrato de Usufructo Oneroso del Equipo Ferroviario de Ferrocarriles de Guatemala ("FEGUA"), formalizado en escritura pública número 41 del 23 de marzo de 1.999 (el Contrato 41), ante los oficios del notario Marco Antonio Cornejo Marroquín;
- h. Contrato de Usufructo Oneroso de Equipo Ferroviario número 143 del veintiocho de agosto del 2.003 ante los oficios de la notario Claudia Mariela Marroquín Luther y su modificación, contenida en escritura pública número 158 del 7 de octubre del 2.003 ante los oficios de la notario Claudia Mariela Marroquín Luther;
- i. Las cartas de fechas 9 y 12 de abril de 1.999; 16 y 25 de febrero del 2.000 y 22 de agosto y 9 de octubre del 2.002, cruzadas entre Ferrovías y el Interventor de FEGUA;¹
- j. Los contratos de arrendamiento contenidos en escrituras públicas número 3 y número 5, ambos del 13 de agosto ante los oficios del notario Javier Antonio Sandoval.
- k. Los dictámenes de la Procuraduría General de la Nación números 205-2005 del 1º de agosto del 2.005 y 749-2005 del 12 de Septiembre del 2.005;
- l. Carta del 13 de enero de 2.006 dirigida por el Interventor de FEGUA al Presidente de la República de Guatemala;
- m. Dictamen 05-2006 de la Asesoría Jurídica de FEGUA del 13 de enero del 2.006;
- n. Dictamen conjunto número 181-2006 AJ del Ministerio de Finanzas Públicas de 3 de abril de 2.006;
- o. Dictamen Número 236-2006 de la Secretaría General de la Presidencia de la República del 26 de abril del 2.006;
- p. El Acuerdo Gubernativo número 433-2006 en el que se declaró la lesividad de los Contratos 143 y 158;
- q. La demanda presentada ante la Sala Primera del Tribunal de lo Contencioso Administrativo por la Procuraduría General de la Nación, del 24 de noviembre del 2.006.

4. He basado mi análisis y conclusiones legales en todas las leyes de la República de Guatemala y otras fuentes legales que se citan en las diferentes secciones del presente informe, entre las que se encuentra la sentencia de Amparo, en única instancia, dictada por la Corte de Constitucionalidad dentro del expediente número 618-2004, de fecha quince de julio del dos mil cuatro;

5. El presente **Informe Pericial** está dividido en ocho (8) secciones: La **Sección I**, hace una breve introducción sobre el objeto y alcance del informe. La **Sección II**, se refiere a los Intereses del Estado; La **Sección III**, describe el proceso administrativo que debe ser atendido, conforme a las leyes de la República de Guatemala, para la Declaración de Lesividad de los actos o resoluciones que lesionan los intereses del Estado de Guatemala. La **Sección IV**, trata lo relativo al Proceso de lo Contencioso-Administrativo en el ordenamiento jurídico guatemalteco. La **Sección V**, describe y analiza el proceso de lesividad seguido por la Administración, en el caso concreto de los Contratos 143 y 158. La **Sección VI**, contiene un análisis jurídico independiente con relación a la validez o invalidez de los Contratos 143 y 158. La **Sección VII**, se refiere a la nulidad absoluta de los negocios jurídicos que son contrarios a las leyes prohibitivas expresas; y, la **Sección VIII**, contiene las credenciales personales del suscrito y las fuentes consultadas.

Sección II. Los Intereses del Estado

6. De conformidad con lo que dispone el artículo 140 de la Constitución Política de la República, el Estado de Guatemala es un Estado libre, independiente y soberano, organizado para garantizar a sus habitantes el goce de sus derechos y de sus libertades. Su sistema de Gobierno es republicano, democrático y representativo.

7. De conformidad con lo que dispone el artículo 1o de la Constitución Política de la República de Guatemala, el fin supremo del Estado de Guatemala es la realización del **bien común**³.

8. El artículo 2o de la Constitución Política de la República de Guatemala, declara que son deberes del Estado garantizarle a sus habitantes **la vida, la libertad, la justicia, la seguridad, la paz y el desarrollo integral de la persona**⁴.

9. El **Interés del Estado de Guatemala** está definido, en género, por los fines y deberes que le asigna la Constitución Política de la República de Guatemala en sus dos primeros artículos.

10. En efecto, como realizador del bien común, todo aquello que se relacione con la vida, la libertad, la justicia, la seguridad, la paz y el desarrollo de la persona es del Interés del Estado de Guatemala.

11. Los intereses del Estado de Guatemala están definidos en la Constitución de la República y se materializan en todas y cada una de las leyes del país que se

³ Artículo 1º de la Constitución Política de la República de Guatemala (RL-70).

⁴ Artículo 2º de la Constitución Política de la República de Guatemala (RL-70).

refieran o se relacionen con **la vida, la justicia, la seguridad, la paz y el desarrollo integral de la persona.**

12. Los intereses del Estado, según la protección que deba ser atendida, encuentra sustancia material en las disposiciones que se contienen, por ejemplo, en el Código Civil, el Código de Comercio, el Código de Trabajo, el Código Penal, el Código Fiscal, la Ley de Contrataciones del Estado, la Ley del Impuesto Sobre la Renta y, en general, todas las disposiciones del ordenamiento jurídico guatemalteco, que se refieren a los fines y deberes del Estado de Guatemala.

13. En lo particular, la norma sustantiva que sustenta el Interés del Estado de Guatemala es aquella norma específica que se quebranta por determinado acto o resolución que lesiona los intereses del Estado en un caso concreto.

14. En el presente caso el **interés general** del Estado de Guatemala fue el de realizar el **bien común de sus habitantes**, mediante el desarrollo y rehabilitación del **transporte ferroviario del país** y el uso de los equipos ferroviarios. Para el cumplimiento de esa finalidad, el Estado de Guatemala inició, en 1.997, un concurso nacional e internacional de licitación pública, para el otorgamiento de un derecho de usufructo oneroso sobre bienes que son propiedad del Estado de Guatemala.

15. El **interés general** del Estado de Guatemala quedó definido en las bases de licitación pública que emitió en el mes de febrero de 1.997, en el caso del usufructo de los bienes del Estado que se refieren a los bienes y derecho de vía ferroviario⁵, y en las bases que emitió en el mes de noviembre de 1.997, para el caso del usufructo oneroso de los equipos ferroviarios⁶.

16. En lo que se refiere a la **“sustancia jurídica”** (ley material) el interés general del Estado de Guatemala quedó definido en el **“MARCO JURÍDICO”** de cada una de las licitaciones públicas que respectivamente elaboró en los meses de febrero y noviembre de 1.997, de manera que dicho interés, contrario a lo que sostiene el Dr. Mayora Alvarado en sus respectivos informes, sí está soportado en las normas específicas del ordenamiento jurídico guatemalteco.

17. En el caso del usufructo oneroso de los equipos ferroviarios, el interés general del Estado quedó definido en el marco jurídico de las bases de licitación elaboradas en el mes de noviembre de 1.997.

18. El **interés específico** del Estado de Guatemala en el caso del usufructo oneroso sobre los **“equipos ferroviarios”** consistió en que **“se respetara y se cumpliera”** con todas las disposiciones referidas en el **marco jurídico** de la licitación del mes de noviembre de 1.997, lo que incluye el proceso, la adjudicación y el cumplimiento de los fines del contrato de usufructo, conforme los fines de la negociación.

⁵ C-22.

⁶ C-17.

19. En virtud de que, entre los fines y deberes del Estado se encuentran la protección de la persona y la familia, la realización del bien común, la vida, la libertad, la justicia, la seguridad, la paz y el desarrollo integral de la persona, los INTERESES ESPECÍFICOS DEL ESTADO DE GUATEMALA, en el presente caso, se materializan en todas las normas sustantivas del ordenamiento jurídico del país que, en congruencia con tales fines y deberes, sustenten legalmente el proceso de licitación pública y adjudicación de los usufructos onerosos sobre los bienes y equipos propiedad del Estado, que se adjudicaron en la entidad Ferrovías.

20. El Interés específico del Estado de Guatemala que se lesionó, en el presente caso, esta soportado en todas las normas sustantivas del ordenamiento jurídico guatemalteco que se quebrantaron con la formalización de los Contratos 143 y 158.

21. En consecuencia, no tiene razón el Dr. Eduardo Mayora Alvarado, cuando en su informe del 18 de Junio del 2.009 indica que los Intereses del Estado no están definidos ni sustentados en alguna ley específica del ordenamiento jurídico guatemalteco; tampoco la tiene cuando se refiere a la “noción vaga” de tales intereses y de la lesión y mucho menos, cuando cuestiona la normatividad de la lesión que se causa a los intereses del Estado de Guatemala⁷.

Sección III.

El Proceso Administrativo para la Declaración de Lesividad en el ordenamiento jurídico guatemalteco

22. En el Título II de la Ley de lo Contencioso-Administrativo (contenida en Decreto 119-96 del Congreso de la República) se regula el **Proceso de lo Contencioso Administrativo**, el cual tiene por objeto dirimir las diferencias que surjan (a) en caso de contiendas por actos y resoluciones de la administración y de las entidades descentralizadas y autónomas del Estado; y (b) en los casos de controversias derivadas de contratos y concesiones administrativas⁸.

23. La lesión que se causa a los Intereses del Estado sólo puede ser reconocida, con efectos ejecutivos, por los tribunales de justicia, en proceso de lo Contencioso Administrativo, a través de la demanda que, necesariamente, debe iniciar el Estado de Guatemala, bajo los supuestos, plazos y demás condiciones establecidas en las leyes del país.

24. El tribunal competente para conocer el Proceso de lo Contencioso-Administrativo es el **Tribunal de lo Contencioso-Administrativo**, el cual forma parte del Organismo Judicial de la República de Guatemala⁹.

⁷ Apartado 8.3 del Primer Informe Pericial de E. Mayora.

⁸ Artículos 221 de la Constitución (RL-70) y 19 de la Ley de lo Contencioso-Administrativo (RL-49).

⁹ Artículos 203 y 221 de la Constitución Política de la República (RL-70).

25. El **Organismo Judicial** es un órgano del Estado de Guatemala, cuya función exclusiva es la de impartir Justicia de conformidad con la Constitución y Leyes de la República de Guatemala; sus funciones las ejerce de manera independiente y no subordinada a cualquier otro organismo del Estado, lo que incluye al Poder Ejecutivo y, en consecuencia, a la Administración Pública y/o cualquier autoridad autónoma o descentralizada (como lo es FEGUA)¹⁰.

26. La función del Tribunal de lo Contencioso-Administrativo es la de **controlar la juridicidad** de los actos y resoluciones que proceden de la **Administración Pública**¹¹.

27. Para poder acudir al **Proceso de lo Contencioso-Administrativo** la Ley de lo Contencioso-Administrativo impone el cumplimiento de diferentes requisitos al demandante, según se trate del “**administrado**” o de la “Administración Pública”.

