

UNIVERSIDAD RAFAEL LANDÍVAR
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
LICENCIATURA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

FALLOS CONTRA GUATEMALA COMO CONSECUENCIA DE LA FALTA DE CREACIÓN DE
CONDICIONES IDÓNEAS ESTABLECIDAS EN EL TRATADO DE LIBRE COMERCIO ENTRE LA
REPÚBLICA DOMINICANA, CENTROAMÉRICA Y LOS ESTADOS UNIDOS (TLC).

TESIS DE GRADO

JACKELINE PAMELA DÍAZ SÁNCHEZ
CARNET 15276-10

QUETZALTENANGO, SEPTIEMBRE DE 2018
CAMPUS DE QUETZALTENANGO

UNIVERSIDAD RAFAEL LANDÍVAR
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
LICENCIATURA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

FALLOS CONTRA GUATEMALA COMO CONSECUENCIA DE LA FALTA DE CREACIÓN DE
CONDICIONES IDÓNEAS ESTABLECIDAS EN EL TRATADO DE LIBRE COMERCIO ENTRE LA
REPÚBLICA DOMINICANA, CENTROAMÉRICA Y LOS ESTADOS UNIDOS (TLC).

TESIS DE GRADO

TRABAJO PRESENTADO AL CONSEJO DE LA FACULTAD DE
CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

POR

JACKELINE PAMELA DÍAZ SÁNCHEZ

PREVIO A CONFERÍRSELE

LOS TÍTULOS DE ABOGADA Y NOTARIA Y EL GRADO ACADÉMICO DE LICENCIADA EN CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES

QUETZALTENANGO, SEPTIEMBRE DE 2018
CAMPUS DE QUETZALTENANGO

AUTORIDADES DE LA UNIVERSIDAD RAFAEL LANDÍVAR

RECTOR: P. MARCO TULIO MARTINEZ SALAZAR, S. J.
VICERRECTORA ACADÉMICA: DRA. MARTA LUCRECIA MÉNDEZ GONZÁLEZ DE PENEDO
VICERRECTOR DE INVESTIGACIÓN Y PROYECCIÓN: ING. JOSÉ JUVENTINO GÁLVEZ RUANO
VICERRECTOR DE INTEGRACIÓN UNIVERSITARIA: P. JULIO ENRIQUE MOREIRA CHAVARRÍA, S. J.
VICERRECTOR ADMINISTRATIVO: LIC. ARIEL RIVERA IRÍAS
SECRETARIA GENERAL: LIC. FABIOLA DE LA LUZ PADILLA BELTRANENA DE LORENZANA

AUTORIDADES DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

DECANO: DR. ROLANDO ESCOBAR MENALDO
VICEDECANA: MGTR. HELENA CAROLINA MACHADO CARBALLO
SECRETARIO: LIC. CHRISTIAN ROBERTO VILLATORO MARTÍNEZ

NOMBRE DEL ASESOR DE TRABAJO DE GRADUACIÓN
MGTR. ALLAN AMILKAR ESTRADA MORALES

TERNA QUE PRACTICÓ LA EVALUACIÓN
LIC. EDUARDO ANTONIO JOSÉ SOTOMORA FUENTES

AUTORIDADES DEL CAMPUS DE QUETZALTENANGO

DIRECTOR DE CAMPUS:	P. MYNOR RODOLFO PINTO SOLIS, S.J.
SUBDIRECTORA ACADÉMICA:	MGTR. NIVIA DEL ROSARIO CALDERÓN
SUBDIRECTORA DE INTEGRACIÓN UNIVERSITARIA:	MGTR. MAGALY MARIA SAENZ GUTIERREZ
SUBDIRECTOR ADMINISTRATIVO:	MGTR. ALBERTO AXT RODRÍGUEZ
SUBDIRECTOR DE GESTIÓN GENERAL:	MGTR. CÉSAR RICARDO BARRERA LÓPEZ

Quetzaltenango, 14 de octubre de 2016.

Consejo de Facultad
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad Rafael Landívar, Campus Quetzaltenango

Por medio de la presente me dirijo con el objeto de rendir dictamen sobre la ASESORÍA proporcionada al estudiante: JACKELINE PAMELA DÍAZ SÁNCHEZ, carné número 15276-10, en la elaboración de su trabajo de tesis titulado: **“FALLOS CONTRA GUATEMALA COMO CONSECUENCIA DE LA FALTA DE CREACIÓN DE CONDICIONES IDÓNEAS ESTABLECIDAS EN EL TRATADO DE LIBRE COMERCIO ENTRE LA REPÚBLICA DOMINICANA, CENTROAMÉRICA Y LOS ESTADOS UNIDOS (TLC)”**; trabajo que realizo de conformidad con el reglamento de tesis de la facultad demostrando el manejo por parte de la investigadora del tema, realizando una investigación eminentemente profesional, que aborda las deficiencias en la contratación que el Estado de Guatemala ha sostenido, y que ha ocasionado daños fuertes en la *economía nacional por las sanciones emitidas por el CIADI. Estimo de gran valor que estos temas se aborden en la Facultad, ya que genera un interés por el futuro profesional de mejorar los errores en la administración pública al momento de realizar contratos con empresas transnacionales, aportando dos casos emblemáticos no solo para Guatemala, sino para el sistema mundial de inversiones.*

Por lo expuesto anteriormente, doy mi aprobación y rindo **DICTAMEN FAVORABLE** al trabajo de tesis elaborado, ya que a mi consideración el esfuerzo y dedicación del estudiante responden al trabajo que se presenta. Aprovecho la oportunidad para suscribirme a mi Casa de Estudios Superiores a quien tanto debo, atentamente:

LICENCIADO
Allan Amilkar Estrada Morales
ABOGADO Y NOTARIO

M.Sc. Allan Amilkar Estrada Morales
Asesor



Universidad
Rafael Landívar
Tradición Jesuita en Guatemala

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
No. 071386-2017

Orden de Impresión

De acuerdo a la aprobación de la Evaluación del Trabajo de Graduación en la variante Tesis de Grado de la estudiante JACKELINE PAMELA DÍAZ SÁNCHEZ, Carnet 15276-10 en la carrera LICENCIATURA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES, del Campus de Quetzaltenango, que consta en el Acta No. 0740-2017 de fecha 20 de enero de 2017, se autoriza la impresión digital del trabajo titulado:

FALLOS CONTRA GUATEMALA COMO CONSECUENCIA DE LA FALTA DE CREACIÓN DE CONDICIONES IDÓNEAS ESTABLECIDAS EN EL TRATADO DE LIBRE COMERCIO ENTRE LA REPÚBLICA DOMINICANA, CENTROAMÉRICA Y LOS ESTADOS UNIDOS (TLC).

Previo a conferírsele los títulos de ABOGADA Y NOTARIA y el grado académico de LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.

Dado en la ciudad de Guatemala de la Asunción, a los 27 días del mes de septiembre del año 2018.



LIC. CHRISTIAN ROBERTO VILLATORO MARTÍNEZ, SECRETARIO
CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
Universidad Rafael Landívar

Índice

	Pág.
INTRODUCCIÓN.....	1
CAPITULO I.....	3
EL DERECHO COMERCIAL EN GUATEMALA.....	3
1.1 LAS RELACIONES COMERCIALES EN GUATEMALA.....	3
1.2 EL DERECHO MERCANTIL GUATEMALTECO.....	4
1.2.1 Aspectos Históricos.....	6
1.2.1.1 Edad Antigua.....	6
1.2.1.2 Edad Media.....	7
1.2.1.3 Época Moderna.....	8
1.2.1.4 Situación Actual.....	8
1.2.1.5 Reseña Histórica en Guatemala.....	9
1.2.2 Características.....	10
1.2.2.1 Poco Formalista.....	11
1.2.2.2 Rapidez.....	11
1.2.2.3 Adaptabilidad o flexibilidad.....	12
1.2.2.4 Internacionalidad.....	12
1.2.2.5 Seguridad Jurídica.....	12
1.2.2.6 Tipicidad.....	13
1.2.3 Principios.....	13
1.2.3.1 La buena fe.....	13
1.2.3.2 La Verdad sabida.....	13
1.2.3.3 Toda prestación se presume onerosa.....	14
1.2.3.4 Intención de lucro.....	14
1.2.3.5 El Orden Público.....	14
1.2.4 Fuentes del Derecho Mercantil.....	14
1.2.4.1 La Costumbre.....	15
1.2.4.2 La Jurisprudencia.....	15
1.2.4.3 La Ley.....	15
1.2.4.4 La Doctrina.....	16

1.2.4.5	El Contrato.....	16
CAPITULO II.....		18
DERECHO COMERCIAL INTERNACIONAL.....		18
2.1	DERECHO INTERNACIONAL.....	18
2.1.1	Derecho Internacional Público.....	19
2.1.1.1	Concepto.....	19
2.1.1.2	Antecedentes.....	20
2.1.1.2.1	Escuelas, Antigüedad y Edad Media.....	20
2.1.1.2.2	La Formación de los Estados.....	21
2.1.1.2.3	La Revolución Francesa.....	21
2.1.1.2.4	Las Guerras Mundiales.....	22
2.1.2	Derecho Internacional Privado.....	23
2.1.2.1	Concepto.....	23
2.1.2.2	Antecedentes.....	24
2.1.2.2.1	Derecho Romano.....	24
2.1.2.2.2	Edad Media.....	24
2.1.2.2.3	Época Moderna.....	26
2.1.2.3	Características.....	27
2.1.2.3.1	Es un Derecho interno.....	27
2.1.2.3.2	Sui generis.....	27
2.1.2.3.3	Es un Derecho particular.....	27
2.1.2.3.4	Es un Derecho positivo.....	28
2.1.2.3.5	Nacional.....	28
2.1.2.3.6	Prejudicial.....	28
2.1.2.3.7	Universal.....	28
2.1.2.3.8	Espacial.....	28
2.2	GLOBALIZACIÓN.....	28
2.3	DERECHO COMERCIAL INTERNACIONAL.....	31
2.3.1	Concepto.....	33
2.3.2	Antecedentes.....	33

2.3.3	Características.....	34
2.3.3.1	Pluralidad de Participantes.....	34
2.3.3.2	Una nueva lex mercatoria.....	35
2.3.3.3	Flexibilidad.....	35
2.3.3.4	Técnicas de Reglamentación.....	36
2.4	TRATADOS COMERCIALES RATIFICADOS POR GUATEMALA.....	36
2.5	TRATADO DE LIBRE COMERCIO ENTRE REPÚBLICA DOMINICANA, CENTROAMÉRICA Y ESTADOS UNIDOS (TLC).....	37
2.5.1	Negociaciones del Acuerdo.....	38
2.5.2	Adhesión de la República Dominicana al Acuerdo.....	39
2.5.3	Acuerdos de cooperación.....	39
2.5.4	Vigencia.....	40
2.6	INVERSIONES.....	42
2.6.1	Inversiones Extranjeras.....	43
2.6.1.1	Importancia de las inversiones extranjeras.....	43
2.6.1.2	Empresas Extranjeras.....	44
2.6.1.3	Protección en el derecho de inversiones.....	45
2.6.1.4	Derecho de Sociedades Internacionales.....	46
2.6.1.5	Centro Internacional para el Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI).....	47
2.7	ARBITRAJE INTERNACIONAL.....	49
2.7.1	Historia.....	50
2.7.2	Sede.....	51
2.7.3	Obligatoriedad.....	51
2.7.5	Arbitraje de Inversión.....	51
	CAPITULO III.....	53
	FALLOS EN CONTRA DE GUATEMALA POR CIADI.....	53
3.1	FALLO RAILROAD DEVELOPMENT CORPORATION RDC (FERROVÍAS).....	53
3.1.1	Antecedentes.....	53

3.1.2	Análisis y Procedimiento del Caso.....	55
3.1.3	Argumentos Principales.....	60
3.1.4	Firma de Abogados.....	61
3.1.5	Decisión Final.....	62
3.2	FALLO TECO ENERGY INC.....	63
3.2.1	Antecedentes.....	63
3.2.2	Análisis y procedimiento del Caso.....	68
3.2.3	Argumentos Principales.....	71
3.2.4	Firma de Abogados.....	73
3.2.5	Decisión Final.....	76
CAPITULO IV.....		78
ANALISIS Y DISCUSIÓN DE RESULTADOS.....		78
4.1	CASO 1, FERROVIAS.....	78
4.1.1	Inversiones en Guatemala a partir de Tratado de Libre Comercio entre República Dominicana, Centroamérica y los Estados Unidos TLC.....	78
4.1.2	Realización de Contratos de Inversión en Guatemala.....	79
4.1.3	Falencias de aplicación desde el TLC.....	79
4.1.4	Finalización de Contratos de Inversión e irregularidades que provoca...	80
4.1.5	Irregularidades a la luz del TLC y sus consecuencias.....	81
4.1.6	Sanciones.....	82
4.1.7	Análisis sobre la composición del CIADI.....	82
4.1.8	Posibles soluciones.....	83
4.1.9	Deficiencias.....	84
4.2	CASO 2, TECO.....	84
4.2.1	Realización de Contratos de Inversión en Guatemala.....	84
4.2.2	Falencias de aplicación desde el TLC.....	85
4.2.3	Finalización de Contratos de Inversión y las irregularidades que provoca.....	86
4.2.4	Irregularidades a la luz del TLC y sus consecuencias.....	86
4.2.5	Sanciones.....	86

4.2.6	Análisis sobre la composición del CIADI.....	87
4.2.7	Posibles soluciones.....	88
4.2.8	Deficiencias.....	88
	CONCLUSIONES.....	90
	RECOMENDACIONES.....	92
	REFERENCIAS.....	94
	ANEXO.....	100

LISTADO DE ABREVIATURAS

ONU:	Organización de Naciones Unidas.
TLC:	Tratado de Libre Comercio entre República Dominicana, Centroamérica y Estados Unidos.
DR-CAFTA:	Dominican Republic and Central America Free Trade Agreement.
ALCA:	Acuerdo de Libre Comercio Centroamérica y Estados Unidos de Norteamérica.
EEUU o E.E.U.U.	Estados Unidos de Norteamérica.
CA-USA:	Centroamérica y Estados Unidos.
SIECA:	Secretaría de Integración Económica Centroamericana.
EM:	Empresa Multinacional.
BM:	Banco Mundial.
CIADI:	Centro Internacional de Arreglo de diferencias relativas a Inversiones.
ICSID:	International Centre for the Settlement of Investment Disputes. (sus siglas en inglés).
RDC:	Railroad Development Corporation.
FVG:	Ferrovías Guatemala.
FEGUA:	Ferrocarriles de Guatemala.
LLP:	Limited Liability Partnership (Sociedad de Responsabilidad Limitada).
PSP:	Protección y Seguridad Plenas.
TECO:	Teco Guatemala Holdings, LLC.
CNEE:	Comisión Nacional de Energía Eléctrica.
EEGSA:	Empresa Eléctrica de Guatemala, Sociedad Anónima.
INDE:	Instituto Nacional de Electrificación.
TPS:	Teco Power Service Corporation de Ultramar Guatemala S.A.
DECA I:	Distribución Eléctrica Centroamericana, Sociedad Anónima.
DECA II:	Distribución Eléctrica Centroamericana Dos, Sociedad Anónima.

VAD: Valor Agregado de Distribución.

TLCAN: Tratado de Libre Comercio de América del Norte.

Resumen

Guatemala es un país que ha ido evolucionando en las relaciones comerciales tanto dentro como fuera de su territorio, esto se debe a la globalización y a que posee gran diversidad de productos para ofrecer dentro del comercio. Con el fin de incrementar y expandir sus relaciones, ha firmado una serie de Tratados Comerciales, sin tomar en cuenta las responsabilidades que en el momento son adquiridas. Como resultado de estas relaciones internacionales, ha sido demandada por empresas que han invertido en el país debido al surgimiento de conflictos que han provocado molestia en los inversores, quienes han solicitado la intervención del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversión CIADI, en virtud del Tratado de Libre Comercio entre la República Dominicana, Centroamérica y los Estados Unidos, conocido como CAFTA-DR por sus siglas en inglés, y TLC por sus siglas en español, como se identificará dentro de la presente investigación.

El CIADI ha fallado en contra de Guatemala en diversas ocasiones en virtud de que no se han creado las condiciones idóneas que son requeridas dentro del TLC, ya que las empresas demandantes alegan que Guatemala no ha cumplido con artículos contenidos en dicho Tratado, específicamente el 10.5 que es relativo a inversiones. Las empresas que han demandado a Guatemala son Ferrovías y Teco quienes había realizado grandes inversiones en el país. El problema radica en que dichas demandas conllevan con una gran pérdida en el patrimonio del Estado y la falta de credibilidad que pueda dar a futuros inversores.

INTRODUCCIÓN

Guatemala es un país muy rico en recursos, una de las fuentes de ingreso más importantes para el país es el comercio, esto debido a la variedad de recursos naturales que posee, además de la cultura, agricultura, pesca y ganadería, que son algunas de las actividades que dan a conocer el país atrayendo al turismo y empresas extranjeras.

Debido a las relaciones comerciales que se han ido expandiendo hacia al exterior del país, Guatemala ha firmado una serie de Tratados Comerciales, en la presente investigación se hace énfasis en el Tratado de Libre Comercio entre República Dominicana, Centroamérica y Estados Unidos, conocido como CAFTA-DR por sus siglas en inglés, al cual se referirá en adelante como TLC por las siglas en español, debido a que a partir de la firma de dicho Tratado, Guatemala ha sido vencida por laudos arbitrales en materia de inversión en tres ocasiones, dos de las cuales los fallos han sido en contra, con sanciones que superan los US\$ 20 millones, constituyendo gran pérdida en patrimonio del Estado. Dichos fallos han sido emitidos por el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones CIADI, en virtud del TLC.

Por tal motivo surge la interrogante de cuáles son las causas principales por las cuales El CIADI ha fallado en contra de Guatemala en reiteradas ocasiones, para responder dicha interrogante se tienen como objetivos dentro de la presente investigación primeramente, el análisis e identificación de los fallos emitidos por el CIADI en contra de Guatemala, así como el análisis de los procedimientos que Guatemala ha llevado en forma inadecuada dentro de sus relaciones de inversión, y la investigación de las deficiencias que surgieron durante las relaciones comerciales en Guatemala, tras la firma del TLC, dentro de los casos objeto de análisis.

El alcance de la investigación es el análisis de los fallos en contra de Guatemala, los cuales son Ferrovías y Teco (caso que recientemente fue anulado en forma parcial),

y la mala aplicación del artículo 10.5 del TLC referente a inversiones, aportando así tanto a la sociedad, estudiantes de derecho, comerciantes y empresarios, un estudio para poder identificar las deficiencias que se dan dentro de las relaciones comerciales y como consecuencia de las mismas se pueda considerar el incumplimiento de Tratados Internacionales firmados por Guatemala, de forma que se pueda conocer las deficiencias, y crear las condiciones idóneas que son requeridas dentro de los Tratados, a fin de evitar futuras demandas evitando la pérdida de patrimonio y falta de credibilidad de futuros inversores.

La presente investigación es un estudio Jurídico Descriptivo sobre la forma en la cual han sido desarrolladas las demandas que ha tenido Guatemala frente al CIADI, al mismo tiempo se da a conocer que en ocasiones, la firma de los Tratados para Guatemala solo es tomada como una oportunidad para expandirse y obtener beneficios comerciales, sin tomar en cuenta que es una “expansión condicionada”, y que su aceptación conlleva un gran compromiso que debe ser cumplido a cabalidad.

El proceso que se llevó a cabo para la realización de la presente investigación, consistió básicamente en la recopilación de información acerca del tema, proporcionando así los antecedentes que se dieron desde la práctica del comercio, hasta llegar a la relación de inversión de donde surgen los fallos emitidos por CIADI. Además, al final de la investigación se presenta un cuadro de cotejo en el cual se establecen tanto las similitudes, como diferencias que se dieron en ambos fallos, de esta forma se pudo establecer las falencias a luz del TLC, y las posibles condiciones idóneas que deberían ser creadas por Guatemala, para mejorar sus relaciones con otros países.

CAPITULO I

EL DERECHO COMERCIAL EN GUATEMALA

1.1 LAS RELACIONES COMERCIALES EN GUATEMALA

Teniendo en cuenta que Guatemala es un país que ha ido evolucionando en las relaciones comerciales tanto dentro como fuera de su territorio, así como el incremento de la explotación y exportación de sus recursos, siendo el Comercio uno de los pilares fundamentales para su economía. René Arturo Villegas Lara menciona que *“El Derecho Mercantil Guatemalteco es el Conjunto de normas jurídicas, codificadas o no, que rigen la actividad profesional de los comerciantes, las cosas o bienes mercantiles y la negociación jurídica mercantil.”*¹

Guatemala es un país muy rico en recursos naturales y demás listos para su explotación, sin embargo durante mucho tiempo otros países han aprovechado esos recursos y al mismo tiempo cabe mencionar que Guatemala además es un país consumidor, que teniendo la oportunidad de tener mayor explotación propia de sus recursos, no lo hace, recurriendo de esta forma a obtener servicios de otros países sin importar que esto conlleve al pago de cantidades fuertes de dinero que podría evitarse utilizando y explotando sus propios recursos, cuando los países extranjeros obtienen muchas veces los servicios que Guatemala presta por un costo significativo y no el que debería, toda esta actividad es regulada por el Derecho Mercantil.

Por tal razón a medida de la evolución tecnológica, los medios de comunicación y diversas fuentes innovadoras, así como la globalización, ha ido evolucionando el comercio a través del Internet, así también diversos programas televisivos que en varias ocasiones han dado a conocer Guatemala hacia el mundo y venderlo muchas veces de una forma no muy favorable ante países extranjeros, sin embargo Guatemala ha intentado aumentar el comercio de manera internacional, para su

¹ Villegas Lara, René Arturo. *Derecho Mercantil Guatemalteco*, Tomo I, Octava Edición, Guatemala, Editorial Universitaria, Universidad de San Carlos de Guatemala, 2013. Pág. 21

crecimiento y beneficio propio. Al mismo tiempo ha existido la evolución en su economía, la cual es de gran impacto debido a que ha sido una gran evolución a través de los años por la gran diversidad de cambios que se han dado en el comercio guatemalteco con la globalización.

Desde los tiempos más remotos en la historia la economía era tan diferente, todo era más simple y las actividades que realizaban las personas eran para su propia sobrevivencia y sin fines de lucro, luego debido a los mismos cambios y al pasar de los años se inicia lo que es la práctica del comercio, siendo una de las principales características del comercio su flexibilidad ante el cambio.

1.2 EL DERECHO MERCANTIL GUATEMALTECO

El Derecho Mercantil o Comercial como también se le conoce debido a que el Comercio es el eje principal del cual parte el Derecho Mercantil, sin comercio no hay derecho de comercio, en Guatemala tiene una amplia historia ya que se ha mencionado su gran evolución a través de los años. La palabra Comercio proviene de *Commercium*, que significa comprar o vender un producto. Se denomina comercio a aquella actividad de compraventa de bienes y servicios, sea para su uso, para su venta o su transformación, dicha actividad regulada por el Derecho Mercantil. *“El Derecho Mercantil es el conjunto de principios doctrinarios y normas de derecho que rigen la actividad de los comerciantes en su función profesionales.”*², señala Villegas Lara.

René Arturo Villegas Lara además define que *“La actividad comercial en general es de primera importancia dentro de la vida económica, tanto a nivel interno de un Estado, como en su comercio internacional. La producción de bienes y servicios y ponerlos a disposición del consumidor, constituyen los actos principales del comercio, los cuales han condicionado la existencia de instituciones jurídicas que posibilitan su realización.”*³ Como menciona el autor la importancia esencial o

² *Ibid.*, Pág. 16.

³ *Ibid.*, Pág. 2.

principal de todo el comercio gira alrededor de la economía, generar ingresos. Se conoce que en los inicios la agricultura era una de las fuentes principales de ingresos, y se da inicio al comercio con formas sencillas de trueque entre los mismos artefactos, luego con metales y conforme el paso del tiempo con la creación de la moneda hasta lo que se conoce en la actualidad.

El comercio pasó de ser una práctica común entre personas de una misma comunidad a expandirse de tal forma que surge el comercio internacional, con la exportación e importación de productos, en Guatemala se tiene un gran aporte de producto interno bruto.

Gran parte de la Economía en Guatemala es el comercio, debido a los productos que se manejan en el país, como también materias primas; gran parte de la población se dedica al comercio, siendo una de las actividades que identifican al país, por su riqueza en agricultura, pesca, ganadería, cultura, tradiciones, turismo, entre otros. A raíz de esto y que Guatemala mueve su producto y servicios no solo a nivel nacional es que paulatinamente se ha ido incrementando el comercio internacional en el país, lo que conlleva a que Guatemala tenga relaciones internacionales y maneje el Derecho Comercial Internacional cada vez más.

Es importante mencionar además que la evolución y desarrollo de la Economía Internacional no va a cesar y estará en constante cambio y desarrollo, los aspectos internacionales de la economía han tenido, desde finales del siglo XX, un muy importante auge, ya que cada vez existe mayor interrelación entre lo que ocurre en los mercados internacionales y lo que ocurre en la economía de los distintos países. Esta evolución dio inicio desde el trueque como se mencionaba anteriormente, en donde llegaban personas de otros países a intercambiar producto con los nativos y así sucesivamente y es a lo que se ha regresado: un intercambio entre países.

1.2.1 Aspectos Históricos

El Derecho Mercantil ha ido evolucionando a través de los años debido a acontecimientos históricos que han surgido y también al desarrollo constante de la sociedad, a través de las distintas Épocas de evolución que se relatan a continuación.

1.2.1.1 Edad Antigua

El Derecho Mercantil desde los inicios de la historia, no era conocido específicamente como una rama del Derecho, sino es con la evolución que se formaron reglas jurídicas de carácter típicamente mercantil. Todo esto surgió a raíz del comercio marítimo del Mediterráneo. Edmundo Vásquez Martínez menciona *“Estas reglas jurídicas carecen de matiz nacional, son respetuosas de las convenciones privadas y están impregnadas de la consideración de la buena fe. Normas referentes al comercio se pueden encontrar en Fenicia, Asiría, Babilonia, Israel, China, India, Egipto, Grecia y Cartago, pero como dichas normas no están en relación directa con el desarrollo ulterior del Derecho Mercantil, su estudio carece de mayor relevancia.”*⁴ En la Edad Antigua no existió una regulación específica para el comercio o derecho comercial, solo eran reglas puramente generales enfocadas en la práctica que empezaba a darse y por el Mar Mediterráneo se empezaban a desarrollar formas de comercio marítimo.

A este respecto Villegas Lara indica que uno de los lugares más importantes para la historia del comercio es la Grecia Clásica, ya que tiene un aporte muy significativo, *“la proximidad de sus ciudades más importantes al Mar Mediterráneo y el hecho de que la vía marítima fuera la más expedita para aproximarse a otras ciudades, hizo que el comercio por mar fuera una actividad de primer orden para su economía”*.⁵ El Comercio era una de las fuentes principales de la economía, se debe mencionar las Leyes Rodias que tienen ese nombre porque su origen fue en la Isla de Rodas, estas Leyes estaban destinadas a regir la actividad marítima de comercio, tuvieron una

⁴ Vásquez Martínez, Edmundo. *Instituciones de Derecho Mercantil*, Tercera Edición, Guatemala, IUS Ediciones, 2012, Pág. 18 y 19.

⁵ Villegas Lara, René Arturo. *Op.cit.*, Pág. 7

gran difusión en el Derecho romano. Las Leyes Rodias se fueron adaptando luego a la actividad terrestre y es así como se puede notar el gran avance y cambio que se tiene en el derecho mercantil, es un constantemente cambiante.

En roma nunca se admitió el Derecho mercantil como un derecho autónomo ya que se tomaba como base las leyes del Derecho Civil "*ius civile*", ya que el Derecho Romano era tan flexible y demasiado amplio.

*"Ius Civile es el derecho propio – privativo- de los civies. Afirmando como esta en el mundo antiguo el principio de la personalidad de las leyes los extranjeros –peregrini- se mueven en sus relaciones privadas, fuera de la órbita del ius civile Romanorum."*⁶

Sin embargo, como en ese momento ya no solo era el derecho propio, sino que había relaciones entre diferentes lugares y no solo en el mismo lugar por ser comercio marítimo se expanden estas normas abarcadas por el *ius civile*. Tal como lo menciona Juan Iglesias: "Las nuevas necesidades comerciales y el desarrollo de la vida social y civil, en un momento en que roma es cabeza de los pueblos mediterráneos, abren puertas a un derecho Romano universal: el *ius Gentium*."⁷ En conclusión en Roma, no se admitió la autonomía de un derecho mercantil, El *Ius Civile* era un universo para la aplicación del Derecho en relación al orden privado.

1.2.1.2 Edad Media

Durante la Edad Media una de las manifestaciones más importantes fue el Feudalismo, en donde no adoptaban la actividad comercial por que la creían deshonrosa, de allí surgen las villas o pueblos en donde se encontraba la burguesía comerciante.⁸ La importancia de la burguesía radicaba en la riqueza monetaria que producía el tráfico comercial y es de allí donde surge el Derecho Mercantil. En esta época el Derecho mercantil ya surge de manera autónoma apartándose del Derecho

⁶ Iglesias Redondo, Juan. *Derecho Romano*, Quinceava Edición, España, Ariel S.A., 2004, Pág. 63.

⁷ *Loc. Cit.*

⁸ Villegas Lara, René Arturo. *Op. cit.* Pág. 8

Civil. Debido a que las necesidades de esta clase especial, los comerciantes, eran diferentes, se empezó a crear leyes capaces de regir el tráfico mercantil.

Vásquez Martínez señala: *“Entre las más importantes se citan las siguientes recopilaciones: la del Consulado del Mar (compilación particular de jurisprudencia del tribunal Consular de Barcelona, siglo XIV), los Roolles de Olerón (Francia), las Leyes de Wisby (Inglaterra).”*⁹

1.2.1.3 Época Moderna

Durante esta época la principal vía de comunicación siguió siendo el mar, mientras que España, Inglaterra, Francia, Holanda e Italia buscaban su expansión y nuevas rutas comerciales. Villegas Lara expone a este respecto *“La principal vía de comunicación siguió siendo el mar, y la legislación mercantil insistió en seguirse dando para ese tráfico.”*¹⁰

Sin embargo, ya existían cambios que exigían una nueva legislación que señalara de manera más específica los lineamientos del comercio. En 1807, con la legislación de Napoleón, surgen hechos importantes, la creación de un código propio para el derecho mercantil y se convirtió en un derecho que rige las relaciones comerciales. Guatemala publica el suyo en 1877.

1.2.1.4 Situación Actual

El Derecho mercantil se mantiene en constante cambio, el derecho en general refleja los intereses y conflictos de la sociedad, mientras que el derecho mercantil los refleja aun con mayor claridad, Villegas Lara se pronuncia a este respecto *“Este Derecho está vinculado, en la forma más caracterizada, con el sistema capitalista. Sus crisis, sus renovaciones, la complejidad de sus contradicciones se manifiestan en el contenido de sus normas.”*¹¹ El Derecho Mercantil es tan complejo que sus normas están contenidas de todos los cambios que pueda haber en su desarrollo, el Derecho

⁹ Vásquez Martínez, Edmundo. *Op. cit.*, Pág. 19

¹⁰ Villegas Lara, René Arturo. *Op.cit.*, Pág. 9

¹¹ *Ibid.*, Pág. 10

Mercantil se ha desarrollado a través de la doctrina liberal, manteniendo la libertad tanto individual como la de comercio.

El comercio cada vez es una práctica más común, los intereses individuales crean en los comerciantes el desarrollo de actividades comerciales con el pensamiento o fin de lucro, es por eso que se han creado leyes que rigen, prohíben y garantizan la libertad jurídica del comerciante, y al mismo tiempo protejan los derechos e intereses del consumidor.

Actualmente Guatemala juega un papel importante dentro del comercio, ya que posee gran cantidad de personas que se dedican al comercio y con la frecuente evolución y cambio que posee esta rama del derecho ha expandido sus relaciones comerciales tanto dentro como fuera de su territorio, por lo cual el Estado ha ratificado y es parte de varios Tratados que regulan sus relaciones de comercio a nivel internacional.

1.2.1.5 Reseña Histórica en Guatemala

Guatemala regía su Derecho Comercial por el Derecho Español. Las Leyes de Indias, Las Leyes de Castilla, Las Siete Partidas y la Ordenanza de Bilbao, como las más conocidas, todas contenían normas referentes al comercio. El Doctor Mariano Gálvez durante su gobierno, intentó modernizar las leyes del país, por tal motivo sustituyó las leyes españolas por los Códigos de Livingston, estas normas habían sido creadas por Eduardo Livingston para el Estado de Luisiana, sin embargo, no tuvieron éxito debido a la diferencia de culturas, ya que no se acondicionaba a Guatemala.

A diferencia del gobierno anterior, llegó Rafael Carrera, significando así un estancamiento para la evolución de la legislación guatemalteca debido a que era un hombre conservador y volvió a la legislación española, teniendo como principales las Leyes del Toro y la Novísima Recopilación, durante todo su gobierno.

Es hasta la Revolución de 1871, que se impulsa la creación de nuevos Códigos para Guatemala, entre ellos el Código de Comercio promulgado en 1877. *“Este Código, al que Cesar Vivante califica como una imitación del código chileno, se emitió por Decreto Gubernativo número 191 de fecha 20 de julio de 1877.”*¹² Señala Villegas Lara.

El Código de 1877 estuvo vigente hasta 1942, en donde se promulgó un nuevo Decreto número 2946, mejorando el anterior.