28. En el caso de que el demandante sea el **administrado**, la Ley de lo Contencioso-Administrativo le exige, como condición a su demanda, que la “resolución administrativa” que se impugna cumpla con los siguientes requisitos: (a) que haya causado estado, esto es, que la resolución que decide el asunto ya no sea susceptible de impugnarse en la vía administrativa, por haberse resuelto todos los recursos administrativos; y (b) que vulnere un derecho del demandante, reconocido por una ley, reglamento o resolución anterior¹².

29. En el caso de que la demandante sea la **Administración**, la Ley de lo Contencioso-Administrativo le exige, como requisito de previo cumplimiento a la presentación de la demanda, que el acto o resolución cuya nulidad, anulación o efectos revocatorios se pretenda “...**haya sido declarado lesivo para los intereses del Estado**, en Acuerdo Gubernativo, emitido por el Presidente de la República en Consejo de Ministros....”¹³.

30. El procedimiento para la emisión de los “**Acuerdos Gubernativos**” que emite el Presidente de la República de Guatemala, en Consejo de Ministros, está regulado en la Constitución Política de la República de Guatemala, en la Ley del Organismo Ejecutivo y en el Decreto 1.816 del Congreso de la República, que se refiere, entre otros, a la Publicación de los Acuerdos Gubernativos.

31. El procedimiento para la emisión de los “**Acuerdos Gubernativos**” que emite el Presidente de la República, en Consejo de Ministros, es un procedimiento especial y distinto del procedimiento administrativo que regula la Ley de lo Contencioso-Administrativo para el conocimiento y resolución de las peticiones que le formulan los habitantes del país;

¹⁰ Artículos 141 y 203 de la Constitución Política de la República (RL-70).

¹¹ Artículo 221 de la Constitución Política de la República (RL-70).

¹² Primer párrafo del artículo 20 de la Ley de lo Contencioso-Administrativo (RL-49).

¹³ Párrafo final del artículo 20 de la Ley de lo Contencioso-Administrativo (RL-49).

32. Las diferencias y características entre el procedimiento administrativo, al que se refiere la Ley de lo Contencioso-Administrativo, y el procedimiento administrativo para la emisión del Acuerdo Gubernativo que declara la Lesividad, consisten en lo siguiente:

- a. **En cuanto a su origen:** El procedimiento administrativo al que se refiere la Ley de lo Contencioso-Administrativo se origina a partir de una petición **que el administrado** le formula a la Administración, para que la Administración “**emita una resolución vinculante**”¹⁴; por su parte, el procedimiento Administrativo para la emisión del Acuerdo Gubernativo que declare la Lesividad del acto o de la resolución, se origina de una petición **que un ente de la administración** le formula a **otro** ente de la *Administración* (en este caso, al Presidente de la República, en Consejo de Ministros), para que “**EMITA UNA DECLARACIÓN**” **no vinculante** para el administrado, con relación a la lesividad que determinado acto o contrato pueda causar a los intereses del Estado¹⁵; de esa cuenta, el procedimiento administrativo que se origina en la petición del administrado a la administración, es un procedimiento **de índole externo**, mientras que el procedimiento que se origina para la emisión de un acuerdo de gobierno, en el caso de la lesividad, es **de índole interno**, en el que no participa el administrado.
- b. **En cuanto a sus efectos:** En el procedimiento administrativo al que se refiere la Ley de lo Contencioso-Administrativo, el administrado formula a la Administración una petición para obtener de la misma un acto o resolución **vinculante para las partes**¹⁶. En el procedimiento administrativo para la emisión del Acuerdo Gubernativo que declara la lesividad del acto o resolución, la Administración que lo solicita lo hace **sin efectos vinculantes para el administrado porque no tiene efectos ejecutivos ni privativos de los derechos del administrado**, ya que la declaración de lesividad debe ser validada por **los tribunales de justicia**, al examinar la juridicidad de la declaración, como consecuencia de la demanda que en Proceso de lo Contencioso-Administrativo debe plantear el representante legal del Estado.

33. En virtud de que el proceso administrativo para la emisión del **Acuerdo Gubernativo** que declara la lesividad de un acto o resolución *no se origina por la petición del administrado, ni la declaración comprende efectos constitutivos*

¹⁴ Artículos 28 de la Constitución Política de la República (RL-70) y 1-4 de la Ley de lo Contencioso-Administrativo (RL-49).

¹⁵ Artículos 9, inciso c), 16 y 17 inciso b) de la Ley del Organismo Ejecutivo (RL-50), 20, párrafo segundo, de la Ley de lo Contencioso-Administrativo (RL-49).

¹⁶ Artículo 4 de la Ley de lo Contencioso-Administrativo (RL-49).

vinculantes para el administrado que le priven de sus derechos, al administrado, que no es parte del proceso para la emisión del acuerdo de gobierno, no se le confiere ni se le debería conceder audiencia previo a la emisión del mismo;

34. Por lo tanto, la falta de audiencia, en el proceso de gobierno que declara la lesividad, no viola el principio al debido proceso, porque el interesado no es parte del proceso, cuyo proceso es puramente uno interno del gobierno, y la declaración que se emita no le perjudica ni le disminuye el ejercicio de sus derechos.

35. En síntesis, el procedimiento para la emisión del Acuerdo Gubernativo que declara la lesividad del acto o resolución de la Administración es una **carga jurídica** que la ley le impone a la Administración Pública para poder iniciar el Proceso de lo Contencioso-Administrativo y de esa manera impugnar sus propios actos administrativos que lesionan a los intereses del Estado. Esto en turno es necesario porque el Estado no puede unilateralmente recovar o impugnar sus actos administrativos que lesionan a los intereses del Estado, sino tiene que primero seguir el proceso interno de lesividad, declarar la lesividad del acto en cuestión y esperar a ver si la Corte de lo Contencioso-Administrativo afirma la lesividad del acto. De esa forma, el proceso de lesividad es una protección de los intereses del administrado.

36. El **procedimiento** para la emisión del Acuerdo Gubernativo por el que se declara la lesividad de un acto o resolución que perjudica los intereses del Estado de Guatemala es el siguiente:

- a. Cuando la autoridad administrativa específica¹⁷ tiene conocimiento de la existencia de un acto o resolución que lesiona los intereses del Estado, por ser contraria o por no ajustarse a las prescripciones legales que gobiernan el acto o contrato, **tiene la obligación** de promover ante la Presidencia de la República de Guatemala, como órgano competente, la Declaración de Lesividad del acto o de la resolución¹⁸;
- b. El expediente con las opiniones jurídicas correspondientes que sostienen las causas en que se fundamenta la lesión a los intereses del Estado es recibido por la Secretaría General de la Presidencia, cuya función es la de tramitar los asuntos de Gobierno del Despacho del Presidente¹⁹;
- c. El Secretario General de la Presidencia distribuye el expediente para las consultas “técnicas” y “legales” a los órganos de asesoría de la Presidencia²⁰;

¹⁷ Se entiende por “administración específica” aquél órgano de la administración en cuya jurisdicción se establece o determina la existencia del acto o resolución que perjudica los intereses del Estado.

¹⁸ Artículos 153-154 de la Constitución Política de la República de Guatemala (RL-70), 20 de la Ley de lo Contencioso-Administrativo (RL-49) y 17 literal b) de la Ley del Organismo Ejecutivo (RL-50).

¹⁹ Artículo 9 de la Ley del Organismo Ejecutivo (RL-50).

²⁰ Literal b) del artículo 9 de la Ley del Organismo Ejecutivo (RL-50).

- d. Una vez que se han emitido los dictámenes técnicos y legales de los órganos de asesoría de la Presidencia, el Secretario General de la Presidencia revisa que el expediente se someta al conocimiento y aprobación del Presidente de la República en Consejo de Ministros²¹;
- e. El Presidente de la República **debe convocar** al Consejo de Ministros para el conocimiento y resolución del asunto, en el que participan el Presidente de la República, que lo preside, el Vicepresidente, quien participa con voz y voto, y los Ministros de Estado²²;
- f. Establecida la existencia del acto o resolución que lesiona los intereses del Estado, el Presidente en Consejo de Ministros **debe declarar**, por Acuerdo Gubernativo, la lesividad del acto o de la resolución que lesiona los intereses del Estado, instruyendo al Procurador General de la Nación para que, en el ejercicio de la Representación del Estado, proceda a iniciar el Proceso de lo Contencioso-Administrativo;
- g. El Acuerdo Gubernativo que declara la Lesividad del acto o de la resolución deberá ser publicado en el Diario de Centroamérica (Diario Oficial) de tal suerte que, a partir de dicha publicación, el Procurador General de la Nación tendrá un plazo de tres (3) meses para plantear el Proceso de lo Contencioso-Administrativo²³.

37. El Acuerdo Gubernativo de Lesividad debe ser emitido por el Presidente de la República, en Consejo de Ministros, cuando exista fundamento de que el acto o la resolución han quebrantado normas del ordenamiento jurídico; en caso de omisión, a la declaración, el Presidente de la República y sus ministros incurren en responsabilidad personal²⁴.

38. La publicación del Acuerdo que declara la Lesividad es obligada en virtud de lo que dispone el Decreto 1,816 del Congreso de la República y el artículo 23 de la Ley de lo Contencioso-Administrativo, para el cómputo del plazo en el que el Estado de Guatemala debe presentar la demanda judicial que reconozca la juridicidad de la declaración de lesividad.

39. La publicación obligada del Acuerdo de Lesividad se realiza en un medio de comunicación “especializado”, el Diario de Centroamérica, y en particular en la sección “Legal” de este medio, que por su carácter técnico jurídico, no tiene los efectos de interés y difusión, en el público, que tienen los otros medios y diarios de comunicación social.

40. La publicación del Acuerdo que declaró la Lesividad de los Contratos 143 y 158 no debió producir la interrupción de los negocios de Ferrovías en virtud de

²¹ Artículos 9, inciso c) y 16 de la Ley del Organismo Ejecutivo (RL-50).

²² Artículos 16 y 17, inciso b), de la Ley del Organismo Ejecutivo (RL-50).

²³ Decreto 1,816 del Congreso de la República (RL-75) y artículo 23 de la Ley de lo Contencioso-Administrativo (RL-49).

²⁴ Artículos 153 y 154 de la Constitución (RL-70) y 16 de la Ley del Organismo Ejecutivo (RL-50).

que la publicación, obligada por la ley, se refiere a una declaración que carece de efectos privativos, restrictos o limitativos de los derechos que Ferrovías pudiera tener en tales contratos.

41. El proceso para la emisión del Acuerdo de Lesividad **no viola** ninguna norma, principio o garantía constitucional; la Corte de Constitucionalidad no ha emitido ninguna sentencia constitucional por virtud de la cual haya declarado inconstitucional el proceso administrativo interno para la emisión del Acuerdo de Lesividad, concretamente, en el caso de los principios constitucionales de legalidad, certeza jurídica y debido proceso; al contrario, la Corte de Constitucionalidad ha reconocido la constitucionalidad de dicho proceso (véase párrafo 47).