Finalmente, en 1970 se promulgó el Decreto 2-70, *“fue aprobado por el congreso de la República y hecho ley por el decreto 2-70 del 28 de enero de 1970, sancionado y promulgado el 9 de abril del mismo año y, finalmente, entró en vigencia el 1º. De enero de 1971.”*¹³ un instrumento moderno, adaptándose a las nuevas necesidades comerciales en Guatemala, tanto en el aspecto internacional como nacional. Se redactó tomando en cuenta los diversos códigos centroamericanos especialmente el hondureño. Dicho Código es el que se encuentra vigente en la actualidad, aunque siempre se toman en cuenta diversos cuerpos legales que regulan el comercio y no están contenidos dentro de este Decreto.

1.2.2 Características

Las características del Derecho Mercantil son las pequeñas particularidades que surgen a partir de su desarrollo, Villegas Lara indica que *“En el caso del Derecho Mercantil, el comercio, que es su materia, tiene la particularidad de darse en masa, cambia constantemente en los modos de operar, exige rapidez en las formas de negociar, se desenvuelve a nivel nacional e internacional.”*¹⁴, de esta definición se puede señalar específicamente las siguientes:

¹² Ibid., Pág. 12

¹³ Vásquez Martínez, Edmundo. *Op.cit.*, Pág. 21

¹⁴ Villegas Lara, René Arturo. *Op.cit.* Pág. 21

1.2.2.1 Poco Formalista

El Derecho Mercantil por ser una práctica cotidiana tiene a tener una forma muy simple y poco formalista en su actividad, Villegas Lara proporciona este concepto *“Los negocios mercantiles se concretan en simples formalidades sólo explicables para un conjunto de relaciones que por su cantidad no podrían darse fácilmente de otra manera.”*¹⁵ Todo tipo de negocio mercantil se concreta de una forma simple sin aplicar formalidades, sin embargo existen excepciones en contratos meramente formales tales como: una sociedad anónima y el fideicomiso, el Derecho Mercantil es simple para adaptarse a las particularidades del tráfico comercial.

Las relaciones comerciales que se practican cotidianamente son demasiadas, desde el momento que una persona decide abordar el autobús para llegar hasta su trabajo, hasta el comprar una golosina en una tiendita, esta actividad es abarcada por el comercio no es necesario que se firme un contrato específico o se formalice, para poder tener actividad comercial en los actos mencionados es por eso que no podría ser formalista en su totalidad, por que a diario se realizan actos comerciales masivos que no podría ser de otra forma que de forma simple y rápida que es otra de las características del Derecho mercantil.

1.2.2.2 Rapidez

Esta característica del Derecho Mercantil va de la mano con la anterior que es poco formalista porque aparte de ser de forma simple debe ser rápido, el comerciante debe efectuar la negociación en el mayor tiempo posible para conservar a su cliente y que no pueda afectarle la competencia. A este respecto Villegas Lara expone *“El poco formalismo comentado se relaciona con la agilidad de tráfico comercial. El comerciante debe negociar en cantidad y en el menor tiempo posible.”* *“Ello obliga a que el derecho funcione a la par de la realidad que representa.”*¹⁶

¹⁵ *Loc. cit.*

¹⁶ Villegas Lara, René Arturo. *Op.cit.*, Pág. 22

1.2.2.3 Adaptabilidad o flexibilidad

Vásquez Martínez en relación a este principio menciona que *“Las actividades objeto de una empresa mercantil, su misma profesionalidad, requieren normas jurídicas que, frente a circunstancias cambiantes y con frecuencia imprevistas, antes que obstaculizar, permitan y faciliten los negocios mercantiles, se adapten en suma a las nuevas circunstancias.”*¹⁷ El Derecho Mercantil tiene que ser flexible para poder adaptarse a los cambios que surgen ya que día a día se encuentra en un cambio constante, la práctica del comercio nunca va a ser la misma ya que debido a la evolución y las nuevas tecnologías es una rama cambiante del derecho. Los comerciantes deben estar abiertos al cambio para seguir dentro del mercado y conservar sus clientes.

1.2.2.4 Internacionalidad

La internacionalidad es de suma importancia en el derecho mercantil ya que los países buscan expandir sus relaciones para mejorar su economía, Vásquez Martínez expone *“Las actividades mercantiles tienden a borrar las fronteras y buscan espacios más amplios que los circunscritos a un solo país,...”*¹⁸, debido a que tal como es mencionado el comercio busca abrir sus fronteras, ya que las importaciones y exportaciones se ha convertido en fuente de ingresos para la economía de cada país y al mismo tiempo se convierte en Derecho Comercial Internacional. Es ahí donde intervienen las Naciones Unidas para regular este mercado que ha surgido y se ha vuelto más importante a partir de la globalización de las economías.

1.2.2.5 Seguridad Jurídica

La seguridad es sumamente necesaria para la realización de la actividad comercial ya que es la garantía que tiene cada una de las partes dentro de la relación comercial. Basada en la observancia estricta de la negocias mercantil como base en la verdad sabida y la buena fe guardada para proteger los intereses de las partes al momento de obligarse y que ningún acto posterior pueda cambiar la esencia de la

¹⁷ Vásquez Martínez, Edmundo. *Op.cit.* Pág. 21

¹⁸ *Ibid.*, Pág. 22

relación. El Doctor Villegas Lara citando a otro autor expone: “*Ante un conflicto entre la seguridad del tráfico mercantil y la seguridad del derecho, dice Vásquez Martínez: “.. el Derecho Mercantil tiene a garantizar la primera, lo cual se traduce en la subordinación de la realidad a la apariencia jurídica.”*”¹⁹

1.2.2.6 Tipicidad

Esta característica se refiere a los actos en masa que se regular uniformemente en formularios sencillos o unas cuantas líneas esquemáticas. Dicha tipicidad es favorecida por el Derecho Mercantil.

1.2.3 Principios

Los principios del Derecho Mercantil funcionan conjuntamente con las características, pero a diferencia de estas, los principios son los que inspiraron al Derecho Mercantil.

Se consideran como principios del derecho Mercantil a los siguientes:

1.2.3.1 La buena fe:

Este principio es de suma importancia dentro de la relación mercantil, ya que la buena fe consiste en que todo acto de comercio sea transparente y no busque perjudicar a ninguna de las partes dentro de la relación. Debe existir buena fe en cada una de las partes para que al momento de contraer una obligación se tenga la certeza de que no afectara de ningún modo los intereses de los contratantes.

1.2.3.2 La Verdad sabida:

Los comerciantes deben tener pleno conocimiento de la actividad que realizan, el principio de la buena fe y verdad sabida van de la mano y son muy importantes para prevenir el estancamiento del comercio. Al ser el Derecho Mercantil una rama cambiante y que está en constante desarrollo, es importante que se tenga conocimiento de las transacciones que se realizan por las partes dentro de una

¹⁹ Villegas Lara, René Arturo. *Op.cit.*, Pág. 23

negociación. La verdad sabida contribuye con el buen funcionamiento del comercio y su evolución.

1.2.3.3 Toda prestación se presume onerosa:

Toda prestación de servicios o negociación de productos dentro del Derecho Mercantil va a realizarse por una cantidad específica, siempre tiene un costo y no es gratuito.

1.2.3.4 Intención de lucro:

Toda negociación mercantil va a generar una ganancia. Este principio se refiere a que los comerciantes realizan su trabajo con la intención de lucro y percibir ganancias por los servicios prestados.

1.2.3.5 El Orden Público:

Este principio regula que la realización de la actividad comercial no debe alterar el orden público de ninguna manera. Debe ser realizada de manera que beneficie a la sociedad y su desarrollo.

Este principio establece que dentro de las relaciones comerciales cuando surja una duda los comerciantes deben mediante los principios de buena fe, buscar soluciones que hagan seguro el tráfico comercial.

1.2.4 Fuentes del Derecho Mercantil

Las fuentes del Derecho mercantil son las que le han dado origen al mismo. Para Villegas Lara son: *“la costumbre, la jurisprudencia, la ley, la doctrina y el contrato.”*²⁰

El autor Vázquez Martínez describe las fuentes del derecho como *“la manera o forma como se establece exteriormente la norma jurídica, o bien el procedimiento habitual establecido con competencia para crear Derecho.”*²¹ Las fuentes en el derecho

²⁰ *Ibid.*, Pág. 24

²¹ Vázquez Martínez, Edmundo. *Op. cit.*, Pág. 29

mercantil es el procedimiento que se ha llevado a cabo para crear el mismo, es como ha ido evolucionando a través de los años y que es lo que le ha dado vida y forma al mismo.

1.2.4.1 La Costumbre

La Costumbre es la primera fuente formal del Derecho, según el párrafo segundo del artículo 2º. De la Ley del Organismo Judicial, indica que la costumbre es fuente del derecho siempre y cuando no sea contraria a la moral y al orden público, de igual manera remite a los usos el poder ser aplicables en defecto de ley en un caso específico. En el derecho Mercantil la costumbre es una de sus fuentes por la forma en que se fue desarrollando el comercio a través de la historia de la sociedad, la observancia repetida, uniforme y constante de los comerciantes en sus negociaciones. El Código de Comercio Guatemalteco remite a los usos para la resolución de conflictos al momento de ausencia de una norma específica.

1.2.4.2 La Jurisprudencia

Según el artículo 2º. De la Ley del Organismo Judicial en su primer párrafo, la Jurisprudencia es considerada como una fuente complementaria de Derecho en Guatemala, teniendo poca estimación al igual que el Derecho Mercantil. Al momento de que surge conflicto con la resolución de un problema dentro del Derecho Mercantil, los jueces se apoyan de la Jurisprudencia, basándose en cómo han sido resueltos problemas similares en el pasado.

1.2.4.3 La Ley

La ley es la fuente primaria del Derecho. Respecto al Derecho Mercantil en Guatemala sus normas y lineamientos iniciaron a partir de la promulgación de los nuevos Códigos Guatemaltecos, en donde se incluyó un Código de Comercio en 1877, y la promulgación de estas leyes posee toda una historia detrás, ya que se tenía conocimiento de otros cuerpos legales que contribuyeron a la creación del Derecho Mercantil.

1.2.4.4 La Doctrina

La Doctrina en su mayoría es considerada como una de las fuentes del Derecho, a este respecto Villegas Lara menciona: *“la doctrina puede funcionar como los usos: coadyuvar al esclarecimiento del derecho vigente, con la diferencia de que, por su solidez científica, juega un papel preponderante en el conocimiento de los problemas que tiene que resolverse dentro del contexto del Derecho Mercantil.”*²² La Doctrina sin duda es una fuente importante del Derecho Mercantil y tiene mucha validez porque tal y como lo menciona Villegas Lara ayuda al esclarecimiento del derecho vigente por su solidez científica, los autores que aportan a la doctrina sin duda son estudiosos del Derecho que realizan diversas investigaciones previo a realizar sus aportes, la doctrina ayuda a encontrar conflictos y así pensar en soluciones para los mismos.

Al momento de realizar investigaciones o leer sobre temas de derecho se puede encontrar diversos conceptos o referencias de cada materia y esto se debe al gran aporte que han realizado los estudiosos del derecho en sus diversas ramas, por lo que se posee una amplia cantidad de doctrina que puede ayudar a conocer más sobre cualquier tema.

1.2.4.5 El Contrato

El contrato ha sido considerado como fuente del Derecho, a este respecto Villegas Lara indica: *“... podemos considerar que el contrato es fuente del Derecho Mercantil en la medida en que recoge convenciones de los particulares, provenientes de la esfera de la autonomía de la voluntad.”*²³ El contrato es definido como ley entre las partes, atendiendo a esta definición se puede decir que el contrato va a ser una fuente del Derecho Mercantil porque regula la forma en la cual las partes están contratando un servicio. En algunos tipos de contratos se puede observar que atienden al negocio o servicio que se está prestando, por ejemplo, en los contratos

²² Villegas Lara, René Arturo. *Op.cit.*, Pág. 26

²³ *Loc.cit.*

de telefonía móvil, puede ser un formato similar el de todas las compañías y así sucesivamente en cada campo del comercio.

CAPITULO II

DERECHO COMERCIAL INTERNACIONAL

2.1 DERECHO INTERNACIONAL

“La denominación “derecho internacional” es estrictamente técnica: designa el sistema jurídico cuya función primordial es regular las relaciones entre los Estados”²⁴, esta definición de Derecho Internacional es aportada por el Autor Max Sorensen. El Derecho Internacional es un derecho que va a regir que las relaciones que puedan llegar a surgir entre diferentes países sean conforme a derecho, regulando así cada aspecto de las mismas. El derecho internacional se ha ido desarrollando conforme han surgido relaciones entre Estados, esto es por el hecho de que con la evolución de la sociedad se ha tenido que expandir las relaciones saliendo de su territorio. El Derecho internacional además se ocupa de regular a las organizaciones internacionales que han sido creadas con el fin de promover el mismo.

El Derecho Internacional es una de las ramas más importantes del Derecho, debido a que por su competencia debe ser respetado por todos los estados y/o entidades que sean parte de la comunidad internacional, además excede los límites de cada estado específico para regular sus relaciones con los demás, dentro de este tema es esencial porque el Derecho internacional se subdivide en público y privado, abarcando así cada uno diversos aspectos de las relaciones entre estados y en este caso específico el Derecho Internacional Privado que abarca el Derecho Comercial o Mercantil.

Cabe mencionar que existen diversas teorías acerca de la división del Derecho Internacional, la primera es que se subdivide en Internacional Público e Internacional Privado como se mencionó en el párrafo anterior, y la segunda, que el Internacional

²⁴ Sorensen, Max (Comp.), *Manual de Derecho internacional público.*, decimotercera reimpresión, México, Fondo de Cultura Económica, 2012, Pág. 53

Privado se deriva del Internacional Público, la teoría que se usará en esta ocasión será la primera.

2.1.1 Derecho Internacional Público

A través de los años ha tenido varias denominaciones para llegar a lo que hoy se conoce, entre ellas: Derecho Feacial, *Ius Gentium*, *Ius inter Omnes Gentes*, Derecho de Naciones, Ley de Naciones.

El Derecho Internacional Público es la rama del Derecho que se encarga del estudio de las relaciones entre estados en general, Larios Ochaita establece que se puede definir al Derecho internacional como “... (*también llamado Derecho Internacional Público o Derecho de Gentes*) es el ordenamiento Jurídico que regula las relaciones entre estados. Los Estados solían ser los únicos entes con derechos y obligaciones internacionales, pero el actual Derecho Internacional también atribuye derecho y obligaciones a las organizaciones internacionales, las sociedades mercantiles y a los individuos...”²⁵, tal como es expuesto por el autor, El Derecho Internacional Público a sus inicios de forma muy general regulaba a los estados en sus relaciones, esto ya que eran los únicos considerados con derechos y obligaciones en las relaciones internacionales, sin embargo en la actualidad también se considera con derechos y obligaciones a individuos y su actuar internacional, entre otros, estos son regulados específicamente por el Derecho Internacional Privado, que se desarrollara más adelante.

2.1.1.1 Concepto

Larios Ochaita en una definición combinando lo que varios autores aportan, lo define como: “*El Derecho Internacional Público es el conjunto de normas y/o principios que rigen las relaciones: a) de los estados entre sí; b) de los Estados y aquellos Entes Internacionales que sin ser Estados en el sentido pleno de la palabra, reciben tratamiento de Estados; c) de los Estados y aquellas Entidades que sin ser Estados*

²⁵ Larios Ochaita, Carlos. *Derecho Internacional Público.*, Octava Edición, Guatemala, Editorial Maya' Wuj, 2013, Pág. 20

*poseen personalidad jurídica internacional; y d) de los Estados y de los individuos en el ejercicio de aquellos derechos y deberes que se consideran de naturaleza internacional.*²⁶ Atendiendo al concepto anterior podemos decir que Esta rama del derecho va a regir todas las relaciones de Estados distintos y su convivencia pacífica.

En esencia el Derecho Internacional Público es la rama del derecho que regula las relaciones internacionales que puedan surgir entre Estados procurando una convivencia pacífica.

2.1.1.2 Antecedentes

A través de los años como en toda rama del derecho, se tiene una evolución significativa para llegar a lo que hoy se conoce y es importante conocer los orígenes del Derecho Internacional Público.

2.1.1.2.1 Escuelas, Antigüedad y Edad Media

El Origen del Derecho Internacional hace referencia a dos escuelas, una que coincide con el nacimiento de los Estados más antiguos: Egipto, Fenicia, Esparta, Atenas, Babilonia, India, China, así como otros más recientes tales España, Inglaterra, Francia, Holanda, Alemania, Italia; y la otra que lo relaciona con los modernos Estados Europeos de nuestra era. Ambas se consideran viables.