42. El proceso para la emisión del Acuerdo de Lesividad no es un proceso exclusivo del ordenamiento jurídico guatemalteco; este proceso también existe en España y en otras legislaciones como Francia, México, Costa Rica, Ecuador y Argentina.

43. La Declaración de Lesividad de los actos de la Administración que perjudiquen los intereses del Estado, está fundamentada, ampliamente, en la obra de una de las máximas autoridades en Derecho Administrativo, el Profesor Eduardo García de Enterría, **Doctrina de los Actos Propios y el Sistema de la Lesividad**, en la cual sostiene que el proceso de lesividad “... **no contiene ningún privilegio para la Administración, sino que, por el contrario, implica un verdadero despojo de una cualidad esencial de su *status* y la reducción de la misma a un régimen inferior al de los propios administrados, inferior todavía al que le correspondería en el sistema de derecho privado a los simples particulares ...**”²⁵, lo cual es congruente con la legislación guatemalteca, toda vez que, mientras el administrado puede acudir directamente al tribunal contencioso-administrativo, en demanda judicial, al Estado se le impone la carga del proceso de lesividad, como condición previa a su demanda.

44. Las normas que sustentan el proceso para la emisión del Acuerdo de Lesividad están comprendidas en la Constitución Política de la República de Guatemala, en la Ley del Organismo Ejecutivo, en la Ley de lo Contencioso-Administrativo y en el Decreto 1,816 del Congreso de la República²⁶.

45. Cualquier habitante del país, bajo el principio de la certeza jurídica, tiene el conocimiento de que los actos y contratos que infrinjan las leyes del país, serán declarados lesivos, porque ello consta en las leyes del país que le serán aplicables si viola o infringe la ley.

²⁵ LA DOCTRINA DE LOS ACTOS PROPIOS Y EL SISTEMA DE LA LESIVIDAD. Eduardo García de Enterría, profesor Adjunto de la Universidad de Madrid, página 70 (RL-174).

²⁶ Artículos 153-154, 182-183 inciso n- de la Constitución Política de la República (RL-70); 9-16-17 inciso b) de la Ley del Organismo Ejecutivo (RL-50); 20 y 23 de la Ley de lo Contencioso-Administrativo (RL-49).

46. En consecuencia, no son correctas las afirmaciones que hace el Dr. Eduardo Mayora Alvarado, cuando afirma que este proceso no está ampliamente regulado en las leyes del país y que por virtud del mismo se violan las garantías y principios del debido proceso y certeza jurídica²⁷.

47. La Corte de Constitucionalidad, el máximo tribunal en materia constitucional del país, en sentencia del 15 de julio del 2004, recaída en expediente 618-2004, reafirmó la naturaleza y efectos del proceso de lesividad y destacó, muy puntualmente, que en dicho proceso no se violan al administrado, entre otros derechos, los de “seguridad jurídica” y “debido proceso” que indica el Dr. Mayora Alvarado en su informe²⁸. En efecto, la referida Corte de Constitucionalidad, en la sentencia que se comenta indicó:

- a. Con relación a si se viola o no algún derecho Constitucional en el proceso de lesividad, la Corte indicó: ***“...Al respecto, esta Corte estima oportuno reiterar el criterio sustentado en la sentencia de fecha veintidós de julio de mil novecientos noventa y nueve, dictada dentro del expediente trescientos-noventa y nueve, en el sentido que el acuerdo de lesividad no tiene otro objeto ni efecto que el de permitir a la Administración Pública someter sus propios actos al control jurisdiccional mediante el proceso contencioso administrativo, al cual pueden comparecer las partes con interés legítimo a hacer valer sus derechos, por ello, adujo que la declaratoria de lesividad no tiene efectos materiales inmediatos que perjudiquen los derechos de las personas involucradas en el caso y sólo persigue, por medio de un proceso seguido con todas las formalidades de ley, la juridicidad de los puntos y contratos declarados lesivos. En el presente caso, el Presidente de la República al emitir el Acuerdo Gubernativo que constituye el primer acto reclamado, actuó con base en la facultad que la administración tiene para declarar la lesividad de sus actos sí, con posterioridad a su emisión, estima que se conculcan los intereses del Estado, conforme lo regulado en el artículo 20 inciso b) de la Ley de lo Contencioso-Administrativo. Tal facultad no constituye, per se, la anulación unilateral de la decisión administrativa a la que se refiere sino el enjuiciamiento de su juridicidad, que ha de ser demandada por la propia administración ante el Tribunal de lo Contencioso-Administrativo, como postulante de la tutela judicial, siendo a este último Tribunal al que corresponde, en virtud de lo establecido en el artículo 221 de la Constitución Política de la República de Guatemala, conocer del contradictorio que se suscita entre el Estado y el particular demandado, cuya decisión final podrán pronunciarse tanto sobre la pretensión de la demanda como de las defensas que se propongan.”***

²⁷ Ver apartados 7 y 9 del Primer Informe Pericial de E. Mayora.

²⁸ Ver apartado 9 del Primer Informe Pericial de E. Mayora.

- b. En el caso de la “audiencia previa” en el proceso de Lesividad, la Corte puntualmente indicó: “...***De ahí que, contrario a lo argüido por la accionante, el acuerdo objetado no le ocasiona los agravios que denuncia²⁹, ya que tiene la posibilidad efectiva de ocurrir y plantear defensas ante el tribunal competente que, ante casos derivados de declaraciones de la administración, lo es el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, autoridad judicial que tramita el proceso para examinar, mediante el debido proceso, la sustentación y eventual declaración de lo que pide el Estado, lo mismo que la argumentación y posible acogimiento de las defensas que pueda plantear la administrada.***”³⁰

48. El caso de España que cita el Dr. Eduardo Mayora Alvarado, en su primer informe³¹, lejos de evidenciar alguna deficiencia del ordenamiento jurídico guatemalteco, destaca su fortaleza, toda vez que, mientras en España la administración pública puede declarar la nulidad de sus propios actos, en Guatemala, como lo reconoció la Corte de Constitucionalidad, la Administración no puede hacerlo; dicha facultad le queda reservada, con exclusividad, a los tribunales de justicia, los que, con la debida y previa audiencia al administrado, examinarán la juridicidad de la declaración de lesividad, disponiendo los efectos revocatorios que señala la ley; es por ello que en España se confiere audiencia previa al administrado, por parte de la administración, lo que no ocurre en Guatemala pues, como ya se dijo, el proceso de lesividad es un proceso interno de gobierno, entre entidades de la administración, que produce una declaración que no perjudica los derechos contractuales del administrado.

Sección IV. El Proceso Judicial de lo Contencioso-Administrativo

49. El proceso de lo Contencioso-Administrativo está regulado en la **Ley de lo Contencioso-Administrativo**, contenida en el Decreto 119-96 del Congreso de la República de Guatemala.

50. Se trata de un **proceso judicial** por el que las partes resuelven sus diferencias originadas por actos o resoluciones de la administración y de las entidades descentralizadas y autónomas del Estado, así como en los casos de controversias derivadas de contratos y concesiones administrativas. El tribunal que conoce el Proceso de lo Contencioso-Administrativo es el Tribunal de lo

²⁹ El agraviado en este caso denunció violación a la garantía Constitucional al “debido proceso” al no haber sido oído, en forma previa, dentro del proceso de Lesividad que concluyó con el Acuerdo Gubernativo cuya validez cuestionó ante el tribunal constitucional.

³⁰ Sentencia del 15 de julio del 2004, dictada por la Corte de Constitucionalidad, Expediente 618-2004, en amparo planteado por Equipos del Puerto, Sociedad Anónima, en contra del Presidente de la República de Guatemala, en Consejo de Ministros y la Junta Directiva de la Empresa Portuaria Nacional Santo Tomás de Castilla (RL-172).

³¹ Ver apartado 5 del Primer Informe Pericial de E. Mayora.

Contencioso, que forma parte del Organismo Judicial, y su función principal es la de ser contralor de la juridicidad de la administración pública³².

51. Como en todo proceso judicial, y en cumplimiento del principio constitucional del debido proceso, en el Proceso de lo Contencioso-Administrativo se garantiza al demandado (en este caso el administrado), la debida audiencia para que haga valer todas las defensas que le asistan, oponiéndose a los fundamentos de la lesividad, y gozando del derecho a probar los hechos en que funda su defensa, previo a la sentencia que emita el tribunal.

52. Como se indicó anteriormente, para que el Estado de Guatemala pueda acudir en demanda al proceso de lo Contencioso-Administrativo, debe seguir un proceso administrativo de gobierno interno, por el que declare la lesividad del acto o de la resolución³³. Al administrado no se le impone esa carga; no obstante, para que pueda acudir en demanda ante el Tribunal de lo Contencioso-Administrativo, es requisito que la resolución que impugne el administrado haya causado estado, por no estar sujeta a ningún recurso administrativo y que el acto o la resolución le vulnere un derecho del demandante reconocido en ley, reglamento o resolución anterior³⁴.

53. El proceso de lo contencioso administrativo inicia con la demanda que presenta el interesado ante el Tribunal de lo Contencioso-Administrativo; en el caso de que el demandante sea el Estado, en los casos de lesión a sus intereses, la demanda debe presentarla dentro del plazo de tres meses que sigan a la fecha de la publicación del acuerdo que declara la lesividad. El tribunal, si verifica que la demanda cumple con los requisitos de forma, solicita de la autoridad administrativa correspondiente la remisión de los antecedentes y dará trámite a la demanda *teniendo como partes al demandante, al demandado y a la Procuraduría General de la Nación*³⁵.

54. La demanda no puede ser rechazada por el incumplimiento de requisitos formales; al admitirla para su trámite, el tribunal le confiere audiencia a todas las partes (incluyendo al administrado) por el plazo de 15 días para que hagan valer, dentro del proceso, las defensas que estimen que les asisten y ofrezcan las pruebas que soporten sus defensas.

55. El demandado tiene derecho a plantear **reconvención**, la cual consiste a una **contrademanda** que el demandado promueve, en el mismo proceso, en contra del demandante (es decir, el Estado), respecto de quien pretende, del tribunal, una declaración específica³⁶. En el caso del proceso de lesividad, eso significa que el demandado puede plantear, dentro del mismo proceso judicial, una reconvención

³² Artículos 203 y 221 de la Constitución Política de la República de Guatemala (RL-70).

³³ Artículos 20 y 23 de la Ley de lo Contencioso-Administrativo (RL-49).

³⁴ Literales a) y b) del artículo 20 de la Ley de lo Contencioso-Administrativo (RL-49).

³⁵ Artículos 18,19,20,23,28,29,31,32,33,35, de la Ley de lo Contencioso-Administrativo (RL-49).

³⁶ Artículo 40 de la Ley de lo Contencioso-Administrativo (RL-49).

en contra del Estado de Guatemala por la que pretenda, en el caso de la nulidad del acto o contrato, *la restitución de lo que recíprocamente hayan recibido o percibido como consecuencia del negocio que se anula o bien puede demandar, dentro del mismo proceso y por la vía de la reconvención, una compensación económica en el evento de que la declaración de lesividad no esté fundada en ley*³⁷.

56. En el proceso de lo Contencioso-Administrativo se otorga un período de prueba de 30 días para que las partes puedan probar los hechos en que fundan sus pretensiones³⁸.

57. Vencido el período de prueba el tribunal pone a la vista de las partes el proceso y señala día y hora para que presenten sus alegatos finales. El tribunal podrá, como excepción, dictar un auto, para que, en un plazo que no exceda de 10 días, se practiquen cuantas diligencias fueran necesarias para determinar el derecho de las partes, indicando las que habrán de practicarse, con citación de todas las partes³⁹.

58. El tribunal de lo Contencioso-Administrativo debe dictar sentencia, la que examinará la totalidad de la juridicidad del acto o resolución cuestionada, pudiéndola revocar, confirmar, o modificar. El tribunal, en la sentencia, tiene la obligación de pronunciarse sobre todos los hechos controvertidos en el proceso, lo que incluye los que por la vía de la reconvención plantea el demandado⁴⁰.

59. La sentencia que dicta el tribunal debe examinar toda la juridicidad del acto o resolución cuestionada, pudiéndola revocar, confirmar o modificar; en el caso de que confirme la declaración de lesividad, deberá dictar las disposiciones que sean congruentes con dicha lesividad, conforme lo haya solicitado el Estado, sea que se pronuncie por la nulidad absoluta del acto o de la resolución o porque se pronuncie por su anulabilidad; en el caso de que exista reconvención, el tribunal deberá pronunciarse sobre cada una de las pretensiones deducidas por el demandado en la reconvención.⁴¹

60. Contra lo resuelto por el tribunal de lo Contencioso-Administrativo cabe Recurso de Casación ante la Corte Suprema de Justicia⁴². Esto implica que la parte vencida en el proceso, incluyendo al particular, de no estar de acuerdo con el fallo, tiene la posibilidad de acudir ante la corte de máxima jerarquía de Guatemala para que revise la sentencia del tribunal de lo Contencioso-Administrativo, siempre que se cumplan las causales de casación previstas en la Ley.

³⁷ Artículos 40 de la Ley de lo Contencioso-Administrativo (RL-49) y 1,314-1,645 del Código Civil (RL-42, RL-68).

³⁸ Artículo 41 de la Ley de lo Contencioso-Administrativo (RL-49).

³⁹ Artículos 43 y 44 de la Ley de lo Contencioso-Administrativo (RL-49).

⁴⁰ Artículos 45 de la Ley de lo Contencioso-Administrativo (RL-49), 147 de la Ley del Organismo Judicial.

⁴¹ Artículos 28 numeral VIII, 40 y 43 de la Ley de lo Contencioso-Administrativo (RL-49).

⁴² Artículo 221 de la Constitución Política de la República de Guatemala (RL-70).

61. Adicional a todas las garantías y recursos antes mencionados, las partes tienen el derecho de acudir ante la justicia constitucional, mediante la interposición de un recurso de amparo o una acción de inconstitucionalidad, si en el curso del proceso se le violan sus derechos constitucionales o se pretende aplicarles una norma de carácter inconstitucional⁴³.

62. En consecuencia, no es cierto, como lo afirma el Dr. Eduardo Mayora Alvarado⁴⁴, que el administrado no cuenta con recursos de defensa para cuestionar la legalidad de la declaración de lesividad, pues existe un proceso judicial en el que gozará de amplias oportunidades de defensa y de recursos ante autoridades judiciales y constitucionales que podrá hacer valer, incluso contra alguna norma específica que pretenda aplicarse que restrinja sus derechos y que viole la Constitución Política de la República de Guatemala.

63. Ferrovías ha ejercido y continua ejerciendo su derecho de defensa dentro del proceso Contencioso-Administrativo No. 389-2006 que en su contra inició el Estado de Guatemala ante el Tribunal de lo Contencioso-Administrativo, con ocasión de la declaratoria de lesividad de los Contratos 143 y 158, e interpuso las defensas que le son reconocidas por el Tribunal de lo Contencioso-Administrativo⁴⁵. De hecho, dentro este proceso, la Procuraduría General de la Nación, en representación del Estado, solicitó al Tribunal la medida cautelar de suspensión provisional de los Contratos 143 y 158. Sin embargo, el Tribunal Contencioso-Administrativo mediante providencia del 23 de febrero de 2007 rechazó la solicitud de suspensión provisional del Contrato 402⁴⁶. Frente a esto, la Procuraduría General de la Nación presentó recurso de reposición insistiendo en que se decretase la suspensión provisional. El Tribunal mediante providencia del 10 de marzo de 2008 se volvió a pronunciar sobre este asunto y declaró sin lugar el recurso de reposición, rechazando la petición de suspensión provisional⁴⁷. El Tribunal estimó que dadas las circunstancias del caso, no era necesario otorgar la suspensión del contrato y señaló que la suspensión provisional como medida precautoria es aplicable en circunstancias de urgencia o que sea indispensable, lo cual según el Tribunal en el presente caso no se había verificado. Esto demuestra que los Contratos 143 y 158 siguen aún vigentes, hasta tanto no se decida lo contrario mediante sentencia judicial.

⁴³ Artículos 1-10 literal h)- 116 de la Ley Constitucional de Amparo, Exhibición Personal y Constitucionalidad (RL-173).

⁴⁴ Apartados 5 y 9 del Primer Informe Pericial de E. Mayora.

⁴⁵ Por ejemplo, con fecha de 21 de mayo de 2007 Ferrovías presentó memorial de excepciones previas argumentando, entre otras, falta de competencia del tribunal, demanda defectuosa y solicitó terminación del proceso (R-276). Así mismo, con fecha de 12 de mayo de 2008, Ferrovías presentó memorial de contestando la demanda en sentido negativo (R-292).

⁴⁶ Decisión de la Sala Primera del Tribunal Contencioso Administrativo del 23 de febrero de 2007, expediente 389-2006 (RL-73).

⁴⁷ Decisión de la Sala Primera del Tribunal Contencioso Administrativo del 10 de marzo de 2008, expediente 389-2006 (RL-74).

64. Similar a lo anterior, he revisado la decisión del 13 de mayo de 2008 del Juzgado de Primera Instancia Penal de Amatitlán, dentro del proceso penal identificado con el expediente MP3438-2003, promovido mediante querrela de Ferrovías en contra de EEGSA⁴⁸. En este caso al Agente Fiscal que participa en el caso solicitó la desestimación y terminación del proceso argumentando, entre otras, que Ferrovías no tenía legitimidad para iniciar una acción penal por cuenta de que el Presidente de la República había declarado lesivo los Contratos 143 y 158⁴⁹. Sin embargo, el juez que conoce el caso desestimó los argumentos del Agente Fiscal y rechazó su petición en dos oportunidades. El Juez Penal señaló que el contrato que había sido declarado lesivo había sido el relacionado con el equipo (Contratos 143 y 158) y que el contrato relevante al proceso penal era el de usufructo de derecho de vía (Contrato 402)⁵⁰, reconociendo que tal declaración no tenía incidencia en los derechos y legitimación de Ferrovías para promover la acción penal.

Sección V.

Del proceso administrativo observado para la Declaración de Lesividad de los Contratos 143 y 158

65. Con fecha 13 de enero del 2.006 el **Interventor** de FEGUA, en su carácter de autoridad administrativa específica, solicitó al Presidente de la República de Guatemala que se procediera con el trámite de ley para obtener, por medio de Acuerdo Gubernativo del Presidente, en Consejo de Ministros, la Declaración de Lesividad de los Contratos 143 y 158, en virtud de que dichos contratos lesionan los intereses del Estado de Guatemala⁵¹.

66. La solicitud la formuló el Interventor de FEGUA con base en dictámenes emitidos por la Procuraduría General de la Nación (números 205-2005 del 1º de agosto del 2.005 y 749-2005 del 12 de septiembre del 2.005)⁵² y de la Asesoría Jurídica de FEGUA (número 05-2006 del 13 de enero de 2.006)⁵³.

67. El 26 de abril de 2.006 la Secretaria General de la Presidencia de la República emitió dictamen (número 236-2006), por el que recomendó al Presidente de la República la declaratoria de lesividad de los Contratos 143 y 158⁵⁴

⁴⁸ Decisión del 13 de mayo de 2008 del Juzgado de Primera Instancia Penal de Amatitlán, expediente MP3438-2003 (R-200).

⁴⁹ C-51.

⁵⁰ Decisión del 13 de mayo de 2008 del Juzgado de Primera Instancia Penal de Amatitlán, expediente MP3438-2003 (R-200).

⁵¹ R-21.

⁵² R-15, R-17.

⁵³ R-20.

⁵⁴ R-25.

68. El dictamen lo emitió el Secretario General de la Presidencia, luego de haber tomando en cuenta las opiniones contenidas en las consultas técnicas y legales de los órganos de asesoría de la Presidencia, consistentes en: (a) Dictámenes de la Procuraduría General de la Nación, números 205-2005 del 1º de agosto del 2.005 y 749-2005 del 12 de septiembre del 2.005⁵⁵; (b) de la Asesoría Jurídica de FEGUA número 05-2006 del 13 de enero de 2.006⁵⁶; y (c) Dictamen conjunto número 181-2006 AJ del Ministerio de Finanzas Públicas del 3 de abril de 2.006⁵⁷; todos los dictámenes coincidieron en que los Contratos 143 y 158 lesionaban los intereses del Estado de Guatemala por confrontar y vulnerar leyes del ordenamiento jurídico guatemalteco.

69. El Presidente de la República de Guatemala, actuando en Consejo de Ministros, con fecha 11 de agosto del 2.006 emitió el Acuerdo Gubernativo número cuatrocientos treinta y tres guión dos mil seis (433-2006) por virtud del cual **declaró lesivo** a los intereses del Estado, los Contratos 143 y 158 e *instruyó, a la vez, al Procurador General de la Nación para que iniciara la demanda respectiva por el Proceso de lo Contencioso-Administrativo*⁵⁸.

70. El Acuerdo Gubernativo que declaró la lesividad de los Contratos 143 y 158 fue publicado en el Diario de Centroamérica el día 25 de agosto del 2.006.

71. En el proceso para la Declaración de Lesividad de los Contratos 143 y 158, que concluyó con la emisión y publicación del Acuerdo Gubernativo número 433-2006⁵⁹, se cumplió con las disposiciones legales que, para el efecto comprenden la Constitución Política de la República de Guatemala, la Ley del Organismo Ejecutivo, la Ley de lo Contencioso-Administrativo y el Decreto 1.816 del Congreso de la República, por lo que en el mismo se cumplió el principio de legalidad y certeza jurídica que reconoce y garantiza la Constitución Política de la República de Guatemala.