En la Antigüedad la mayoría de las sociedades se caracterizaban por tener carencia en contactar diversas sociedades para cualquier tipo de comunicación. Los romanos, por ejemplo, solo incluían reglas específicas para este tipo de relaciones. *“Las nuevas necesidades comerciales y el desarrollo de la vida social y civil, en un momento en que Roma es cabeza de los pueblos mediterráneos, abren puertas a un derecho romano universal: el ius Gentium.”*²⁷ Por la necesidad comercial que surgió en Roma y por la evolución de la misma sociedad, los romanos buscaron

²⁶ *Ibid.*, Pág. 21

²⁷ Iglesias Redondo, Juan. *Op.cit.*, Pág. 63

formas de expandir sus relaciones, se da inicio como ya se mencionó al comercio por el mar mediterráneo. *“El ius Gentium es el derecho positivo romano, pero no exclusivista o personalista, sino llamado a regir entre romanos y entre romanos y extranjeros”.*²⁸ Entre los que más se acercaron a tener un Derecho meramente internacional se encuentran los griegos, que regían sus normas por principios del Derecho internacional.

2.1.1.2.2 La Formación de los Estados

La formación de nuevos estados o naciones, contribuyo al nacimiento del derecho internacional, debido a que surgió el desplazamiento de personas, el comercio internacional, el navegar, y el descubrimiento de nuevas tierras. Todo esto contribuyo a la necesidad de conformar o establecer principios que normaran las actividades para evitar problemas que pudieran surgir de los mismos. *“Se plasmó en tratados de paz, tratados comerciales, intercambio de embajadores, reconocimientos expresos de soberanía en las tierras descubiertas y conquistadas u ocupadas de hecho.”*²⁹ También se incrementó la doctrina a este respecto.

2.1.1.2.3 La Revolución Francesa

La Revolución francesa trajo cambios significativos en el Derecho Internacional, Larios Ochaita Menciona *“...en 1814 surge la primera forma de gobierno internacional a cargo de Austria, Prusia, Gran Bretaña y Rusia; más tarde (1815) se forma “La Santa Alianza” con Austria, Prusia y Rusia; en 1818 a la tetarquía de 1814 se une Francia convirtiéndose en pentarquía que tenía como fin restaurar el dominio de la monarquía en Europa y borrar los logros revolucionarios.”*³⁰ En esa época se menciona también que los Estados Unidos de América, declaraban principios de no-colonización, no-intervención y aislamiento para Europa y las ambiciones que podían tener en América a través de la Doctrina Monroe. Por los intereses que tenían los Estados Unidos se llegó a la conclusión de que se debían crear pactos, convenios, tratados entre los diferentes Estados, a fin de proteger los intereses de cada nación.

²⁸ *Loc. cit.*

²⁹ Larios Ochaita, Carlos. *Op. cit.*, Pág. 25 y 26

³⁰ *Ibid.*, Pág. 27

Entre algunos tratados de esa época se pueden mencionar: ³¹

Tratado de Alemania y Holanda;

Tratado entre Alemania y Grecia;

Tratado entre Francia y Luxemburgo;

El Tratado de Londres;

Convención de la Haya;

La Unión Métrica Internacional, entre otros.

Durante ésta época además los autores conciliaban una naturaleza obligatoria de la existencia del Derecho Internacional con soberanía de Estados.

2.1.1.2.4 Las Guerras Mundiales

Al terminar las guerras mundiales, surgen organizaciones como la Organización de Naciones Unidas ONU y la Sociedad de Naciones, ambas reconocen el principio de igualdad entre Estados y solución de conflictos entre los mismos.

“En las Naciones Unidas se introdujo además la idea de seguridad colectiva contra la agresión armada, el desarrollo de organizaciones de ámbito universal para resolver problemas económico-sociales.”³² A raíz de la problemática que surgió con las Guerras y las consecuencias que trajeron, las Naciones Unidas buscaban nuevas alternativas para promover la seguridad al igual que con el desarrollo para promover la problemática tanto social como económica que existía.

En ambas Organizaciones que se mencionaron se reconoció al Derecho Internacional como normas y principios que regulaban las relaciones entre Estados; el Derecho Internacional Público es de suma importancia para la presente investigación debido a que una de las fuentes más importantes para el mismo, son los Convenios y Tratados, en virtud de que los Estados tienen el objetivo de dejar todo por escrito en la Costumbre internacional.

³¹ *Loc. cit.*

³² *Loc. cit.*

2.1.2 Derecho Internacional Privado

Existen muchas teorías acerca del Derecho Internacional Privado. Se utilizará la que indica que el Derecho Internacional Público es una rama del Derecho Internacional que estudia las relaciones internacionales de orden privado. A través de la evolución del derecho el Derecho Internacional privado ha tenido varias denominaciones para llegar a lo que hoy se conoce, en el Derecho Romano: *ius Gentium*, *iusgentium privatum*, *law of nations*, *derecho traslatitio*, entre otros. Es un derecho privado por que regula las relaciones privadas de los individuales, pero entre Estados.

2.1.2.1 Concepto

El Derecho Internacional Privado es una Rama del Derecho que ha sido definida de varias formas por diversos autores, algunos la definen de la siguiente forma:

Romero del Prado la define como: *“Conjunto de normas jurídicas que tienen por objeto o fin determinar cuál es la jurisdicción competente o la ley que debe aplicarse en caso de concurrencia simultánea de dos o más leyes, en el espacio, que reclaman su observancia.”*³³

Asser como *“El conjunto de principios que determinan la ley aplicable, ora a las relaciones entre individuos pertenecientes a Estados o territorios diversos, ora a los actos ejecutados en país extranjero, ora en fin a todos aquellos casos en que se trata de aplicar la legislación de un Estado en el territorio de otro.”*³⁴

Pillet como *“la ciencia que tiene por objeto la reglamentación jurídica de las relaciones internacionales de orden privado.”*³⁵

En relación a las definiciones anteriores se puede decir que cada una tiene aspectos importantes y específicos que conforman el Derecho Internacional Privado,

³³ Larios Ochaíta, Carlos. *Derecho Internacional Privado*. Octava Edición, Guatemala, Editorial Maya' Wuj, 2013, Pág. 21

³⁴ *Ibid.*, Pág. 22

³⁵ *Loc. cit.*

tomándose en cuenta se puede decir que el Derecho Internacional Privado es un conjunto de normas, principios e instituciones que regulan las relaciones de orden privado entre diferentes Estados, basándose en los diversos cuerpos legales que cada uno posee.

2.1.2.2 Antecedentes

El Derecho Internacional Privado surge por la importancia que tiene en la actualidad y que con el tiempo ha ido desarrollando, es también por la necesidad de los Estados conforme las relaciones iban expandiéndose. Larios Ochaita menciona a ese respecto “*cuando se principió a respetar la personalidad de los Estados comenzó el Derecho Internacional.*”³⁶ El Derecho Internacional Privado nació cuando los Estados empezaron a conformarse y cada uno poseía una personalidad propia, estos empezaron a ser reconocidos y se conocieron individualmente, por tal razón existía una gran necesidad de que sus relaciones con otros Estados fueran reguladas por una rama específica del Derecho.

2.1.2.2.1 Derecho Romano

En Roma no fue conocido un Derecho Internacional, como ya se ha mencionado si existía un trato respetuoso de los extranjeros, pero estaba abarcado dentro del derecho que llamaban *ius Gentium* sin existir uno específico durante esa época.

2.1.2.2.2 Edad Media

Larios Ochaita menciona “*En la Edad Media dominó la idea de la “territorialidad” de la ley, probablemente bajo la influencia del feudalismo que confundió soberanía con derecho de propiedad.*”³⁷ En esta época empezó la idea que de que cada quien poseía su territorio y debía respetarse las normas y leyes de cada espacio, por tal razón los germánicos no imponían leyes a los pueblos conquistados, sino que conservaban sus leyes y las llevaban a donde quiera que se dirigían.

³⁶ *Ibid.* Pág. 36

³⁷ *Ibid.* Pág. 37

Durante esta época surgieron los *glosadores y postglosadores* que se encargaban de resolver conflictos de leyes y la *Teoría de los Estatutos* que surge en el siglo XIII donde florecieron grandes ciudades principalmente en Italia que se caracterizaban por su comercio e influencia, se regían por sus propias disposiciones y por disposiciones del Derecho Romano, pero esto hacía que se fuera creando más autonomía en los Estados.

Al mismo tiempo se crearon conflictos por el doble cuerpo legal que manejaban debido a que se contradecían en algunas ocasiones los estatutos con la ley general.

*“Los problemas generados por la multiplicidad de estatutos y su conflicto con la ley común, llevó a tratar de encontrar soluciones; éstas, dependiendo del lugar donde fueron propuestas, recibieron los nombres de soluciones de la Escuela Italiana, Francesa y Holandesa.”*³⁸ Dichas Escuelas brindaban diversas soluciones a los conflictos que surgían entre las legislaciones.

En la **Escuela Italiana** sobresalían dos juristas que aportaron a la misma, Bartolo de Saxoferrato y Charles Dumoulin. Esta escuela clasificó los estatutos en territoriales y extraterritoriales y su aplicación.

La **Escuela Francesa** se dividió en dos épocas, la primera con el jurista que sobresalió Bertrand D Argentre. *“Su idea fundamental fue que los estatutos son territoriales,”*³⁹ La idea de D Argentre era que todos los estatutos son personales y deben regir el territorio al que pertenecen, con una idea muy central de clasificar los estatutos en reales y personales. Mientras la Escuela Francesa de la segunda época se abandonó la idea central de la primera época enfocándose en el estatuto personal. Sus principales exponentes fueron Boullenois, Bouhier y Froland.

³⁸ *Loc. cit.*

³⁹ *Ibid.*, Pág. 38

La **Escuela Holandesa** siguió la idea general de la Escuela Francesa, pero al mismo tiempo aportó nuevos aspectos.

Las Escuelas tuvieron un amplio aporte en el Derecho Internacional Privado, además principios que aportaron aún siguen vigentes en la actualidad, los cuales son:

- “1) *La ley del domicilio para regular el estado y la capacidad de las personas;*
- 2) *la lex rei sitae para los bienes inmuebles;*
- 3) *el locus regit actum para las formas de los actos jurídicos;*
- 4) *la autonomía de la voluntad para los efectos de los contratos;*
- 5) *la lex fori para regular los aspectos procesales;*
- 6) *la territorialidad de la ley penal.*”⁴⁰

2.1.2.2.3 Época Moderna

La época Moderna para el Derecho Internacional Privado es una de las mejores y más importantes ya que fue durante ese momento que llegó a considerarse una rama especial del Derecho en General, ya se formalizó la idea y fue concretada.

Larios Ochaita describe esta época como “...se enuncian los “Sistemas de solución”, consistentes en doctrinas formuladas por los estudiosos, las cuales pretenden aportar soluciones a todos los conflictos de leyes.”⁴¹ Todas estas doctrinas a las que se refiere, fueron contenidas en las escuelas que surgieron en esta época.

Las Escuelas fueron las siguientes:

En la **Escuela angloamericana** hubo una evolución muy significativa, y se adoptó las tendencias inglesas.

Italia, “La Escuela italiana moderna sostiene que las leyes son personales, y que por consiguiente siguen y acompañan a la persona.”⁴²

⁴⁰ *Ibid.*, Pág. 39

⁴¹ *Ibid.*, Pág. 40

⁴² *Loc. cit.*

En Alemania, **Savigny**, dio inicio a lo que fueron los métodos de solución de conflictos, aportó lo que se conoce como los puntos de conexión en los conflictos, además sentó las bases del Derecho Internacional actual.

En Francia, **Pillet**, tuvo un aporte significativo por la distinción entre leyes territoriales y extraterritoriales. Además, **Lainé**, sostiene un regreso a lo que fuera la Escuela Italiana.

Y por último uno de los más importantes, **Bustamante**, también conocido como la doctrina de la Habana, quién plasmó su doctrina siendo muy completa y reconocida a nivel mundial, la cual constituye el Código de Derecho Internacional Privado actualmente en Guatemala.

2.1.2.3 Características

Las características principales del Derecho Internacional Privado según el autor Carlos Larios Ochoa son:

2.1.2.3.1 Es un Derecho interno: *“porque lo aplica un órgano interno y porque sus normas se encuentran en el derecho interno de cada Estado.”*⁴³ Es decir, las normas del Derecho en sí están contenidas en diversas leyes, cada Estado va a aplicar las leyes en cada caso concreto, estando estas contenidas en su ordenamiento legal.

2.1.2.3.2 Sui generis: por ser una de sus funciones señalar, es un derecho adjetivo.

2.1.2.3.3 Es un Derecho particular: debido a que siempre va a existir interés de individuos, particulares. Los actos que va a regular son entre Estado y la relación que pueda existir entre los particulares de cada Estado.

⁴³ *Ibid.*, Pág. 27

2.1.2.3.4 Es un Derecho positivo: porque sus normas y principios son reales y verídicos y en cada país se utilizan con el fin de mantener relaciones pacíficas y entre Estados.

2.1.2.3.5 Nacional: Es un derecho nacional porque pertenece a cada Estado o Nación.

2.1.2.3.6 Prejudicial: Esta es una de las características más importantes debido a que para que se mantengan las relaciones pacíficas entre Estados, antes de tomar una decisión se debe consultar la norma, ya que prevalece ante los intereses de cada Estado.

2.1.2.3.7 Universal: es un derecho universal porque se aplica a todos los Estados.

2.1.2.3.8 Espacial: es un Derecho espacial por que se aplica en el espacio.

Al conocer más sobre el Derecho Internacional Privado se puede establecer que es de suma importancia a la presente investigación al igual que el Público, debido a que en ambos una de las principales fuentes son los Tratados por el fin de los mismos en la sociedad; además El Derecho Internacional Privado regula El Derecho Comercial (Mercantil) Internacional Privado por estar dentro de su rama debido a las relaciones que maneja, siendo así fundamento del Derecho que regula las relaciones comerciales internacionales dentro de la presente investigación.

2.2 GLOBALIZACIÓN

La globalización es un proceso evolutivo mediante el cual se expanden las tecnologías, industria, comunicaciones, entre otros.

Anthony Giddens define la globalización de varias formas ya que puede tomarse en diversos sentidos, uno de ellos es *“la globalización es un fenómeno dialéctico en el cual los sucesos que se producen en un extremo no determinan de forma unívoca los*

*acontecimientos que se producen en el otro, sino que muchas veces dan lugar a movimientos que pueden ser distintos y hasta opuestos al del lugar donde inicialmente se produjeron.*⁴⁴ Como lo indica este autor, la globalización no específicamente va a llegar de un lugar a otro de la misma forma sino que como el cambio puede evolucionar de un lugar a otro los movimientos que provoca la globalización.

Giddens considera que la sociedad en la actualidad se encuentra con un gran riesgo y es que la globalización aparte de hacer que el ser humano expanda sus horizontes de igual forma al momento de ampliarlos se entra a un espacio desconocido y en donde va a existir reacciones y es por eso que la globalización en ocasiones se considera como un arma de doble filo. Por un lado, la sociedad incrementa la industria y las maquinas cada vez van siendo más confiables que el ser humano, están al alcance de todos y muchas veces se sustituye la mano de obra por una máquina que realiza un trabajo “más eficiente y confiable”, por otro lado, las personas pierden el empleo y cada vez es más difícil el poder optar a un sueldo.

Puede decirse que con la globalización hay más tecnologías y se está avanzando, pero estos cambios solo son palpables para la mayoría de los países y no para todos, ya que hay países en donde la pobreza se incrementa y es por eso que deben existir las relaciones de derecho internacional comercial para poder relacionarse e incrementar los ingresos de los países. Sin embargo, siempre alguna de las partes va a resultar más favorecida.

Otro de los riesgos que se corren por este fenómeno podría ser el cambio constante que sucede con la evolución de la sociedad. *“... la globalización no sólo planteará cambios en los objetos de estudio, en las alternativas teóricas y epistemológicas de las ciencias sociales, sino, desde luego, en los problemas organizativos de sus investigaciones y conocimientos.*⁴⁵ Apunta Gina Zabludovsky citando a Balstad

⁴⁴ Zabludovsky Kuper, Gina., *Modernidad y globalización*. México, Siglo XXI Editores, 2010, Págs. 148, 149

⁴⁵ *Ibid.*, Pág. 162

Miller, sin embargo a pesar de los riesgos que puedan existir, la evolución nunca cesará y seguirá siendo constante y es por tal razón que dentro de la globalización participan todos con el fin de ampliar sus relaciones y así mejorar en varios aspectos, comerciales, económicos, tecnológicos, de desarrollo e innovación, entre otros.

D. Levi aporta la siguiente respuesta en cuanto a la interrogante de qué es la globalización: *“Virtualmente, el término podría ajustarse a cualquier forma de las cosas: la expansión del comercio internacional, el crecimiento de los negocios multinacionales, el aumento de negocios conjuntos a nivel internacional y la creciente interdependencia a través de los flujos capitales, para mencionar solo unos cuantos.”*⁴⁶

Debido a que la globalización puede abarcar muchos aspectos, esta definición hace énfasis en unos muy importantes para la presente investigación, debido a que la expansión del comercio internacional, que es el tema principal, en una gran parte se debe a la globalización. Se ha globalizado el comercio y se ha vuelto internacional; han aumentado los negocios multinacionales y Guatemala se ha dado a conocer a nivel mundial; y al referirse al incremento de flujos capitales entra lo que es materia de inversiones que han hecho empresas a Guatemala, porque de igual forma también se ha dado la globalización de la inversión extranjera en el país. Para Guatemala la globalización ha jugado un papel importante para la economía del país debido a que han entrado fuertes potencias y se han relacionado con Guatemala lo que ha hecho que su capital incremente, aunque se debe tener un especial cuidado con estas relaciones porque cualquier movimiento dudoso para ellos realizado por Guatemala podría terminar en una demanda millonaria que afectaría el patrimonio del país.