72. El Presidente de la República **estaba obligado** a emitir, en Consejo de Ministros, la Declaración de Lesividad de los Contratos 143 y 158 ya que, de no hacerlo, existiendo motivos fundados para ello, hubiera incurrido en **responsabilidad personal y solidaria**⁶⁰; ninguna declaración de lesividad puede emitirse en forma discrecional, lo que incluye la declaración de lesividad de los Contratos 143 y 158.

⁵⁵ R-15, R-17.

⁵⁶ R-20.

⁵⁷ R-24.

⁵⁸ R-35.

⁵⁹ R-35.

⁶⁰ Artículos 153 y 154 de la Constitución (RL-70) y 16 de la Ley del Organismo Ejecutivo (RL-50).

73. El proceso interno de gobierno por el que se emitió la Declaración de Lesividad de los Contratos 143 y 158 **cumplió con todos los requisitos que establece la Constitución y Leyes de la República**; Ferrovías tenía el derecho de cuestionar la inconstitucionalidad del proceso de lesión y, en efecto, lo hizo, pero la Corte denegó su petición en sentencia del 11 de enero del 2008, recaída en expediente número 2498-2006⁶¹.

74. La sentencia del 11 de enero del 2008 que dictó la Honorable Corte de Constitucionalidad puso fin al Amparo, en única instancia, que Ferrovías planteó en contra del Presidente de la República, como consecuencia de haber declarado lesivo para los intereses del Estado de Guatemala los Contratos 143 y 158; en dicho amparo Ferrovías señaló que el proceso de lesividad le había producido las siguientes violaciones⁶²:

- a. Al principio de sujeción irrestricta a la ley en el ejercicio del poder público y a la autonomía de un ente descentralizado y autónomo;
- b. Al derecho a la seguridad jurídica; y
- c. Al principio del debido proceso.

75. La Corte de Constitucionalidad, en la sentencia del 11 de enero del 2008, al declarar sin lugar el amparo planteado por Ferrovías indicó que el amparo era improcedente porque no se había agotado el **“Proceso de lo Contencioso-Administrativo”**, por medio del cual se obtendría un eventual pronunciamiento sobre la legalidad o ilegalidad de aquel contrato (los Contratos 143 y 158), oportunidad en la que Ferrovías podría exponer los argumentos y fundamentos en que ha pretendido justificar la procedencia de sus pretensiones. Con relación a las violaciones denunciadas indicó: **“...La sola declaratoria de lesividad que se denuncia como acto reclamado, por sí sola no causaría los supuestos agravios señalados, correspondiendo al Tribunal de lo Contencioso Administrativo pronunciarse al respecto.”**⁶³

76. La Corte de Constitucionalidad no ha declarado inconstitucional el proceso para la declaración de la lesividad, en general, ni, en particular, el que se siguió en el caso de la declaración de lesividad de los Contratos 143 y 158.

77. En consecuencia no es cierto lo que afirma el Dr. Eduardo Mayora Alvarado, en sus respectivos informes⁶⁴, respecto a que por virtud de dicho proceso se violaron a Ferrovías los derechos de certeza jurídica y debido proceso, la que, si consideraba que dicha violación ocurría, tenía el derecho constitucional de demandar la inconstitucionalidad de dicho proceso, lo cual no hizo, toda vez que no se violó ningún derecho de defensa del administrado, ya que se le ha respetado

⁶¹ RL-71.

⁶² RL-71.

⁶³ Ver el Considerando III (RL-71).

⁶⁴ Apartados 5, 8 y 9 del Primer Informe Pericial de E. Mayora y apartados 2.4, 2.5 del Segundo Informe Pericial de E. Mayora.

su derecho de ser escuchado en el proceso judicial que el Estado plantó ante el organismo judicial⁶⁵.

Sección VI.

Análisis jurídico independiente respecto de la validez o invalidez de los Contratos 143 y 158

78. Los Contratos 143 y 158, cuya lesividad declaró el Presidente de la República, en Consejo de Ministros, se refieren a la **disposición**, por medio de contrato de usufructo, de bienes muebles (equipo ferroviario) propiedad de FEGUA.

79. De conformidad con lo que dispone el artículo 1º del Decreto 60-72 del Congreso de la República, FEGUA es una entidad estatal, descentralizada autónoma, con personalidad jurídica, patrimonio propio y plena capacidad para adquirir y contraer obligaciones; FEGUA se rige por las disposiciones legales contenidas en el Decreto 60-72 del Congreso de la República, **Ley Orgánica de la Empresa Ferrocarriles de Guatemala**.

80. De acuerdo con el artículo 3º de la Ley Orgánica de FEGUA, tal entidad tiene por objeto: **“la prestación del servicio público de transporte ferroviario, servicios auxiliares, muellaje y demás operaciones portuarias a su cargo”**.

81. He destacado, en negrita, el **objeto** que la Ley Orgánica de FEGUA comprende para FEGUA, en el ya citado artículo 3º, para sostener las siguientes proposiciones que son fundamentales para el análisis de la validez o invalidez de los Contratos 143 y 158:

- a. Que las funciones y facultades que pueden llevar a cabo las autoridades de FEGUA, conforme su ley orgánica, **se limitan** a aquellas que se refieren al **objeto** que la Ley Orgánica de su creación le señaló expresamente a FEGUA; esto es, las de **prestación del servicio público de transporte ferroviario, servicios auxiliares, muellaje y demás operaciones portuarias**;
- b. Que, **en el objeto** que la Ley Orgánica le define a FEGUA **no se incluye la disposición**, por cualquier título, de los bienes, muebles o inmuebles, que forman parte de su patrimonio.

82. En cuanto a las facultades de las autoridades de FEGUA (Junta Directiva y Gerencia), las mismas están expresamente definidas en los artículos 19 y 26 de la Ley Orgánica de FEGUA. En ninguna de dichas disposiciones se faculta a dichas autoridades (Junta Directiva y Gerencia) para poder **enajenar o negociar, con terceras personas, el dominio o la posesión y el uso, mediante concesión o**

⁶⁵ El Estado de Guatemala inició demanda judicial en contra de Ferrovías en memorial de fecha 24 de noviembre del 2.006.

licencia, de los bienes, muebles o inmuebles, que constituyen el patrimonio de FEGUA.

83. En efecto, en cuanto a la Junta Directiva de FEGUA, se indica que sus atribuciones comprenden las de dirigir la política superior de la empresa y dictar las disposiciones necesarias *para la realización eficaz de los fines* de la empresa⁶⁶. Los fines de FEGUA, conforme su objeto y lo que se dijo, consisten en la prestación del servicio público de transporte ferroviario y los servicios auxiliares y específicos que se indican en el artículo 3º de su Ley Orgánica. **Ninguna de las atribuciones** que La Ley Orgánica de FEGUA le asigna a su Junta Directiva, conforme el artículo 19 de la referida ley, **faculta o autoriza a los miembros de la Junta Directiva de FEGUA a disponer**, bajo cualquier título, **de los bienes muebles o inmuebles de la empresa**.

84. En cuanto a las Facultades de la Gerencia, el artículo 21 de la Ley Orgánica de FEGUA dispone que la Gerencia es el *órgano ejecutivo* de FEGUA y en consecuencia tiene a su cargo la administración y gobierno de FEGUA de acuerdo con sus disposiciones legales; ello significa que su función ejecutiva se limita al cumplimiento de los fines que la ley definió en el artículo 3º que ya se comentó, y que se refieren a la prestación del servicio de transporte público ferroviario, servicios auxiliares, de muellaje y portuarias. Así mismo, en el artículo 26 de la Ley Orgánica de FEGUA se definen, expresamente, las atribuciones de la Gerencia de FEGUA y **en ninguna de sus disposiciones se faculta a dicha Gerencia para que pueda disponer, en cualquier forma, de los bienes inmuebles y muebles de FEGUA**.

85. Como consecuencia de la Intervención de FEGUA, acordada por Acuerdo Gubernativo número 100-82 de fecha 1º de julio de 1.982, ratificada por Decreto Ley número 162-83, y derogados ambos por el Decreto Ley número 91-84, las funciones de la Junta Directiva y de la Gerencia de FEGUA se asignaron al **Interventor** que sería nombrado por la Jefatura de Estado.

86. De conformidad con lo dispuesto en los artículos 4º y 5º del Decreto Ley 91-84 de la Jefatura de Estado, se dispuso que la Intervención de FEGUA, establecida en el Acuerdo Gubernativo 100-82 y ratificado por el Decreto Ley 162-83, continuaría a cargo del Interventor, cuyas funciones y atribuciones, conforme la Ley Orgánica de la Empresa, *serían las mismas que le corresponden a la Junta Directiva, al Gerente, o cualquier otro funcionario ejecutivo que hubiere*;

87. Bajo lo que queda dicho, es indudable que el Interventor de FEGUA reunió en sí las funciones y atribuciones de la Junta Directiva y la Gerencia de FEGUA, conforme su Ley Orgánica; sin embargo, no podía asumir otras funciones o atribuciones que las de dicha Junta Directiva o Gerencia; por lo tanto, **el Interventor, al igual que la Junta Directiva o Gerencia de FEGUA, no tenía la facultad o autoridad de disponer, por si solo, de los bienes inmuebles o**

⁶⁶ Literal a) del artículo 19 de la Ley Orgánica de la Empresa de Ferrocarriles de Guatemala (RL-43).

muebles de FEGUA, por no ser parte del objeto que la ley le asignó a dicha entidad.

88. De conformidad con lo que dispone el artículo 27 de la Ley Orgánica de FEGUA, el patrimonio de FEGUA está constituido por: (a) todos los bienes muebles e inmuebles, derechos y acciones que le pertenecen conforme las disposiciones del Decreto Número 22-69 del Congreso de la República; (b) los demás bienes que el Estado le transfiera para el desarrollo de sus actividades y los que la propia empresa adquiera para ese fin; y (c) los ingresos y utilidades que perciba por la prestación de sus servicios.

89. Aunque los bienes muebles e inmuebles a que se refiere el inciso a) del artículo 27 de la Ley Orgánica de FEGUA constituyen parte de su patrimonio, ello no significa que FEGUA pueda disponer libremente de tales bienes muebles o inmuebles, pues los mismos, como patrimonio de FEGUA, están destinados para el cumplimiento de sus fines que, como ya se dijo, consisten en la prestación del servicio de transporte público ferroviario.

90. En concordancia con lo que queda dicho, la literal c) del artículo 121 de la Constitución Política de la República dispone que **son bienes del Estado**, los que constituyen **el patrimonio** del Estado, incluyendo los del municipio y **entidades descentralizadas o autónomas, como lo es FEGUA**.