La integración de los mercados financieros y del tráfico de mercancías va muy adelantada y en una creciente evolución, a este respecto Matthias Herdegen expone

⁴⁶ Levi, Maurice D., *Finanzas Internacionales*. Traducción de: Jaime Gómez Mont, México, McGRAW HILL INTERAMERICANA EDITORES, S.A. de C.V., 2004, Tercera Edición, Pág. 11

*“La globalización de las relaciones económicas se remonta, en sus orígenes, hasta la época de los grandes imperios coloniales, y ha experimentado un alza debido a la evolución de los modernos medios de comunicación y transporte.”*⁴⁷ Razón por la cual es constante y la globalización sucede por la misma necesidad social de relacionarse entre sí.

En Guatemala viene a ser un factor determinante en este fenómeno el TLC que abre puertas a otros mercados internacionales y con ellos una mejor economía para el país.

2.3 DERECHO COMERCIAL INTERNACIONAL

En los últimos años en Guatemala han crecido las relaciones comerciales con otros países, estas relaciones son reguladas por el Derecho Comercial Internacional o Derecho Mercantil Internacional Privado como regularmente también es conocido en Guatemala. Se puede entender como un conjunto de normas y principios que regulan actos de carácter comercial entre los distintos Estados, como la actividad comercial entre dos países de importación y exportación. También podría entenderse como el conjunto de disposiciones entre dos o más Estados con el fin de intercambiar sus productos.

El Derecho Comercial Internacional ha surgido por la importancia y necesidad de intercambiar productos entre diversos Estados en relación a esto, John Stuart Mill indica que *“Algunas cosas es materialmente imposible producirlas si no es en determinadas condiciones de calor, suelo, agua o atmosfera. Pero existen muchas cosas que, aun cuando podrían producirse sin dificultad en el país, en cualquier cantidad se importan, sin embargo, desde lejos. La explicación más general sería, que resulta más barato importarlas que producirlas y esta es la verdadera razón.”*⁴⁸ Esta explicación acerca de la importancia del comercio exterior para Guatemala puede ser vista desde dos puntos de vista, el primero, es que es un país consumidor

⁴⁷ Herdegen, Matthias. *Derecho Económico Internacional*. Colombia, Konrad Adenauauer Stiftung, 2012, Pág. 8

⁴⁸ Stuart Mill, John. *Principios de Economía Política.*, Fondo de Cultura Económica. Págs. 496 y 497

y una de las razones podría ser que no cuenta con la maquinaria necesaria o fabricas verdaderamente complejas para procesar toda la materia prima y crear artefactos para el consumo del mismo país, sin embargo, la mayoría de veces estas son solamente suposiciones, debido a que Guatemala cuenta con maquilas y otro tipo de fábricas que en lugar de comercializar su producto, lo exportan a otros países en los cuales el producto es comercializado a precios muy altos; el segundo, que Guatemala es un país muy rico en producto interno bruto, por lo que los países que consumen ese producto encuentran mayor dificultad en conseguir el mismo en su propio país, ya sea por condiciones de clima, por los costos o cualquier otro, y es por eso que importan desde Guatemala. Guatemala juega ambas funciones importación y exportación.

Desde otro punto de vista Simon Kuznets expresa: *“En general el comercio exterior sirve como mecanismo de división internacional del trabajo, permitiendo la especialización de la producción en los países y el intercambio de productos de unos y otros.”*⁴⁹ Al mismo tiempo este autor indica que esto va a ser mucha más beneficioso para las naciones pequeñas que para las grandes ya que compensa sus limitantes, de esta forma hace notar con lo anterior, que países que pueden proveer producto interno bruto, muchas veces poseen mejor condiciones climáticas, tierras más fértiles para siembras o mano de obra, mientras que otros cuentan con industria para la transformación y comercialización de los productos finales.

Es decir, de esta forma el comercio internacional va a permitir que los países puedan mover sus productos o servicios a manera de obtener lo que no consiguen en su jurisdicción territorial, en otra, y de la misma manera ofrecer los recursos que sí poseen.

⁴⁹ Arellano García, Carlos. *La Diplomacia y El Comercio Internacional*, Porrúa, S.A., Argentina, 1980, Pág. 15

2.3.1 Concepto

Orue y Aregui lo describe así: *“Tiene por objeto el Derecho Mercantil Internacional la jurídica relación de ese fenómeno económico y social denominado comercio cuando se verifica entre individuos o sociedades pertenecientes a diversos países.”*⁵⁰

Fernández Rozas en un artículo relacionado lo define como *“el conjunto de normas jurídicas que rigen las operaciones comerciales realizadas por particulares cuyos intereses se sitúan en Estados diferentes.”*⁵¹

De conformidad con las definiciones anteriores podemos llegar a la conclusión que el Derecho Comercial Internacional tiene como principal función la regulación del comercio entre particulares o individuos que pertenecen a diversos Estados.

2.3.2 Antecedentes

Como se conoce el Derecho tiene una constante evolución, pasa lo mismo con el Derecho Comercial Internacional, ha surgido a través de la historia por la necesidad de la misma sociedad. Luego de la evolución del Derecho Mercantil y llegar a lo que hasta hoy se conoce, surge el Derecho de forma internacional, debido a la necesidad de los países de expandirse comercialmente, su origen proviene de los comerciantes de la época medieval del *ius mercatorum*, naciendo así de los propios comerciantes dentro de su actividad.

Fernández Rozas al respecto indica: *“En la actualidad, el desarrollo de la comunidad internacional, integrada en fórmulas políticas estatales y supraestatales, introduce un elemento de organización, control e intervención impensable en aquellas épocas, y, en consecuencia, resultaría inconcebible que los particulares pudiesen organizar a su medida una actividad de tamaño interés público e internacional”*⁵² Sin embargo, si no fuera por la necesidad de los comerciantes y las prácticas de comercio que hubieron

⁵⁰ Larios Ochaíta, Carlos. *Op. Cit.* Pág. 213

⁵¹ Fernández Rozas, José Carlos. “El Derecho del comercio internacional en el contorno de la globalización”, *Revista del Colegio de Notarios del Estado de México*, no. 5, México, 2000, Escrivá, Pág. 12

⁵² *Ibid.*, Pág. 9

desde los inicios, no se habría llegado a lo que hoy se conoce como el Derecho Comercial Internacional.

*“Hasta 1945 el comercio internacional se caracterizaba por una dimensión estatal de los poderes económicos privados, fuertemente apoyados por la política expansionista de los Estados de donde procedían.”*⁵³ Por la revolución industrial se había propagado una expansión internacional entre los Estados, los cuales eran un número muy reducido, además fue a partir de este año que se fueron creando normativas que pudieran adecuarse a la regulación de la economía internacional. Como consecuencia de la postguerra la situación del comercio se veía reflejada universalmente y esto fue debido a los diversos acontecimientos en la sociedad en diversas áreas.

Basta tomar en cuenta la revolución de la industria, globalización, y evolución tecnológica que ha contribuido en gran parte a que el comercio sea internacional como hoy se conoce.

2.3.3 Características

El Derecho Comercial Internacional posee características muy relevantes tales como:

2.3.3.1 Pluralidad de Participantes

Se refiere a que dentro del Derecho Comercial Internacional va a existir varios participantes, Fernández Rozas opina: *“Al lado de la persona jurídica figura el Estado comerciante y, estrechamente vinculadas, las personas jurídicas de Derecho público (empresas públicas) que lo auxilian en esa especial faceta de su actividad. Conjuntamente con estos entes, cuyo protagonismo hoy en el Derecho del comercio internacional es decisivo. Por último, debe hacerse mención de las sociedades internacionales: estas no son otra cosa que organizaciones internacionales que reúnen la doble característica de estar creadas por un tratado internacional y revestir la forma de sociedad mercantil.”* Dentro de la pluralidad de Participantes se puede

⁵³ *Ibid.*, Pág. 1

conocer que el Derecho Comercial internacional no solo opera entre dos participantes, sino que al contrario, muchos entres o personas jurídicas forman parte importante para que la actividad comercial pueda llevarse a cabo y cumplir con sus objetivos. Los Estados dentro de sus funciones son auxiliados por órganos por diversos órganos para su funcionamiento y por supuesto las sociedades mercantiles que forman parte de dicha relación deben estar constituidas conforme a la ley.

2.3.3.2 Una nueva lex mercatoria

*“Si el Derecho común de los comerciantes de la Edad Media se basaba fundamentalmente “en la práctica y usos universalmente aceptados por los participantes en el comercio internacional”, la nueva lex mercatoria se caracteriza por el hecho de que sus fuentes son de carácter “internacional”.”*⁵⁴ Expresa Fernández Rozas. Todos los usos y evolución del Derecho comercial o mercantil que se conocen en la actualidad es la misma fuente del Derecho comercial internacional es por esa razón que la nueva *lex mercatoria* busca solamente que estas prácticas comerciales sean internacionales, entre Estados diferentes y que rompan las fronteras territoriales, siempre de acuerdo a la normativa.

Para Larios Ochaíta es *“La función de la Lex Mercatoria de la Globalización, se dirige a superar la discontinuidad y particularismos, que en forma fragmentada nos presentan los distintos derechos mercantiles codificados nacionales con motivo de la actividad comercial mundial...”*⁵⁵

2.3.3.3 Flexibilidad

Es un Derecho flexible lo que también se conoce como *soft law*, la flexibilidad es una característica muy importante para el Derecho en general, y aún más en este caso. Fernández a este respecto opina: *“A unas normas blandas o abiertas para el juez o el árbitro, corresponde unos instrumentos, soportes o fuentes también blandos.”*⁵⁶ La flexibilidad va a permitir un desarrollo más abierto de esta rama del Derecho. Esta

⁵⁴ *Ibid.*, Pág. 15

⁵⁵ Larios Ochaíta, Carlos. *Op. cit.*, Pág. 235

⁵⁶ Fernández Rozas, José Carlos. *Op. cit.*, Pág. 18

característica dentro del Derecho Comercial Internacional, puede ser más utilizada dentro del arbitraje, en donde las decisiones de igual manera van a ser más flexibles.

2.3.3.4 Técnicas de Reglamentación

Y por último las Técnicas de Reglamentación que consisten en que los Estados que mantengan este tipo de relaciones comerciales internacionales deben someterse a diversas normativas, ya sea propias o Tratados que adoptan con el fin de tener relaciones pacíficas.

2.4 TRATADOS COMERCIALES RATIFICADOS POR GUATEMALA

Por la globalización de Guatemala y sus relaciones comerciales internacionales, el país ha firmado y ratificado una serie de Tratados, Convenios o Acuerdos Comerciales para el mejor funcionamiento de sus relaciones y para poder desempeñarlas.

Entre los Tratados vigentes para Guatemala en materia comerciales están los siguientes:⁵⁷

Acuerdos de Inversión Vigentes: Alemania, Argentina, Bélgica-Luxemburgo, Corea, Cuba, China – Taiwán, España, Finlandia, Francia, Holanda, Israel, Italia, República Checa, Suecia, Suiza.

Tratados de Libre Comercio con: Panamá, República Dominicana y Estados Unidos, Chile, Colombia, Taiwán, México.

Acuerdos de Alcance Parcial: Guatemala – Belice, Guatemala – Cuba, Guatemala – Ecuador, Guatemala – Venezuela.

⁵⁷ Tratados y Acuerdos Comerciales, Ministerio de Economía, Guatemala, 2012, disponibilidad y acceso: <http://portaldace.mineco.gob.gt/>, fecha de consulta: 13 de agosto de 2016.

La Dirección de Administración de Comercio Exterior DACE, es el órgano que tiene como objetivo administrar los acuerdos comerciales de carácter internacional vigentes para Guatemala.

2.5 TRATADO DE LIBRE COMERCIO ENTRE REPÚBLICA DOMINICANA, CENTROAMÉRICA Y ESTADOS UNIDOS (TLC)

Con el fin de incrementar las relaciones comerciales internacionales, Guatemala dentro de las facultades que se le atribuyen al Estado, ha aceptado y ratificado tratados que tiene como fin facilitar y aumentar las relaciones internacionales entre empresas extranjeras con el objetivo de extender sus límites comerciales, al momento de iniciar este tipo de relaciones con otros países y al ser parte de diversos tratados, los países contratantes tiene la obligación de acatar cada uno de los lineamientos establecidos en los mismos, por dicha razón es importante poner el énfasis a cada pequeño detalle de los Tratados para no omitir ninguno. Entre los más importantes en referencia al tema que se desea abordar, Guatemala es parte en el Tratado de Libre comercio entre la República Dominicana, Centroamérica y Estados Unidos TLC sus siglas en español, DR-CAFTA sus siglas en inglés; dicho Tratado fue ratificado por Guatemala el 10 de marzo del año 2005 por el Decreto 31-2005, con 126 votos a favor y 12 en contra, dándole calidad de emergencia nacional al considerarle un tema de prioridad en el tratamiento legislativo, debido a las relaciones comerciales que el Estado empezaba a sostener y emprender con los demás países.

El TLC es un Tratado muy importante en este tema ya que contiene la regulación de las inversiones realizadas por empresas extranjeras a Guatemala. En la dirección electrónica oficial en donde se encuentra el TLC, se encuentra la información acerca de las negociaciones, vigencia y participantes, previos a la firma del TLC.

El 24 de septiembre de 2001, se realizó la reunión IX del Comité de Negociaciones Comerciales del ALCA, entre los países de Centroamérica específicamente Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras y Nicaragua; y Estados Unidos EEUU con el

objeto de discutir los medios para el incremento de las relaciones de inversión y comercio bilateral.

El veintisiete de noviembre, iniciaron discusiones técnicas designadas como "Diálogo de Política Comercial CA-USA". El 16 de enero de 2002, el Presidente de EEUU planteó su intención de negociar un tratado de libre comercio (TLC) con los países centroamericanos. *"El Congreso de Estados Unidos fue notificado formalmente de la intención de comenzar las negociaciones el 1o de octubre de 2002. Los gobiernos centroamericanos, por su parte, profundizaron su coordinación para hacer frente a las negociaciones y acordaron un marco estratégico común. Se llevaron a cabo siete talleres técnicos durante la fase preparatoria del proceso de las negociaciones."*⁵⁸

A continuación, se presenta una síntesis de los aspectos más importantes del TLC.

2.5.1 Negociaciones del Acuerdo

Las negociaciones oficiales del TLC se llevaron a cabo el 8 de enero de 2003, en la ciudad de Washington, D.C.

En esa ocasión los Ministros de Comercio de Centroamérica y el Representante Comercial de los Estados Unidos definieron los temas que serían tratados en las negociaciones y así mismo realizaron un cronograma de 9 sesiones que se realizarían durante el 2003. *"Adicionalmente, acordaron formar cinco grupos de negociación en los siguientes temas: acceso a mercados, servicios e inversiones, compras del sector público y propiedad intelectual, asuntos laborales y ambientales, y temas institucionales y de solución de controversias."*⁵⁹ Además se crearon los grupos necesarios que asistirían las negociaciones como responsables de asistencia técnica y encargados de las medidas sanitarias y fitosanitarias de los países para

⁵⁸ TLC (DR CAFTA), Tratado De Libre Comercio entre República Dominicana, Centroamérica y Estados Unidos, disponibilidad y acceso: http://www.sice.oas.org/TPD/USA_CAFTA/USA_CAFTA_s.ASP, consultado: 27 de julio de 2016.

⁵⁹ *Loc. cit.*

conocer los diversos sistemas y posibles soluciones a obstáculos que podrían surgir dentro del comercio.

Las negociaciones entre EEUU y los países centroamericanos dieron fin el 17 de diciembre de 2003. Costa Rica y EEUU decidieron continuar discutiendo una serie de temas pendientes. Finalmente, el 25 de enero de 2004, Costa Rica y EEUU alcanzaron llegar a un acuerdo sobre los temas en discusión.

El 28 de enero de 2004, se hizo público el borrador de texto del TLC. El 20 de febrero de 2004, el Presidente de EEUU notificó al Congreso su intención de firmar el TLC (con Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras y Nicaragua.)

2.5.2 Adhesión de la República Dominicana al Acuerdo

El Consejo sobre Comercio e Inversión de EEUU y República Dominicana se reunió en octubre de 2002 para analizar la posible adhesión de la República Dominicana a las negociaciones del acuerdo. En noviembre de 2003, a pocos meses de la finalización del proceso de negociaciones de TLC, EEUU anunció la incorporación de la República Dominicana al proceso. El 12 de enero de 2004, EEUU y la República Dominicana iniciaron formalmente la primera de tres rondas de negociaciones. Las negociaciones finalizaron el 15 de marzo de 2004, habiéndose publicado el borrador del texto del acuerdo para la República Dominicana el 9 de abril del mismo año. Los países centroamericanos y la República Dominicana, ya contaban con un tratado de libre comercio firmado en 1998, continuaron negociando algunos temas. El TLC se firmó el 5 de agosto de 2004 en Washington, D.C. Haciéndose público el mismo día. Como parte del proceso de negociación del TLC se conformó un comité de cooperación, integrado por todos los países partes, con el objetivo de realizar planes de acción para el fortalecimiento de las capacidades en materia de comercio.