91. En consecuencia, queda claramente demostrado que:

- a. El **Interventor** de FEGUA (que reúne las funciones y atribuciones de la Junta Directiva y Gerencia de la empresa) **no tiene facultades para enajenar o negociar, con terceras personas, el dominio o la posesión y el uso, mediante concesión o licencia, de los bienes muebles o inmuebles que forman parte del patrimonio de FEGUA**, porque las autoridades que representa, conforme la Ley Orgánica de FEGUA (esto es, la Junta Directiva y la Gerencia), no tienen esas facultades. Es decir, nunca se delegó estas facultades. La disposición y el uso de los bienes de FEGUA quedan reservados para su propio uso y para los fines que le están asignados en la ley.
- b. Por tratarse de **bienes ajenos, que son propios del Estado** de Guatemala (artículo 121 inciso c) de la Constitución Política de la República de Guatemala), **el Interventor de FEGUA necesitaba autorización** especial del Estado de Guatemala para disponer de los mismos, a cualquier título, conforme las leyes especiales de la materia.

92. El contrato de **usufructo oneroso** de los bienes muebles o inmuebles del patrimonio de FEGUA que cuenten con la autorización especial del Estado para su disposición **se gobierna por las leyes especiales** que se refieren al dominio y

disposición de los bienes del Estado y, de manera *supletoria*, por las disposiciones del Código Civil⁶⁷.

93. Las leyes especiales que gobiernan lo relativo a los bienes que son propiedad del Estado de Guatemala son: (a) La Constitución Política de la República de Guatemala; (b) El Código Fiscal, contenido en Decreto 261 del Presidente Justo Rufino Barrios; (c) La Ley de Contrataciones del Estado y (d) La Ley Orgánica de FEGUA.

94. La ley supletoria, en el caso del contrato de usufructo oneroso, contenido en los Contratos 143 y 158, sería el Código Civil.

95. Si, y solo si, el Estado de Guatemala hubiera otorgado autorización especial para la disposición de los bienes que le pertenecen, en el caso de los bienes muebles que constituyen el patrimonio de FEGUA (lo que no ocurrió en el caso de los Contratos 143 y 158); y sí y solo si, se hubiera cumplido con los requerimientos a que se refieren las leyes especiales que se aplican para la disposición de los bienes que le pertenecen al Estado de Guatemala (lo que tampoco ocurrió en el caso de los Contratos 143 y 158), entonces el **Interventor** de FEGUA hubiera podido suscribir el contrato de usufructo oneroso con Ferrovías.

96. Asumiendo que el contrato de usufructo oneroso que suscribió el Interventor de FEGUA (los Contratos 143 y 158) hubiesen contado con la **autorización especial** del Estado de Guatemala y se hubiera cumplido con los **requerimientos de las leyes especiales**⁶⁸, dicho contrato jamás puede considerarse que es de naturaleza privada y que se gobierna por las disposiciones del Código Civil, toda vez que la aplicación de estas disposiciones, conforme lo indica el artículo 462 del Código Civil, son de carácter subsidiario. En efecto, el artículo 462 del Código Civil reza así: “Los bienes que constituyen el patrimonio del Estado, de los municipios y de las entidades estatales descentralizadas están sujetos a las leyes especiales y *subsidiariamente* a lo dispuesto en este Código.”

97. En consecuencia, los Contratos 143 y 158, que se regulan subsidiariamente por el Código Civil, tuvieron que ser aprobados, necesariamente, por el Presidente de la República, en Consejo de Ministros, porque tales Contratos se rigen por sus *leyes especiales*, en este caso, la Ley de lo Contencioso-Administrativo y las bases de licitación que emitió el Gobierno de la República, que obligaban la aprobación del contrato por medio de Acuerdo Gubernativo.

98. Congruente con lo que se ha indicado, el Gobierno de la República de Guatemala, en el mes de noviembre de 1.997 promovió el proceso de **licitación pública** para la recepción de ofertas para la negociación y formalización de un contrato de **usufructo oneroso** para el uso del **equipo ferroviario** (bienes

⁶⁷ El artículo 462 del Código Civil dispone que: “*Los bienes que constituyen el patrimonio del Estado, de los municipios y de las entidades descentralizadas, están sujetos a las leyes especiales y subsidiariamente a lo dispuesto en este Código*” (RL-42, RL-68).

⁶⁸ Constitución Política, Código Fiscal y Ley de Contrataciones del Estado.

muebles) que forman parte del patrimonio de FEGUA y que son propiedad del Estado de Guatemala.

99. El proceso para la negociación del uso (usufructo oneroso) de los bienes muebles que constituyen parte del patrimonio de FEGUA y que son propiedad del Estado de Guatemala, se inició a través de una licitación pública, porque, como se indicó anteriormente, cualquier disposición o negociación que se refiera a bienes del Estado debe regirse, entre otras leyes especiales, por la Ley de Contrataciones del Estado.

100. En las *Bases para la Licitación Pública del Usufructo Oneroso de los Equipos Ferroviarios*⁶⁹, concretamente en la numeral 1.2 de las mismas, se definió el **marco jurídico** de la negociación, y claramente se indicó que dicho marco jurídico está constituido por: **la Constitución Política de la República de Guatemala, la Ley de Contrataciones del Estado, el Código Civil, la Ley Orgánica de FEGUA y el decreto ley 91-84 que se refiere a la Intervención de FEGUA.**

101. El marco jurídico de la licitación es congruente con lo que se ha indicado, toda vez que **no se trata de una negociación de bienes bajo el derecho privado**, sino que se trata de la negociación que afecta bienes del Estado y que, conforme la Constitución Política de la República de Guatemala y la Ley de Contrataciones del Estado, entre otras disposiciones, **requieren la autorización del Estado** de Guatemala como el propietario de los bienes muebles sobre los cuáles se constituiría el usufructo oneroso.

102. En las mismas Bases de la Licitación Pública que se comentan, concretamente en el numeral 6.4 de las mismas, se dispuso que el contrato celebrado (esto es, el contrato de usufructo oneroso) será aprobado mediante Acuerdo Gubernativo, que deberá ser publicado en el Diario Oficial. Ello implica, de conformidad con lo que dispone el artículo 16 de la Ley del Organismo Ejecutivo, que la negociación **quedó sujeta**, para su validez, a su aprobación por el Presidente de la República en Consejo de Ministros.

103. La negociación, como consecuencia del proceso de licitación pública, fue adjudicada a la entidad Ferrovías y, como consecuencia del proceso de negociación, se formalizó el contrato de usufructo oneroso, contenido en escritura pública número 41 del 23 de marzo de 1.999, ante los oficios del notario Marco Antonio Cornejo Marroquín.

104. En la escritura pública 41, que contiene el contrato de usufructo oneroso, se indicó que la negociación se formalizaba, entre otros antecedentes, con base en las Bases de Licitación que para dicho negocio emitió el Gobierno de Guatemala en el mes de noviembre de 1.997; expresamente se pactó, en la cláusula décima segunda (12) de la escritura pública número 41, lo siguiente: **“Forman parte del presente contrato y quedan incorporadas a él: A) El documento que contiene las bases**

⁶⁹ C-17.

de licitación y en general todos los documentos que forman parte de la “Licitación Pública para el uso del equipo ferroviario propiedad de FEGUA”;

105. Además, en el Contrato 41 (contrato de usufructo oneroso de equipo ferroviario), se indicó en su Cláusula Sexta, que “El plazo del contrato es de CINCUENTA AÑOS (50) los que empezarán a correr treinta días después de la publicación el Diario Oficial de Guatemala, del Acuerdo Gubernativo, mediante el cual se apruebe este contrato.”

106. Como consecuencia de la incorporación al contrato de usufructo oneroso de las Bases de Licitación, las que forman parte del mismo, y del texto de la Cláusula Sexta del Contrato 41, es indudable que dicha negociación **tenía que ser aprobada por Acuerdo Gubernativo**, tal como lo exigía la numeral 6.4 de las referidas bases de licitación y la Cláusula Sexta del Contrato 41.

107. El Contrato 41, aunque fue aprobado por el Interventor de FEGUA, **jamás fue aprobado**, mediante Acuerdo Gubernativo, por el Presidente de la República, en Consejo de Ministros, por lo que el mismo, jurídicamente, jamás adquirió validez jurídica.

108. Ferrovías sin la autorización del Presidente de la República de Guatemala, en Consejo de Ministros, entró en posesión y uso de los bienes muebles del patrimonio de FEGUA, propiedad del Estado, sin contar con un contrato válido, lo cual era de su conocimiento.

109. Ferrovías reconoció que el Contrato 41 de usufructo oneroso no entró en vigor, al no haber contado con la aprobación del Presidente de la República de Guatemala, en Consejo de Ministros, no obstante lo cual, de manera ilegal, hizo uso de los bienes muebles del patrimonio de FEGUA, propiedad del Estado de Guatemala.

110. Para tratar de encubrir la ilegalidad, en cuanto al uso de bienes del patrimonio de FEGUA, propiedad del Estado, sin la autorización del Presidente de la República, en Consejo de Ministros, Ferrovías y el entonces interventor de FEGUA, señor Hugo Rene Sarceño Orellana, formalizaron el contrato 143, por el que, nuevamente, y sin que mediaran nuevas bases de licitación, se otorgó a Ferrovías el usufructo oneroso de los bienes muebles del patrimonio de FEGUA, propiedad del Estado de Guatemala, que se habían otorgado en Contrato 41, que jamás entró en vigor.

111. En el Contrato 143 Ferrovías reconoció que el Contrato 41 no había entrado en vigor, en virtud de que el mismo no había sido aprobado por el Presidente de la República, en Consejo de Ministros. En efecto, en la *cláusula primera* del Contrato 143, que se refiere a los antecedentes del mismo, las partes, en las numerales IV y V de la referida cláusula primera, declararon: “IV. *Que mediante escritura pública número cuarenta y uno (41), autorizada en esta ciudad, el veintitrés de marzo de mil novecientos noventa y nueve, por el Notario Marco Antonio Cornejo Marroquín, se celebró CONTRATO DE USUFRUCTO ONEROSO DEL EQUIPO FERROVIARIO PROPIEDAD DE FERROCARRILES DE GUATEMALA entre la empresa Ferrocarriles de*

Guatemala y la entidad Compañía Desarrolladora Ferroviaria, Sociedad Anónima. V. Dicho contrato si bien fue suscrito por las partes del mismo, es decir Compañía Desarrolladora Ferroviaria, Sociedad Anónima y Ferrocarriles de Guatemala, y por lo tanto tuvo plena validez, no llegó a entrar en vigencia, en virtud de no haber sido aprobado por el Presidente de la República, no obstante ser un requisito innecesario pues el Interventor de Ferrocarriles de Guatemala tiene las facultades necesarias para la suscripción de este contrato.”;

112. Queda claro que Ferrovías *sabía* que **el Contrato 41** no había sido aprobado por el Presidente de la República y *sabía* también que el mismo **no entró en vigor**, al haberlo reconocido expresamente; no obstante lo cual, de manera ilegal, tomó posesión e hizo uso de los equipos, bienes muebles, del patrimonio de FEGUA, propiedad del Estado de Guatemala;

113. Para tratar de encubrir esa ilegalidad, las partes del contrato, esto es, la entidad Ferrovías y el Interventor de FEGUA, señor Hugo Rene Sarceño Orellana, hicieron, en los numerales citados, las siguientes declaraciones: a) Que el contrato, aunque no entró en vigor, “*tuvo plena validez*”; y b) Que el contrato, aunque no fue aprobado por el Presidente de la República se trataba de “*...un requisito innecesario pues el Interventor de Ferrocarriles de Guatemala tiene las facultades necesarias para la suscripción de este contrato.*”

114. Las “declaraciones” que formularon Ferrovías y el Interventor de FEGUA son, simplemente, declaraciones de las partes que:

- a. No tienen fundamento en la ley; y
- b. Están en contradicción con las Bases de Licitación que formaron parte del Contrato 41 en las que, expresamente, se requería la autorización del Presidente de la República⁷⁰.