2.5.3 Acuerdos de cooperación

La firma del TLC ofreció a las partes una posibilidad para el fortalecimiento de las relaciones, *“es por eso que las mismas consideraron de vital importancia promover la*

*cooperación mediante la implementación de proyectos específicos en temas prioritarios para cada uno de los países, sobre todo en materia ambiental.*⁶⁰

Por tal razón, el 18 de febrero del 2005, los países suscribieron dos acuerdos jurídicamente separados del TLC. Por una parte el Entendimiento relativo al establecimiento de la Secretaría de Asuntos Ambientales en el cual se solicita a la Secretaría de Integración Económica Centroamericana (SIECA) crear una unidad destinada a administrar las cuestiones relativas a la implementación de los Artículos 17.7 y 17.8 del TLC. Por otra parte, el Acuerdo de Cooperación Ambiental que se plantea como objetivo establecer un marco para la cooperación ambiental entre las Partes, reconociendo la importancia de la cooperación tanto bilateral como regional. Asimismo, se establece la creación de la Comisión de Cooperación Ambiental encargada de examinar, evaluar y formular recomendaciones sobre las actividades de cooperación.⁶¹

2.5.4 Vigencia

El artículo 22.5 del TLC establece que:

((a) Este Tratado entrará en vigor el 1 de enero de 2005, siempre que los Estados Unidos y uno o más de los otros signatarios notifiquen por escrito al Depositario para esa fecha que han completado sus procedimientos jurídicos aplicables.

(b) Si este Tratado no entrase en vigor el 1 de enero de 2005, este Tratado entrará en vigor una vez que los Estados Unidos y al menos uno o más de los otros signatarios realicen dicha notificación, en la fecha que posteriormente ellos acuerden.)

El Salvador fue el primer país en ratificar el 17 de diciembre de 2004 y luego publicándolo en el Diario Oficial el 25 de enero de 2005. Honduras ratificó el acuerdo el 3 de marzo de 2005 y Guatemala publicó la aprobación del acuerdo en el Diario Oficial el 10 de marzo del mismo año. El Congreso de Estados Unidos aprobó la ley

⁶⁰ *Loc. cit.*

⁶¹ *Loc. cit.*

de implementación del acuerdo en julio y el Presidente la firmó el 2 de agosto de 2005. Nicaragua ratificó el acuerdo el 10 de octubre de 2005. El 6 de setiembre de 2005, la Cámara de Diputados de la República Dominicana aprobó el CAFTA-DR y envió el acuerdo al Presidente para su firma. El 28 de febrero de 2006, el Presidente de Estados Unidos emitió la Proclamación 7987 de implementación del tratado de libre comercio Centroamérica-República Dominicana-Estados Unidos.

El CAFTA-DR entró en vigor para El Salvador el 1 de marzo de 2006, para Honduras y Nicaragua el 1 de abril de 2006 y para Guatemala el 1 de julio del mismo año. El acuerdo entró en vigor para la República Dominicana el 1 marzo 2007. El 14 de noviembre de 2008 Costa Rica aprobó la última ley interna necesaria del TLC. Entró en vigor el 1 de enero de 2009.

Al ser parte del TLC o cualquier otro Tratado del que Guatemala sea parte, todos los Estados contratantes deben cumplir con cada uno de los artículos previstos dentro de los mismos, para mantener relaciones pacíficas y en donde los países estén conformes con la relación que manejan entre sí, siendo uno de los objetivos principales de los Tratados, el poder tener relaciones pacíficas y que al mismo tiempo sean equitativas.

El Estado de Guatemala al haber ratificado el TLC, adquiere automáticamente la obligación de crear las condiciones idóneas que permitan un mayor flujo de comercio a nivel internacional, respetando dichas condiciones que se encuentran establecidas en los Tratados, se refiere específicamente a las establecidas en el artículo 10.5 del TLC, referente a inversión, dichas condiciones deberán garantizar al país inversor un trato adecuado a medida que proteja sus intereses.

El artículo 10.5 del TLC establece: *“1. Cada parte otorgará a las inversiones cubiertas un trato acorde con el derecho internacional consuetudinario, incluido el trato justo y equitativo, así como protección y seguridad plenas. 2. Para mayor certeza, el párrafo 1 prescribe que el nivel mínimo de trato a los extranjeros según el*

derecho internacional consuetudinario es el nivel mínimo de trato que se le otorgará a las inversiones cubiertas. Los conceptos de “trato justo y equitativo” y “protección y seguridad plenas” no requieren un tratamiento adicional o más allá de aquél exigido por ese nivel, y no crean derechos sustantivos adicionales. La obligación en el párrafo 1 de otorgar: (a) “trato justo y equitativo” incluye la obligación de no denegar justicia en procedimientos criminales, civiles o contencioso administrativos, de acuerdo con el principio del debido proceso incorporado en los principales sistemas legales del mundo; y (b) “protección y seguridad plenas” exige a cada Parte otorgar el nivel de protección policial que es exigido por el derecho internacional consuetudinario. 3. La determinación de que no se ha violado otra disposición de este Tratado, o de otro acuerdo internacional, no establece que se ha violado este Artículo.” El artículo referente a inversiones es muy puntual en indicar que los inversionistas deben tener seguridad plena de ser tratados con equidad y de modo que no sean afectados en ningún momento, y como consecuencia no tengan pérdida en lo que han invertido.

Es debido a la mala aplicación del artículo mencionado con anterioridad que ha intervenido Tribunales Arbitrales específicos en la materia de inversión, para poder solucionar el Conflicto que surge con los inversionistas, los Tribunales Arbitrales buscan en forma imparcial analizar cuál de los países es el que realmente no ha cumplido con lo pactado en el TLC.

2.6 INVERSIONES

El termino inversión es utilizado al referirse al empleo de diversos recursos con el fin de salir beneficiado de ello, los recursos invertidos pueden ser materiales, naturales, monetarios, físicos, tecnológicos, entre otros, todos con el fin de obtener una ganancia o resultado determinado.

En el desarrollo de este tema lo que interesa es la Inversión extranjera para poder conocer cómo llegan estos inversionistas a Guatemala, y los beneficios que pueden surgir de la misma.

El Congreso de la República en su Decreto 9-98 Ley de Inversión Extranjera, regula lo referente a las mismas, En su artículo primero proporciona la siguiente definición de Inversión en general: *“Significa cualquier actividad destinada a la producción, intermediación o transformación de bienes así como la prestación e intermediación de servicios mediante toda clase de bienes o derechos, siempre que ésta se haya efectuado de conformidad con las leyes y reglamentos respectivos...”*⁶² la actividad de inversión en Guatemala abarca diversas áreas y todas son reguladas por la Ley, en donde también se hace énfasis de las leyes que deben seguir las empresas extranjeras que vayan a invertir en Guatemala. A continuación, se desarrollará el tema de Inversiones Extranjeras para su mejor comprensión.

2.6.1 Inversiones Extranjeras

En la Ley de Inversión Extranjera de Guatemala en su artículo primero proporciona la siguiente definición al respecto: *“Es cualquier clase de inversión que implique toda clase de transferencia de capital a la República de Guatemala proveniente del exterior, efectuada por un inversionista extranjero. Queda comprendido asimismo dentro de este concepto, la reinversión que pudiera hacer el inversionista extranjero en el territorio guatemalteco, de cualquier renta o capital generado en Guatemala a través de su inversión.”*⁶³ Las inversiones extranjeras en Guatemala han tenido factores beneficiosos como también factores en contra en algunos casos.

2.6.1.1 Importancia de las inversiones extrajeras

Las inversiones extrajeras son muy importantes para el flujo de capital de los países, Matthias Herdegen al respecto indica *“la atracción de inversiones extrajeras es un instrumento clave para el desarrollo económico, el crecimiento sostenido de la economía y la lucha contra la pobreza.”*⁶⁴ Las inversiones extrajeras contribuyen a la estabilidad financiera internacional, y a que se mantengan relaciones económicas entre los países ayudándose unos a otros en la economía. Si bien un país invierte una suma en un país con una economía no muy buena, esta puede mejorar y la idea

⁶² Congreso de la República de Guatemala, Decreto 9-98, *Ley de Inversión Extranjera*. Guatemala.

⁶³ *Loc. Cit.*

⁶⁴ Herdegen, Matthias. *Op. cit.*, Pág. 374

es llegar a tal punto que se puede llegar a combatir la pobreza sino es que erradicarla.

A Guatemala le conviene mucho que países con una gran industria y muy reconocidos a nivel internacional, inviertan en él; ya que de esta forma podrán crecer en sus relaciones internacionales e incrementar su economía. Por tal motivo es muy importante que Guatemala cuide de sus relaciones con los inversores para conservar su reputación y atraer más inversores al país, evitando demandas internacionales.

Para los inversionistas de igual forma es beneficioso invertir, *“El flujo de capital entre países hace que las tasas de rendimiento de diferentes localidades se movilizan de una manera más estrecha, ofreciendo con ello a los inversionistas mejores rendimientos generales.”*⁶⁵ Opina Levi, los inversionistas buscan un beneficio de su inversión. Si realizan una buena inversión y todo va de acuerdo a lo planificado pueden aumentar su capital y tener relaciones satisfactorias con el país anfitrión.

2.6.1.2 Empresas Extranjeras

Las empresas que pueden invertir en los Estados anfitriones son empresas extranjeras, las cuales también son conocidas como empresas multinacionales. Las empresas extranjeras también son conocidas como inversores extranjeros, empresas multinacionales, entre otros, el Decreto 9-98 define a los inversores extranjeros como: *“Significará la persona individual o jurídica extranjera, así como entidades extranjeras sin personalidad jurídica, legalmente organizadas de conformidad con la ley del país de su constitución, que realicen una inversión extranjera en el territorio guatemalteco, ya sea directamente o mediante cualquier forma de asociación o contratación con personas individuales o jurídicas guatemaltecas.”*⁶⁶

Berhnrmán define una empresa multinacional como: *“El propósito de una EM es servir al mercado mundial invirtiendo en cualquier parte donde pueda lograr la*

⁶⁵ Levi, Maurice D., *Op. cit.*, Pág. 12

⁶⁶ Congreso de La República de Guatemala, Decreto 9-98, *Ley de Inversión Extranjera*, Guatemala.

*operación más eficiente.*⁶⁷ Las empresas que buscan invertir obtienen beneficios propios si lo que esperan se cumple a cabalidad, recuperando así el capital invertido y generando ganancias, además contribuyen con el mercado y economía mundial de modo que el capital está en constante movimiento y puede entrar a países que lo necesiten.

Toda empresa que invierte en el extranjero busca al mismo tiempo tener una seguridad con su inversión y son las reglas del Derecho Consuetudinarios internacional que ofrecen una protección limitada.

2.6.1.3 Protección en el derecho de inversiones

Al momento de realizar una inversión del tipo que sea, los inversionistas siempre van a desear estar protegidos contra cualquier adversidad que pueda surgir, es por eso que sus inversiones están protegidas de cierto modo, por ejemplo, en el TLC, existe un artículo específico el cual ya se desarrolló con anterioridad (10.5), relativo a inversionistas y dicho artículo debe ser respetado por los países contratantes para mejores relaciones.

Matthias Herdegen al respecto aporta: *“Con el Convenio del Banco Mundial sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados se creó un foro para realizar procedimientos de solución de diferencias que presentan similitudes con un proceso judicial: el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones - CIADI (International Centre for the Settlement of Investment Disputes - ICSID).*⁶⁸ El CIADI es al mismo tiempo un mecanismo que ayudará a la resolución de conflictos que puedan surgir, y hasta cierto punto contribuye con la protección del Derecho de inversiones, más adelante se desarrollara más ampliamente.

⁶⁷ Behrman, Jack N. *Criterios para la toma de decisiones sobre inversión extranjera directa en América Latina.*, Traducción de: Leticia Leduc de Infante, México, Noema Editores, 1979, Primera Edición en Español, Pág. 19

⁶⁸ Herdegen, Matthias. *Op. Cit.*, Pág. 384

Una de las formas más efectivas y principales de protección a las inversiones son los Tratados o Convenios entre los diversos Estados, Matthias Herdegen indica: *“Los tradicionales Tratados de amistad, comercio y navegación, que los países industrializados occidentales celebraron con frecuencia en el pasado, suelen contener disposiciones sobre la admisión y la protección de las inversiones.”*⁶⁹ En la actualidad de igual forma se siguen manejando este tipo de Tratados, y todos contribuyen con la protección de las partes dentro de los mismos, siendo e esta forma que los Tratados de Protección que poseen algunos países están basados en Tratados modelo.

2.6.1.4 Derecho de Sociedades Internacionales

Las sociedades que invierten en Guatemala de por sí ya son sociedades establecidas previamente en su país de origen, los requisitos con los cuales han sido establecidas, son regulados por la legislación del país en donde tienen su sede principal. Sin embargo, al momento en que entran a invertir en el país, deben acatar las normas del mismo.

En el Decreto 2-70 del Congreso de la República de Guatemala, se encuentran establecidas las formas para operar en el país de las sociedades constituidas en el extranjero a partir del Artículo 213. *“El Derecho que rige la posición jurídica de una sociedad y su estructura interna se denomina “ley aplicable a la sociedad” o “estatuto societario”.*⁷⁰ Esta ley (*lex societatis*) es similar a la ley del estatuto personal que aplica a la persona individual donde quiera que vaya, al mismo tiempo debe tenerse presente que las personas jurídicas no poseen nacionalidad, y esto las puede obligar a adscribirse a los ordenamientos nacionales por diversos criterios de conexión.

El reconocimiento de una Sociedad Extranjera se refiere a su personalidad jurídica u otros aspectos que le hayan sido atribuidos por el Derecho que lo invistió de autonomía jurídica, *“El reconocimiento se refiere, por lo tanto, a la elección de un*

⁶⁹ *Ibid.*, Pág. 386

⁷⁰ *Ibid.*, Pág. 329

*determinado Derecho extranjero como ley aplicable a la sociedad.*⁷¹ Es la forma en la que funcionan las sociedades en Guatemala, la forma en la que se han creado es diferente a la guatemalteca, debido en muchos países para la constitución de una sociedad anónima no son necesarios tantos requisitos sino que basta con unos cuantos, pero su reconocimiento va a hacerse de la manera expuesta.

Al momento de reconocimiento de una sociedad extranjera, debe analizarse si la misma puede establecerse y operar dentro de Guatemala, tomándose en cuenta las restricciones extranjeras en cuanto a la personalidad jurídica. A este respecto Matthias Herdegen menciona la: “...*limitación de la personalidad jurídica a los fines sociales estatutarios, de acuerdo con la doctrina “ultra vires” anglosajona.*”⁷²

Actualmente, no existe ni ha existido una Ley que pueda aplicarse a las sociedades internacionalmente, por tal razón es que queda a cada sociedad extranjera las leyes que la han regido desde su nacimiento a la vida jurídica, acatándose a las leyes del país en donde ha sido reconocida.

2.6.1.5 Centro Internacional para el Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI)

Para entender más claramente el proceso que se lleva a cabo al momento de que no sea la relación como se esperaba, se solicita la intervención de un Tribunal Arbitral para que pueda aportar en la resolución del conflicto, para esto se debe tener conocimiento del Derecho económico internacional, que son las normas que regulan el tráfico económico privado basándose en aspectos propios del Derecho internacional público. En concreto, las bases del Derecho internacional público económico están compuestas de todas aquellas normas que regulen las relaciones comerciales, económicas entre los Estados y las organizaciones internacionales.

⁷¹ *Ibid.*, Pág. 330

⁷² *Loc. Cit.*

El Derecho internacional consuetudinario es de suma importancia en estas relaciones debido a que los inversores privados gozan de especial protección en las relaciones de forma internacional, a través de acuerdos entre su Estado de origen y el Estado anfitrión. En estas relaciones solamente el Estado de origen puede hacer diversas reclamaciones basadas en las reglas del Derecho Internacional público. Es ahí donde pueden surgir problemas a raíz de que el país en donde se invierte puede omitir ciertas reglas y solamente ver al país inversor como un socio y no darle el trato o énfasis adecuado para que el inversor esté a gusto con la relación que tienen entre Estados.

A este respecto, Matthias Herdegen, menciona: “es preciso referirse especialmente al Centro Internacional para el Arreglo de Diferencias sobre Inversiones (CIADI) que, sobre la base de un convenio multilateral, ofrece un foro arbitral para la solución de diferencias entre los Estados parte y los inversores extranjeros privados.”⁷³ Y es justamente lo que sucede se presenta ante el CIADI para que pueda intervenir en las relaciones comerciales relativas a inversión y decida que sucede con el conflicto existente.