115. Como fundamento para la negociación de los Contratos 143 y 158 Ferrovías utilizó las mismas Bases que para la licitación pública del contrato de usufructo oneroso emitió el Gobierno de la República de Guatemala en el mes de noviembre de 1.997.

116. **El uso de las mismas bases** para un contrato de usufructo que ya había sido negociado con anterioridad, **es totalmente ilegal**, pues sus términos y condiciones **caducaron** con la negociación del contrato (en este caso, el Contrato 41), para la cual se emitieron dichas bases. De conformidad con la ley de Contrataciones del Estado y por la propiedad y naturaleza de los bienes, para la negociación de un nuevo contrato de usufructo, en el que se cambiaron condiciones fundamentales del contrato negociado con anterioridad, se requería de una nueva licitación pública en la que se fijaran nuevas bases de licitación⁷¹. Las partes de los Contratos 143 y 158, sin embargo, utilizaron las Bases de

⁷⁰ Ver numeral 6.4 de las Bases de Licitación que forman parte del contrato 41 (C-17).

⁷¹ Artículos 121 de la Constitución (RL-70), 17 y 18 de la Ley de Contrataciones del Estado (RL-46).

Licitación ya caducas, para otra negociación, en la que incluyeron pactos distintos a los contenidos en las referidas Bases de Licitación.

117. Las bases que elaboró el Gobierno de la República, en el mes de febrero de 1.997, para la Licitación Pública Nacional e Internacional para el Usufructo Oneroso del Transporte Ferroviario en Guatemala, **no autorizaron ni otorgaron ninguna opción** a Ferrovías para el uso de los equipos de FEGUA, toda vez que la referida licitación se refería únicamente al usufructo oneroso del transporte ferroviario y, en cuanto a los equipos, la intención del Estado de Guatemala era la de enajenarlos, **por medio de subasta**, según consta expresamente en la numeral 4.1.6 de las bases del mes de febrero de 1.997, que literalmente rezan⁷²: *“4.1.6 DEL EQUIPO FERROVIARIO. Los oferentes podrán inspeccionar el equipo 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.”*

118. Queda claro, entonces, que Ferrovías no adquirió ningún derecho al uso, ni siquiera opción alguna para el uso, de tales equipos, con base en el contrato de usufructo oneroso del transporte ferroviario en Guatemala, que se le adjudicó al amparo de las bases del mes de febrero de 1.997.

119. El Estado de Guatemala no puede obligarse ni aceptar **“implícitamente”** ninguna obligación; tampoco puede, el Estado de Guatemala, otorgar derechos o concesiones en forma implícita, porque toda obligación que exceda de trescientos quetzales debe constar por escrito⁷³; el hecho que el Estado de Guatemala haya aceptado la oferta que le hizo Ferrovías para la prestación del servicio de transporte ferroviario en Guatemala, conforme la licitación pública del mes de febrero de 1.997, en nada modificó las bases de licitación del mes de febrero de 1.997 que, como se dijo, regularon un propósito de enajenación de los equipos ferroviarios por medio de subasta pública.

120. El hecho de que Ferrovías hubiera presentado condiciones distintas a las contenidas en las Bases de Licitación, en nada modifica la naturaleza, el contenido y extensión de las bases, las cuales fueron incorporadas como parte integrante del Contrato 402⁷⁴, así como en los Contratos 41, 143 y 158, como se indicó con anterioridad.

121. El contrato de usufructo oneroso del transporte ferroviario, el Contrato 402, jamás otorgó derecho, opción o relación alguna con relación al uso del equipo ferroviario de FEGUA. La declaración de lesividad de los Contratos 143 y 158 no conllevó ninguna pérdida de los derechos adquiridos por Ferrovías bajo el Contrato 402, ni le impedía cumplir con sus obligaciones adquiridas bajo el Contrato 402.

⁷² R-1.

⁷³ Artículo 1575 del Código Civil (RL-42, RL-68).

⁷⁴ Cláusula Décimo Quinta.

122. Ninguna condición ofrecida por Ferrovías en el concurso de licitación pública para el uso oneroso del derecho de transporte, varió o modificó las BASES del concurso, ni los términos del Contrato 402. De conformidad con lo que dispone el artículo 1.593 del Código Civil, la intención y los términos de un contrato se interpretarán en conformidad con el tenor **literal** de los contratos.

123. En virtud de que el Estado de Guatemala no puede obligarse “implícitamente”, cualquier derecho que pretenda Ferrovías con relación al uso u opción al uso, o con relación a la variación de condiciones o estipulaciones de los derechos adquiridos y/o su cumplimiento, deben constar por escrito, en los respectivos contratos, y la intención de las partes serán aquellas que literalmente consten en los respectivos **contratos**⁷⁵.

124. Cualquier afirmación o presunción de asunción o adquisición de derechos u obligaciones, basados en una oferta, particularmente en la oferta presentada por Ferrovías no se considera aceptada ni obliga al Estado de Guatemala si no está expresamente regulada en una ley o en los contratos respectivos. Al respecto el artículo 1.594 del Código Civil, que se refiere a la “**interpretación de los contratos**”, indica: *“Por muy generales que sean los términos en que aparezca redactado un contrato, no deberán entenderse comprendidos, en él, cosas distintas y casos diferentes de aquellos sobre los que los interesados se propusieron contratar”*.

125. En el Contrato 402 y en las bases de licitación, que forman parte de dicho contrato, consta, claramente, el propósito de la negociación; nada que esté fuera de ello puede considerarse como parte del mismo o como parte relacionada a otros contratos, menos aún, en el caso de los Contratos 41, 143 y 158.

126. Singularmente, al hacer uso ilegalmente de las mismas Bases de Licitación del Contrato 41 para el contrato 143 y 158, nuevamente se incumplió con dichas Bases, ya que los Contratos 143 y 158 jamás se aprobaron por el Presidente de la República, en Consejo de Ministros, tal como lo exige la numeral 6.4 que dispone que el documento de negociación del usufructo tiene que ser aprobado por Acuerdo Gubernativo emitido por el Presidente de la República, en Consejo de Ministros. Los Contratos 143 y 158, como se dijo, jamás fueron aprobados por Acuerdo Gubernativo.

127. De conformidad con lo que dispone el artículo 1.301 del Código Civil, hay nulidad absoluta en un negocio jurídico cuando su objeto sea contrario al orden público o contrario a leyes prohibitivas expresas, y por la ausencia y no concurrencia de los requisitos esenciales para su validez.

128. Los Contratos 143 y 158 son absolutamente nulos porque se emitieron en contra de ley prohibitiva expresa, y sin que se cumpliera con los requisitos esenciales para su validez, tal como se indica en las numerales precedentes.

⁷⁵ Artículos 1517-1519-1574-1593-1594 del Código Civil (RL-42, RL-68).

129. No obstante la nulidad absoluta de los contratos 143 y 158, el Ejecutivo no puede declarar unilateralmente la nulidad y tomar posesión del equipo ferroviario toda vez que, de conformidad con los principios de certeza jurídica y debido proceso judicial, el Estado de Guatemala tiene que promover una demanda judicial, ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, para que dicho tribunal declare y reconozca la nulidad absoluta del contrato y recuperar la posesión de los equipos, para lo cual, como se ha indicado, la Administración tuvo que obtener, previamente a la demanda, la declaración de lesividad de los contratos 143 y 158.

130. Las partes de los Contratos 143 y 158 tienen responsabilidad personal, derivadas de la formalización y ejecución de los Contratos 143 y 158⁷⁶.

131. Hay errores e inconsistencias manifiestas en los informes que rindió el Dr. Eduardo Mayora Alvarado, toda vez que no es cierto que los Contratos 143 y 158 se hayan formalizado con apego a las normas jurídicas que le son aplicables⁷⁷; no se trata de contratos de naturaleza civil, ya que por tratarse del uso de bienes propiedad del Estado, que están en el patrimonio de FEGUA, se requería, imperativamente, conforme la Ley de Contrataciones del Estado, de un nuevo proceso de licitación, máxime que en los Contratos 143 y 158 se cambiaron varias de las condiciones negociadas en el Contrato 41⁷⁸. El interventor de FEGUA no tenía facultades legales para negociar los Contratos 143 y 158, en los términos que lo hizo, y, aún al amparo de las bases de licitación en que se fundó la negociación de los Contratos 143 y 158, tales contratos debieron someterse a la aprobación del Presidente, en Consejo de Ministros, lo que, en adición a las otras lesiones a los intereses del Estado señalados en los dictámenes que apoyan la lesividad de los Contratos 143 y 158, sustenta ampliamente la Declaración de Lesividad que imperiosamente tuvo que emitir el Presidente de la República, para no incurrir en responsabilidad.

Sección VII.

Nulidad Absoluta de los negocios jurídicos contrarios a la ley y la teoría de los actos propios

132. De conformidad con lo que dispone el artículo 1.301 del Código Civil, hay **nulidad absoluta** en un negocio jurídico cuando su objeto sea contrario al orden público o su objeto sea contrario a leyes prohibitivas expresas, y por la ausencia o no concurrencia de los requisitos legales para su existencia. Los negocios que adolecen de nulidad absoluta no producen efecto ni pueden ser revalidados por confirmación.

⁷⁶ Artículos 155 de la Constitución Política de la República (RL-70); 1645-1646-1647-1664-del Código Civil (RL-42, RL-68).

⁷⁷ Apartado 3.4. del Segundo Informe Pericial de E. Mayora.

⁷⁸ Apartado 3.5 del Segundo Informe Pericial de E. Mayora.

133. Ninguna de las cartas que respectivamente se dirigieron Ferrovías y el Interventor de FEGUA de ese momento,⁷⁹ originan derechos u obligaciones legalmente válidas entre Ferrovías, FEGUA y el Estado de Guatemala; por el contrario, se trata de declaraciones y negociaciones **absolutamente nulas**, que no producen efecto alguno en virtud de que están en contra de leyes prohibitivas expresas del ordenamiento jurídico guatemalteco⁸⁰.