El CIADI fue establecido por el Banco Mundial en 1966, este centro fue creado con el fin de ofrecer árbitros para solucionar conflictos que pudieran surgir entre los Estados anfitriones con inversores extranjeros, es un centro imparcial para proporcionar la mejor solución a conflictos. *“Cada caso es considerado por una comisión de conciliación o de arbitraje independiente, después de escuchar la evidencia y los argumentos legales de las partes.”*⁷⁴

El CIADI es independiente del Banco Mundial, pero está ligado siendo financiado por el BM. Su sede se encuentra establecida en Washington D.C. Laríos Ochaita

⁷³ Herdegen, Matthias., *Op. cit.*, Pág. 6.

⁷⁴ CIADI, Centro Internacional de Arbitraje de Inversiones, disponible en: <https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/Pages/default.aspx>, fecha de consulta 27 de julio de 2016.

expone: “... busca dotar a la comunidad internacional de una herramienta capaz de promover y brindar seguridad jurídica a los flujos de inversión internacionales.”⁷⁵

En la página oficial de CIADI se encuentra amplia información acerca de sus funciones además indican que “Cuenta con un amplio programa de publicaciones, incluyendo el principal ICSID *“Review-Inversión Extranjera Law Journal”* y publica periódicamente información sobre sus actividades y casos.”⁷⁶ Una herramienta bastante útil para los países extranjeros debido a que pueden estar al tanto de lo que sucede en el mundo de la inversión y estar al pendiente de las diversas actividades realizadas por el CIADI, de tal manera que pueden tomar ideas para sus inversiones y que estas sean más útiles.

Actualmente en Guatemala existen tres casos que se han llevado por el CIADI, son demandas de empresas extranjeras que han invertido en el país, al momento de no estar de acuerdo con el trato pactado han llevado su caso ante el CIADI, casos que se usan de referencia en la presente investigación: Ferrovías con un fallo en contra de Guatemala y Teco con fallo en contra, el cual fue anulado. Iberdrola en cambio obtuvo un fallo a favor del Estado de Guatemala.

Para comprender más acerca del origen del CIADI, se desarrollará a continuación el tema de arbitraje internacional en general.

2.7 ARBITRAJE INTERNACIONAL

El Arbitraje es uno de los métodos de resolución de conflictos más importantes y completos, siendo además una de las instituciones de Derecho Internacional conocidas desde sus inicios, de las más antiguas. Es una institución destinada a la resolución de conflictos que puedan surgir de las relaciones entre Estados.

Quintana Adriano aporta la siguiente definición: “*“Es una forma heterocompositiva, es decir una solución al litigio, dada por un tercero imparcial, un Juez privado o varios,*

⁷⁵ Larios Ochaíta, Carlos. *Op. cit.* Pág. 395

⁷⁶ CIADI, *Op. cit.*

*generalmente designado por las partes contendientes.*⁷⁷ La decisión que se toma dentro del arbitraje es totalmente imparcial, no pretende favorecer a ninguna de las partes, sino que tomar una decisión justa ante el conflicto.

Para Larios Ochaita el Arbitraje es: “... es una institución destinada a la solución pacífica de los conflictos internacionales y se caracteriza por el hecho de que dos Estados en conflicto someten su diferendo a la decisión de una persona (árbitro) o varias (comisión arbitral)...”⁷⁸, un aporte muy acertado ya que concisamente expone lo que es el Arbitraje y la importancia de su uso.

El Arbitraje surge por ser una institución necesaria e importante dentro del Derecho Internacional, a través de cambios y acontecimientos.

2.7.1 Historia

En la antigüedad existían procedimientos que se le asemejaban, la intervención de un ente superior para la resolución de un conflicto. Con el tiempo, el arbitraje fue introducido pro Estados Unidos e Inglaterra en el Tratado de Jay; en 1899, La Haya lo considero “una institución merecedora de un estatuto jurídico y aceptación general.”⁷⁹ El Arbitraje ha tenido una gran evolución a través de los años, tal y como sucede con el derecho, se ha ido creando por las necesidades que surgen de las sociedades.

En 1907 se concretizó la idea y práctica del arbitraje durante la Segunda conferencia de Paz de la Haya, en donde fue revisada la Convención para el Arreglo Pacífico de disputas Internacionales, dónde nació la Corte Internacional Permanente de Arbitraje. Desde ese entonces dicha Corte ha tenido diversos casos ya que ofrece servicios no solo de arbitraje sino también de conciliación, investigación, mediación, entre otros.

⁷⁷ Quintana Adriano, Elvia Arcelia. *Marco Jurídico del Arbitraje Nacional, Regional e Internacional en Contratación y Arbitraje Internacional*, México, UNAM, Pág. 397, disponibilidad y acceso: <http://bibliohistorico.juridicas.unam.mx/libros/6/2776/16.pdf>, consultado 15 de agosto de 2016.

⁷⁸ Larios Ochaita, Carlos. *Op.cit.*, Pág. 390

⁷⁹ *Ibid.*, Pág. 392

2.7.2 Sede

El Tribunal tiene su sede en La Haya, Holanda, se encuentra ubicado en el Palacio de la Paz, en el edificio en donde se encuentra la Corte Internacional de Justicia, la Academia de Derecho Internacional de La Haya y una gran biblioteca de Derecho Internacional.

2.7.3 Obligatoriedad

“La obligación de someter una controversia a arbitraje necesariamente surge del consentimiento de las partes para que así sea, y tal consentimiento puede ser expresado en un acuerdo especial...”⁸⁰ La obligatoriedad surge de las partes, ya que previamente a conocer deben comprometerse a respetar y observar el fallo del Tribunal Arbitral.

2.7.5 Arbitraje de Inversión

Por la amplitud de temas relativos a arbitraje, existen diversas clases, la más importante dentro de la presente investigación es el Arbitraje de Inversión, encargado de regular los asuntos y conflictos referentes a inversiones internacionales. La institución encargada de asuntos referentes a inversión, es el CIADI, el cual fue desarrollado con anterioridad.

“La Competencia de Arbitraje Internacional de Inversión tiene por finalidad fomentar el estudio de la solución de controversias relativas a inversiones mediante el arbitraje internacional...”⁸¹, al momento de iniciar un arbitraje de inversiones, las partes presentan su demanda y contestación ante el Tribunal correspondiente, el cual analiza las pruebas y los casos llegando así a una decisión final.

En Guatemala se han dado dos casos específicos en donde ha tenido que intervenir el Tribunal Arbitral en materia de inversiones, Ferrovías y Tecu, los dos relevantes dentro de la presente investigación, debido a que en ambos el Tribunal ha fallado en

⁸⁰ Sorensen, Max. *Op. Cit.* Pág. 638

⁸¹ American University Washington College of Law, *Arbitraje Internacional de Inversión*, Washington, D.C., 2016, disponibilidad y acceso: <https://www.wcl.american.edu/arbitration/mootinversion.cfm>, fecha de consulta: 18 de agosto de 2016.

contra de Guatemala. Sin embargo, en ambos casos se fundamentan con la mala aplicación del artículo 10.5 del TLC referente a inversiones, en donde el Estado de Guatemala ha sido vencido en laudos arbitrales por no darle un trato justo al país inversor, dichos casos se desarrollarán en el siguiente capítulo.

CAPITULO III

FALLOS EN CONTRA DE GUATEMALA POR CIADI

3.1 FALLO RAILROAD DEVELOPMENT CORPORATION RDC (FERROVÍAS)

3.1.1 Antecedentes

Railroad Development Corporation conocido por sus siglas RDC es una sociedad de inversión y gestión de trenes que se encuentra ubicada en Pittsburgh, Pennsylvania, E.E.U.U., es una empresa única en su enfoque en los mercados emergentes del ferrocarril. Su enfoque se ha ampliado de los ferrocarriles a los corredores de transporte, extendiendo así el alcance y el valor de sus franquicias a través de la incorporación de las instalaciones portuarias, instalaciones *Transload*, el desarrollo de la fibra óptica y otros negocios relacionados con los ferrocarriles.

La ventaja competitiva de RDC se debe a su capacidad de estructurar empresas conjuntas sobre una base específica, en mercados complejos y volátiles, y reducir al mínimo los costos de transacción y el tiempo necesario para su implementación.⁸²

RDC es una empresa privada estadounidense dedicada a los ferrocarriles específicamente, que controla la Compañía Desarrolladora Ferroviaria S.A., empresa privada guatemalteca que funciona como Ferrovías Guatemala más conocida por sus siglas como FVG desde noviembre de 1997.

FVG surge durante el gobierno del ex presidente Constitucional de la República de Guatemala Álvaro Arzú Irigoyen, que llamó a una licitación pública internacional, para reinstalar y hacer funcionar la estructura ferroviaria a fin de desarrollar un sistema de trenes dentro del territorio nacional; en esa época se otorgaron contratos de usufructo oneroso que consistían en el manejo del sistema de un tren entre

⁸² Se puede confrontar en: Railroad Development Corporation, RDC, Detalles de la Empresa, Estados Unidos, 2015, disponibilidad y acceso: http://www.rrdc.com/company_overview.html, consultado el: 22 de agosto de 2016.

Ferrocarriles de Guatemala conocido por sus siglas como FEGUA, quién era una empresa del Estado que se encargaba de operar el sistema ferroviario hasta antes de su clausura en el año de 1996 y RDC, quién específicamente se comprometió a hacer funcionar dicho sistema de ferrocarriles en Guatemala a cambio del pago de los montos acordados.⁸³ FVG en su mayoría es manejado y controlado por RDC.⁸⁴ FVG Y FEGUA celebraron un total de 4 contratos.

Durante 1999 FVG instaló un servicio de trenes entre la ciudad de Guatemala y otras tres ciudades ubicadas en dirección al Mar Caribe, las relaciones que tenían iban evolucionando con el pasar del tiempo, hasta que en 2005 FVG y FEGUA tuvieron un desacuerdo en cuanto al desarrollo de su trabajo, dicho desacuerdo fue muy relevante ya que FVG inició arbitrajes en casa, alegando el incumplimiento del contrato por parte de FEGUA, fundamentándose en que FEGUA no había hecho los pagos correspondientes, ni desalojado a las personas de los lugares en donde se suponía que iban a pasar las nuevas vías de los ferrocarriles.

Antes de que dichas demandas fueran presentadas FEGUA solicitó al Procurador General de la Nación que investigara las circunstancias en las que se concluyó el cuarto contrato realizado entre ellos. El Procurador General de la Nación, en cumplimiento de la ley, emitió el dictamen correspondiente un mes después que FVG hubiere presentado sus demandas, indicando que el contrato debía ser declarado nulo por ser lesivo para los intereses nacionales, según la legislación guatemalteca.⁸⁵

En diversas ocasiones, RDC y FVG intentaron llegar a un acuerdo con el Estado de Guatemala, por lo cual también se reunieron con el Presidente de la República de Guatemala en ese entonces, Oscar Berger Perdomo, quien estableció una comisión encargada del estudio del asunto en el que estaba representada FEGUA. A través de

⁸³ CFR: Railroad Development Corporation v. Guatemala, caso CIADI No. ARB/07/23, laudo de fecha 29 de junio de 2012, Pág. 12, disponibilidad y acceso en: <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita1051.pdf>, consultado el: 25 de agosto de 2016.

⁸⁴ *Ibid.*, Pág 1.

⁸⁵ *Ibid.*

un acuerdo gubernativo publicado en el año 2006 en el diario oficial de Guatemala. En dicha publicación, el Presidente declaró lesivo para los intereses del Estado el contrato celebrado con FVG, algo es seguro, que el Presidente basó esta decisión en el dictamen otorgado por el Procurador General de la Nación permitiendo así que Guatemala iniciara un proceso contencioso administrativo sobre nulidad del contrato.

El 13 de marzo de 2007, RDC presentó una solicitud de arbitraje en contra de la República de Guatemala ante el CIADI, a su nombre y de FVG, en virtud del Artículo 10 del TLC relativo a inversiones, RDC alegó que con la declaratoria presidencial de lesividad el Estado de Guatemala no solo habría afectado sus intereses sino que habría violado dicho tratado, al incumplir las obligaciones internacionales de protección contra expropiación, de trato nacional, de trato mínimo internacional, y de protección y seguridad plenas.⁸⁶ Con dicha demanda que presentó ante el CIADI, se dio inicio al proceso ante el Tribunal Arbitral.

3.1.2 Análisis y Procedimiento del Caso

El caso de Ferrovías es importante para esta investigación enfocándose en el trato mínimo internacional que debe considerar el Estado de Guatemala y todos los Estados anfitriones una vez que un país venga a invertir en ellos, sin embargo, en este caso se tomaron en cuenta otros aspectos que se consideraron vulnerados por parte del demandante.

A partir de la presentación de la demanda ante el CIADI, se llevó a cabo el procedimiento de la siguiente manera:

Con fecha 14 de junio de 2007, RDC, la demandante, presentó ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones CIADI una solicitud de arbitraje contra la República de Guatemala, la demandada, en su propio nombre y en nombre de FVG, debido a que es controlado por RDC, quien posee sus acciones

⁸⁶ *Ibid.* Págs. 28 a 49

mayoritariamente. La solicitud fue presentada bajo el TLC o CAFTA-DR (sus siglas en inglés), el CIADI registró dicha solicitud el 20 de agosto del año 2007.⁸⁷

El 14 de abril de 2008 se constituyó el Tribunal de Arbitraje que sería encargado del presente caso, fue conformado de conformidad con el artículo 10.19.1 del TLC, la Demandante nombró al Honorable señor Stuart E. Eizenstat (Estados Unidos de América), la demandada al profesor James Crawford (Australia) y de conformidad con el artículo 10.19.3, el Secretario General del CIADI nombró al Dr. Andrés Rigo Sureda (España), como Presidente del Tribunal.

El 29 de mayo de 2008, el Estado de Guatemala solicitó al Tribunal que considerase una objeción a la jurisdicción del Tribunal en el presente caso en virtud del Artículo 10.20.5 del TLC. Como exige el artículo 10.20.5, el Tribunal suspendió el procedimiento sobre el fondo del asunto. Las partes intercambiaron exposiciones por escrito y se llevó a cabo una audiencia de la jurisdicción el 10 de octubre de 2008 en Washington, D.C., en donde las partes estuvieron representadas por sus abogados, de conformidad con el artículo 10.21 del TLC la audiencia estaba abierta para todo público.

El 17 de noviembre de 2008, el Tribunal emitió la primera resolución en cuanto a la objeción sobre jurisdicción, de conformidad al Artículo 10.20.5, en la cual sostuvo literalmente:

“(A) Que la reserva contenida en las renunciaciones presentadas por el Demandante de acuerdo con el artículo 10.18.2 no tiene ninguna consecuencia para a efectos de su validez. [y] (b) [q] que las renunciaciones presentadas por la Demandante de conformidad con el artículo 10.18.2 son válidas con respecto a la reclamación derivada de la Declaración de Lesividad y de la posterior la conducta de la demandada de conformidad con la Resolución, por lo tanto, se debe cumplir con el consentimiento

⁸⁷ *Ibid.* Pág. 4

*del demandado a las condiciones de arbitraje en virtud del artículo 10.18 con respecto a esa reclamación”.*⁸⁸

El 12 de diciembre de 2008, la Demandada presentó una solicitud de aclaración de la Primera decisión sobre la jurisdicción. La demandante presentó observaciones el 19 de diciembre de 2008, en referencia a lo mismo, el 13 de enero del 2009, el Tribunal emitió una Decisión sobre la aclaración de la primera decisión relativo a la jurisdicción.

El 6 de enero de 2009, el Tribunal emitió una orden de procedimiento que se estableció el calendario procesal en la fase de fondo del procedimiento, fijó al mismo tiempo el 24 de mayo 2009 como fecha límite para la presentación del memorial sobre el fondo del asunto y un plazo de dos semanas después de la fecha de presentación del Memorial sobre el Fondo para el Demandado mantener informado al Tribunal de cualquier intención de formular objeciones preliminares.

En el transcurso del 5 de mayo de 2009 al 26 de junio de 2009, tanto la parte demandante como la demandada presentaron una serie de documentos al Tribunal con los cuales se pretendía modificar el calendario de presentación de documentos de ambas partes, el Tribunal acepto dicha solicitud cambiando así el calendario, posteriormente el 26 de junio de 2009 como estaba establecido, la demandante presento el memorial correspondiente, mientras tanto el 24 de julio de 2009 el Estado de Guatemala, presentó un aviso en el cual pretendía aumentar sus objeciones, por tal razón el demandante objeto el 4 de agosto de 2009.

A raíz de todo lo anterior el Tribunal el 24 de agosto de 2009, emitió una orden para suspender el procedimiento sobre el fondo.

El 24 de septiembre de 2009, el Estado de Guatemala presentó su Memorial sobre Excepciones a la Jurisdicción de conformidad con el Artículo 10.20.4 del TLC y el

⁸⁸ *Loc. Cit.*

Artículo 25 del Convenio del CIADI, la parte Demandante presentó su Memorial sobre la Competencia el 26 de octubre de 2009.