134. El interventor de FEGUA carecía de facultades legales para la disposición, a favor de terceros, de los bienes del patrimonio de FEGUA, propiedad del Estado de Guatemala. Las referidas cartas violan las normas del ordenamiento jurídico que obligan a promover LICITACIÓN PÚBLICA cuando se otorgue a terceros el uso y aprovechamiento de bienes del Estado⁸¹.

135. Los contratos de arrendamiento contenidos en las escrituras pública números 3 y 5 del 13 de agosto del 2.003, ante los oficios del notario Javier Antonio Sandoval Ruiz⁸², **son nulos, en forma absoluta**, porque al igual que las cartas que cruzaron entre sí las partes de dicho contrato, se refieren a negociaciones entre Ferrovías y el Interventor de FEGUA de ese momento, el Sr. Sarceño, las cuales contradicen leyes expresas del ordenamiento jurídico guatemalteco, que obligaban a las partes de los contratos de arrendamiento de bienes muebles propiedad del Estado de Guatemala que están en el patrimonio de FEGUA, a obtener la autorización del Presidente de la República, por Acuerdo Gubernativo, previo el proceso de licitación que regula la Ley de Contrataciones del Estado.

136. La entidad Ferrovías reconoció que el Contrato 41 no estuvo en vigor; que el Contrato 41 no fue aprobado por el Presidente de la República mediante Acuerdo Gubernativo; reconoció que las bases de noviembre de 1.997, que obligaban a la aprobación del contrato por el Presidente de la República, regía para los Contratos 143 y 158, de manera que dicha entidad conoció y sabía que los contratos 41, 143 y 158, infringían leyes expresas del ordenamiento jurídico, lo que quiso superar con las cartas y contratos de arrendamiento que, como se dijo, son absolutamente nulos.

137. Las cartas que respectivamente se cruzaron Ferrovías y el Interventor de FEGUA, así como los contratos de arrendamientos 3 y 5, que constituyen acciones ilegales del Interventor de FEGUA, además de que contienen declaraciones y acuerdos absolutamente nulos, que no producen efectos jurídicos, evidencian,

⁷⁹ Las cartas de fechas 9 y 12 de abril de 1.999 (R-196, R-197); 16 y 25 de febrero del 2.000 (R-41, R-195) y 22 de agosto y 9 de octubre del 2.002 (R-198, R-42).

⁸⁰ Artículos 121 de la Constitución Política de la República de Guatemala (RL-70); 1^o-17-18-19-20-21-22-23-33 de la Ley de Contrataciones del Estado (RL-46); 3^o-7^o-19-21-26 de la Ley Orgánica de FEGUA (RL-43); 5^o del Decreto Ley 91-84 (RL-44).

⁸¹ Artículos 121 de la Constitución Política de la República de Guatemala (RL-70); 1^o-17-18-19-20-21-22-23-33 de la Ley de Contrataciones del Estado (RL-46); 3^o-7^o-19-21-26 de la Ley Orgánica de FEGUA (RL-43); 5^o del Decreto Ley 91-84 (RL-44).

⁸² Contratos de arrendamientos contenidos en escrituras públicas número 3 y número 5, ambos del 13 de agosto de 2003 (R-199, R-66).

también, el carácter absolutamente nulo de los Contratos 143 y 158, cuya nulidad no subsanaron dichas cartas y contratos de arrendamiento.

138. En vista de que Ferrovías conocía que el Contrato 41 no había entrado en vigor, no hay duda que Ferrovías también estaba al tanto que las mencionadas cartas de autorización de uso del equipo cruzadas entre Ferrovías y FEGUA⁸³, así como los contratos de arrendamientos 3 y 5⁸⁴, eran nulos y contrarios a la Ley, puesto que tales actos intentaban suplir precisamente el mismo objeto del Contrato 41, que de nuevo, no estaba en vigor. Como quiera que Ferrovías tenía pleno conocimiento de la ilegalidad de las cartas y contratos de arrendamiento referidos, la teoría de los actos propios bajo el derecho Guatemalteco, no le permite a Ferrovías argumentar ahora que, en virtud de esas cartas y contratos de arrendamiento, los defectos de los Contratos 41, 143 y 158 fueron, de alguna manera, subsanados o corregidos. Es más, tales cartas y contratos no impiden, ni disminuyen el proceso de lesividad, ni la declaración de lesividad, contra los intereses del Estado, de los Contratos 143 y 158.

139. De acuerdo con el derecho Guatemalteco, a pesar de que FEGUA hubiera actuando de manera contraria al ordenamiento legal (*ultra vires*) al emitir las cartas de autorización de uso del equipo⁸⁵ y suscribir los contratos de arrendamientos 3 y 5⁸⁶, que según ya se indicó adolecen de nulidad, no significa de ninguna forma que el Ejecutivo está imposibilitado o limitado, según la doctrina de los actos propios o cualquier otra, de declarar la lesividad de los contratos 143 y 158 y presentar la demanda respectiva para que posteriormente el tribunal Contencioso- Administrativo, mediante una sentencia judicial, se pronuncie sobre la legalidad del contrato. De hecho, la declaratoria de lesividad de los actos y contratos de la Administración se basa precisamente en la potestad que le asiste a la Administración de, en primer lugar, declarar que un acto o contrato emitido o celebrado por ella misma es lesivo, para que, en segundo lugar, pueda demandar ante los tribunales de justicia, la declaratoria de nulidad absoluta de sus propios actos y contratos, cuando los mismos contradicen la Ley.

140. Así las cosas, de conformidad con la Doctrina de los Actos Propios que Lesionan los Intereses del Estado⁸⁷, causados en este caso por el Interventor de FEGUA y Ferrovías, la Administración tiene el derecho de declarar la lesividad de los Contratos 143 y 158 y luego demandar, ante la jurisdicción Contencioso-

⁸³ Las cartas de fechas 9 y 12 de abril de 1.999 (R-196, R-197); 16 y 25 de febrero del 2.000 (R-41, R-195) y 22 de agosto y 9 de octubre del 2.002 (R-198, R-42).

⁸⁴ Contratos de arrendamientos contenidos en escrituras públicas número 3 y número 5, ambos del 13 de agosto de 2003 (R-199, R-66).

⁸⁵ Las cartas de fechas 9 y 12 de abril de 1.999 (R-196, R-197); 16 y 25 de febrero del 2.000 (R-41, R-195) y 22 de agosto y 9 de octubre del 2.002 (R-198, R-42).

⁸⁶ Contratos de arrendamientos contenidos en escrituras públicas número 3 y número 5, ambos del 13 de agosto de 2003 (R-199, R-66).

⁸⁷ Las leyes del ordenamiento jurídico guatemalteco que soportan la doctrina de los Actos Propios que lesionan los Intereses del Estado, son el artículo 1.301 del Código Civil (RL-42, RL-68) y el artículo 20 de la Ley de lo Contencioso-Administrativo (RL-49).

Administrativa, para que se declare la de nulidad absoluta de tales contratos, dado que los mismos son contrarios al ordenamiento jurídico guatemalteco.

Sección VIII. Credenciales del Experto

141. Soy Abogado y Notario y Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, títulos que obtuve en la Universidad de San Carlos de Guatemala y miembro del Colegio de Abogados y Notarios, desde el año 1.981.

142. Como catedrático universitario he impartido clases, desde el año de 1.982 y hasta el año 2.000, en las Universidades de San Carlos de Guatemala, Universidad Francisco Marroquín y Universidad Mariano Gálvez en la República de Guatemala.

143. Las cátedras que he impartido han sido: (a) Derecho del Trabajo, Individual y Colectivo, en la Universidad de San Carlos de Guatemala, 1.982-1.986; (b) Derecho Bancario (Mercantil IV) en la Universidad Francisco Marroquín, 1.986-1.995; (c) Derecho Procesal Civil y Mercantil en la Universidad Francisco Marroquín, 1.995-2.000; (d) Derecho Bancario y Mercantil en la Maestría de Derecho Mercantil de la Universidad Mariano Gálvez, en los años 2.001-2.002.

144. Como asesor y abogado litigante establecí mi oficina profesional independiente, desde el año 1.981 hasta la fecha.

145. Mi oficina profesional se encuentra organizada en forma corporativa bajo la denominación: "Aguilar & Aguilar", cualquier información relacionada al bufete y a mi persona puede consultarse al sitio www.legal.com.gt.

146. A través de mi oficina profesional y bajo mi dirección, se recopila, se almacena y se provee electrónicamente información legal sobre las leyes del país y los principales actos y disposiciones legales de la autoridad. La entidad que presta tales servicios, en mi oficina profesional, es la entidad "Lex-Global, Sociedad Anónima" y contamos con un respaldo de más de 17,000 documentos legales. Puede consultarse el sitio www.lexglobal.com.gt.

147. Como asesor jurídico he asesorado y sigo asesorando a la fecha a: (a) Instituciones Bancarias y Financieras; (b) Entidades Comerciales e Industriales, (c) Instituciones y entidades del Estado (d) Entidades y personas privadas, en diferentes áreas y asuntos que incluyen materias en asuntos de índole Tributario, Fiscal, Administrativo, Laboral, Comercial, Electricidad, entre otros.

148. En 1.995 participé como asesor en la conformación y emisión de la Ley General de Electricidad contenida en Decreto 93-96 del Congreso de la República de Guatemala; en 1.996 trabajé como asesor para la conformación y emisión de la Ley de Vivienda y Asentamientos Urbanos.

149. Como abogado litigante he participado en diferentes litigios, a nivel nacional e internacional, que incluyen temas de Conciliación y Arbitraje, en

Londres, Inglaterra y en Washington, D. C, en los Estados Unidos de América; así como litigios que incluyen conflictos familiares, disputas con y a favor del Estado, conflictos de propiedad industrial, entre otros.

150. Fui Vice Presidente del Instituto Guatemalteco de Derecho Notarial.

151. He sido expositor nacional e internacional en varios Congresos y encuentros Académicos realizados en Guatemala y en diferentes países, entre los que se encuentran Alemania, Holanda, España, Honduras, El Salvador, Nicaragua, Costa Rica, República Dominicana, Chile y Guatemala.

152. He representado a varios Bancos del país en acciones conjuntas ante las autoridades supervisoras y monetarias del país.

153. En general he ejercido y ejerzo la profesión de abogado y notario, al día de hoy, por más de 29 años.

* * *

El presente informe lo rindo bajo la declaración solemne, por mi honor, lealtad y conciencia profesional de que he sido sincero y consecuente con las disposiciones del ordenamiento jurídico guatemalteco.

Juan Luis Aguilar Salguero
Aguilar & Aguilar

Ciudad de Guatemala, 1 de octubre de 2.010.