El 3 de noviembre de 2009, el Tribunal dio a conocer que no sería necesario que hubiera una segunda ronda de escritos. La segunda audiencia sobre la competencia se llevó a cabo del 1 de marzo al 3 de marzo de 2010 en la sede del Centro en Washington, DC. De conformidad con el artículo 10.21 del CAFTA la audiencia fue abierta al público en general. Tanto representantes de los Estados Unidos y la República de El Salvador asistieron a la audiencia, durante la audiencia tanto Estados Unidos como El Salvador siendo partes no contendientes tuvieron participación oral, absteniéndose de la presentación de documentos por escrito, solicitando así mismo, fecha para su respectiva presentación en virtud del Artículo 10.20.2. del TLC.

El 5 de marzo de 2010 el Tribunal envió una comunicación a las partes no contendientes dentro del proceso, estableciendo el 19 de marzo como fecha límite para presentar sus peticiones por escrito.

El 19 de marzo de 2010 El Salvador presentó una petición como parte no contendiente dentro del proceso, por lo cual el Tribunal dio informe acerca de la misma a las partes para que se pronunciasen al respecto. El 31 de marzo de 2010 las partes presentaron ante el Tribunal sus observaciones acerca de la exposición de El Salvador.⁸⁹

El 18 de mayo de 2010, el Tribunal dictó la Segunda Resolución sobre Jurisdicción de la siguiente manera:

“(i) excepciones de la Demandada rechazadas “ratione temporis” por razón de la materia a su jurisdicción; y (ii) confirmó que su competencia se limita a la Declaración de Lesividad y la conducta posterior a la presente Resolución, que puede incluir

⁸⁹ *Ibid.* Págs. 4 a 6

actos u omisiones por el Demandado en relación con los ocupantes ilegales, pero sólo en la medida en que resulten de la Declaración de Lesividad."⁹⁰

El 7 de junio de 2010, el Tribunal después de consultar a las partes emitió una orden en donde se fijaron los plazos para el procedimiento sobre el fondo del asunto.

Finalmente, el 5 de octubre de 2006 la parte demanda presentó memorial de contestación sobre el fondo mientras el demandante presento una réplica sobre el fondo el 24 de marzo de 2011, y la demandada su réplica sobre el fondo el 21 de octubre de 2011.

La audiencia sobre el fondo se llevó a cabo del 8 de diciembre al 16 de diciembre de 2011 en la sede del Centro en Washington, DC. De conformidad con el Artículo 10.21.2 del TLC, la audiencia fue abierta al público en general y, con el consentimiento de las partes, era transmitida a través de Internet. Representantes de los Estados Unidos y El Salvador asistieron a la audiencia como partes no contendientes. Las partes estuvieron representadas por sus respectivos abogados que hizo presentaciones ante el Tribunal.

El 21 de diciembre de 2011, el Tribunal envió una comunicación a las partes no contendientes en donde el 31 de enero de 2012 se estableció como fecha límite para presentar peticiones en virtud del Artículo 10.20.2 del TLC.

El 31 de enero de 2012, El Salvador y los Estados Unidos presentaron sus escritos sobre la interpretación del TLC de conformidad con el artículo 10.20.2. En esa fecha, Honduras manifestó su intención de presentar un escrito como una parte no contendiente y solicitó una prórroga del plazo. El Tribunal concedió una prórroga de 10 días y Honduras presentó su exposición el 10 de febrero de 2012.

Por invitación del Tribunal, las partes presentaron observaciones sobre las exposiciones de las partes no contendientes el 24 de febrero de 2012.⁹¹

⁹⁰ *Ibid.*, Pág. 7

Por último, el Tribunal ordenó el cierre del procedimiento el 25 de abril de 2012.

3.1.3 Argumentos Principales

Los Argumentos en los cuales se basó la demandante en el presente caso fueron los siguientes:

El primer argumento era que la demandada, la República de Guatemala, había expropiado la inversión del demandante, estableciendo que la Declaración de Lesividad estaba totalmente en contra del Artículo 10.7.1 del TLC para una expropiación lícita, argumentando que no cumple con ello, negando que la expropiación era para un fin público, sugirió el demandante que el objetivo podría ser el de proteger el patrimonio cultural e histórico de Guatemala.

El demandante también alega que el país anfitrión no cumplió con el estándar mínimo de trato con el inversor de conformidad con el Artículo 10.5 del TLC, debido a la aplicación del procedimiento de lesividad durante su relación con un inversor extranjero. En el laudo se refiere a este respecto de la siguiente manera: *“Demandante alega que el demandado actuó con malicia, ya que emitió la Resolución lesivo para lograr las metas impropias y discriminatorias.”*⁹² El demandante nunca estuvo de acuerdo con que Guatemala haya declarado lesivos estos contratos, ya que por la relación existente y porque ellos habían invertido en dicho país no era justo que no se les tomara en cuenta para tomar una decisión de tal magnitud, que afectaría sus intereses e inversión.

El Demandante argumenta al mismo tiempo la infracción que se cometió en la obligación de la demandada para proporcionar completa protección y seguridad a su inversión de conformidad con el Artículo 10.5.1 del TLC.

⁹¹ *Ibid.* Págs. 7 a 12

⁹² *Ibid.*, Pág. 18

Además, también alega la norma de trato nacional que se encuentra regulada en el Artículo 10.3 del TLC, Según el demandante, RDC y Ramón Campollo son extranjeros y los inversores nacionales en "circunstancias similares": ambos son competidores en el mismo sector económico, ya que han estado compitiendo para invertir y operar en el ferrocarril, arrendamiento y el desarrollo de los activos del ferrocarril. Según el Demandante: *"En estas propuestas, Campollo exigió que se le permitiera, sin compensar a FVG, para hacerse cargo del Usufructo en su totalidad o en parte, y se le concedió el derecho exclusivo a utilizar, desarrollar y explotar los activos de usufructo, en particular a lo largo del corredor de la Costa Sur, donde negocio de azúcar y otros intereses comerciales e inversiones. La competencia directa no podría ser más clara".*⁹³ La idea principal en este argumento era que no se había respetado al inversor, sino que al contrario no se le había tomado en cuenta en ningún momento.

En general lo expuesto anteriormente fueron los argumentos principales con los cuales el demandante presentó su memorial ante el CIADI.

3.1.4 Firma de Abogados

Los abogados encargados del caso dentro de este Arbitraje fueron los siguientes:

En representación del Demandante:

C. Allen Foster

Kevin E. Stern

Ruth Espey-Romero

Greenberg Traurig, LLP

Juan Pablo Carrasco de Groote

Bufete Jurídico Díaz-Durán & Asociados

Ms. Regina K. Vargo

⁹³ *Ibid.* Pág. 19 y 20

Greenberg Traurig, LLP

En representación de la Demandada:

Larry Mark Robles Guibert, El Procurador General de la República de Guatemala

Sergio de la Torre, Ministro de Economía de la República de Guatemala

Marvin Gustavo Lau López, La subsecretaria general de la oficina Presidencial

Lic. Carlos Samayoa Flores, Administrador de Ferrocarriles de Guatemala

David Orta (hasta Abril 26, 2012)

Whitney Debevoise

Daniel Salinas Serrano (hasta Mayo 7, 2012)

Margarita R. Sánchez, Giselle Fuentes

Dawn Yamane-Hewett, Mallory Silberman

Arnold & Porter LLP⁹⁴

3.1.5 Decisión Final

En el laudo del 29 de junio de 2012, la CIADI llegó a la conclusión que el Estado de Guatemala había violado el trato mínimo internacional que se encuentra establecido en el artículo 10.5 del TLC, de todos los Artículos que la parte demandante alegaba había sido violados, el Tribunal solo tomó en cuenta el Artículo 10.5 relativo al trato mínimo internacional, por lo cual debía pagar a RDC una indemnización superior a los US\$ 10 millones. Específicamente en su numeral 2, el laudo arbitral indica lo siguiente:

“a) \$ 6.576.861 a causa de su la inversión en las Fases I y II; b) \$ 1.350.429 para el funcionamiento del ferrocarril un año después de la Declaración de Lesividad que provocó el cierre del servicio del ferrocarril; y c) 82% (el porcentaje de acciones de FVG que corresponden a la parte demandante) de \$ 4,121,281.62 (\$ 3,379,450.93) - el valor actual neto del Arrendamiento de inmuebles existentes a lo largo de su

⁹⁴ *Ibid.*

*duración a partir de la fecha de declaración de Lesividad - menos el 82% de las rentas pagadas a FVG bajo tales contratos post-lesivo y hasta el pago por la demandada.*⁹⁵ Dicha suma aun necesitaba un cálculo final, además se le adicionó los gastos procesales.

El tribunal, sin embargo, rechazó las alegaciones de incumplimiento de las disposiciones relativas a la protección contra la expropiación, al trato nacional, y a la protección y seguridad plenas (PSP), las dos últimas sin mayores explicaciones.

El trato mínimo internacional fue el eje principal que se vio vulnerado en este caso.

3.2 FALLO TECO ENERGY INC.

3.2.1 Antecedentes

TECO es una compañía líder de energía con sede en Tampa, Florida, Estados Unidos. TECO es una empresa subsidiaria de Emera Inc., una empresa geográficamente diversa en energía y servicios con sede en Halifax, Nueva Escocia, Canadá. La empresa invierte en la generación, transmisión y distribución, así como los servicios de transporte de gas y energía de servicios públicos con un enfoque estratégico en la transformación de alto contenido de carbono de las fuentes de energía de bajo carbono. Emera Inc., tiene inversiones en toda América del Norte y en cuatro países del Caribe.

Se subdivide en tres líneas, sus empresas de servicios públicos de Florida incluyen: Tampa Electric, una empresa regulada que proporciona servicio a más de 725.000 clientes, y People Gas System, el mayor distribuidor en Florida de gas natural con más de 365.000 clientes. New México Gas Co., un distribuidor de gas natural, es la mayor utilidad en Nuevo México con más de 515.000 clientes.⁹⁶

⁹⁵ *Ibid.*, Pág. 107

⁹⁶ Teco Energy An Emera Company, TECO ENERGY, Acerca de la Empresa, Estados Unidos, 2016, disponibilidad y acceso: <http://www.tecoenergy.com/about/>, fecha de consulta 15 de septiembre de 2016.

En el presente caso la disputa surge como es indicado en el laudo emitido por el CIADI de: *“la alegada violación, por parte de la CNEE, del marco regulatorio guatemalteco para la determinación de las tarifas de distribución de energía por parte de EEGSA, sociedad distribuidora de electricidad en la cual el Demandante tenía una participación indirecta.”*⁹⁷

Previo a continuar con los antecedentes, es importante que se haga mención de la competencia que tiene el CIADI en ambos casos dentro de la presente investigación, en el capítulo anterior se hace la referencia de que es el CIADI y cómo funciona, sin embargo, hay que mencionar cual es directamente su jurisdicción tanto en Ferrovías como en Teco.

Según el Convenio del CIADI en su Artículo 25 numerales 1 y 4, establece que el consentimiento de las partes es en donde descansa la jurisdicción del CIADI, ya que para que el Centro tenga intervención debe darse el consentimiento de los Estados por escrito y una vez que se haya dado no puede revocarse en forma unilateral.

El Convenio CIADI, Reglamento y Reglas, fue elaborado por directores ejecutivos del Banco Mundial, el 18 de marzo de 1965, se sometió a los gobiernos miembros del Banco mundial para su consideración. El Convenio entró en vigor el 14 de octubre de 1966, al ser ratificado por 20 países, para el 10 de abril de 2006, 143 países habían ratificado el Convenio para convertirse en Estados Miembros.

Guatemala figura dentro de los países que forman parte de los Estados miembros.

El Artículo 26 del Convenio CIADI establece que el consentimiento de las partes al arbitraje de conformidad con el Convenio, se considera como consentimiento a dicho arbitraje con exclusión de otro recurso esto quiere decir, que un Estado Contratante

⁹⁷ Teco Guatemala Holdings v. Guatemala, caso CIADI No. ARB/10/23, laudo de fecha 19 de septiembre de 2013, Pág. 22, disponibilidad y acceso en: <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw3038.pdf>, consultado el: 15 de septiembre de 2016.

podrá exigir el agotamiento previo de sus vías administrativas o judiciales, como condición a su consentimiento al arbitraje, tal y como sucedió con el caso de TECO ENERGY, el cual se expondrá en este capítulo.

En concreto, se puede establecer que la Jurisdicción y competencia de CIADI en estos casos, es debido a que los Estados contratantes son parte del Convenio CIADI, y toda vez que se inicia una relación de inversión entre estos países, al surgir un conflicto dentro de la misma, se pueden abocar al CIADI para que, mediante un Arbitraje de Inversión, se esclarezca y pueda encontrarse la solución que el CIADI considere más apropiada; al mismo tiempo los países que poseen esta relación de inversión también forman parte de diversos Tratados, en estos casos el TLC, por lo cual existe el respaldo de que su inversión debe ser protegida por el país anfitrión y se encuentra regulado en el artículo 10.5 de dicho Tratado, además existe conexión debido a que a partir del artículo 10.15, se establece lo relativo a conflictos y la intervención que tiene CIADI, en estos casos los países inversores alegan que Guatemala incumplió el mismo artículo 10.5 y su inversión corrió riesgo, es por eso que tienen la facultad de solicitar un arbitraje de inversión.

Continuando con los antecedentes, ocurrió que al final de la década de los ochenta el sector eléctrico estatal guatemalteco afrontaba una serie de situaciones difíciles debido a la insuficiencia para general energía eléctrica; en ese momento la generación de energía eléctrica en el país era controlada por el Instituto Nacional de Electrificación INDE, entidad estatal creada en base al Decreto 1287, en 1959 con el objeto de planificar y aportar financiamiento a lo referente a las necesidades de energía eléctrica en el país, mientras que de distribuir se encargaban diversas empresas privadas a nivel nacional, entre ellas la Empresa Eléctrica de Guatemala, S.A., EEGSA, tomando en cuenta que más adelante EEGSA, más adelante pasa a ser parte del Estado bajo el control del Ministerio de Energía y Minas.

Las diversas dificultades en las cuales se encontraba este sector se debían a que el INDE, ejercía doble rol siendo el primero el hecho de ser el regulador y por otra parte

el hecho de ser operador, y carecía de funcionamiento eficiente. Por lo anterior, el Estado de Guatemala consideró la posibilidad de privatizar una parte del sector eléctrico, siendo que, en el año de 1990, el entonces Presidente Constitucional de la República de Guatemala, Jorge Serrano encomendó a una agencia de Estados Unidos el estudio de posibles opciones para privatizar EEGSA, en consecuencia el 11 de enero de 1991, el Estado de Guatemala obtiene el informe solicitado a dicha institución extranjera el cual hace referencia a que era demasiado prematuro pensar en la posibilidad de privatizar EEGSA, debido a ciertos factores como por ejemplo, la falta de mecanismos regulatorios y que por carecer de estos se podría llegar incluso al monopolio; dicho informe también estimó el valor de las acciones de EEGSA teniendo como base 59.6 millones de dólares.

Además, se dio la situación de que el Estado aumentó sus tarifas de electricidad para evitar necesitar subsidios estatales. En ese entonces, existió un aparente consenso entre los actores del sector por el mal funcionamiento de los organismos regulatorios de la energía eléctrica, y se daba la necesidad del surgimiento de normas objetivas que definieran los derechos y las obligaciones de las partes a fin de prevenir la arbitrariedad de las entidades regulatorias y después de haber derogado el Decreto 64-94 en el año de 1994, posteriormente, el 16 de octubre de 1996 nace a la vida jurídica el Decreto 93-96 del Congreso de la República siendo llamado Ley General de Electricidad, la cual regula lo referente al órgano técnico que estaría a cargo de la función presupuestaria y de velar por el cumplimiento de las obligaciones de los adjudicatarios y concesionarios y así mismo proteger derecho de los usuarios, lo anterior enfocado al sector de energía eléctrica, regulando el régimen de precios.

Más adelante y concretamente el 17 de diciembre de 1997, el Presidente Álvaro Arzú Irigoyen emitió el Acuerdo Gubernativo 865-97, en el cual se autorizó la privatización de EEGSA, a través de la oferta y subasta pública, siendo adquirida por distintas empresas entre ellas Iberdrola y TPS.

Posteriormente, lo que correspondió al año de 1999 al 2003, se recurrió a la aplicación de los valores utilizados en el vecino país del Salvador correspondientes al año de 1996, más adelante, para establecer las tarifas entre 2003 y 2008.

Con los anteriores antecedentes la empresa TECO ENERGY, decide invertir en Guatemala, concretamente en el sector eléctrico, pero previamente, realiza una serie de investigaciones y análisis, para comprobar que sus inversiones en el país, le fueran realmente rentables, debido a la realidad económica del Estado de Guatemala.

La empresa TECO ENERGY, a través de su sociedad filial TPS, quien había formado un consorcio con otras empresas, constituye una sociedad inversora guatemalteca, denominada, Distribución Eléctrica Centroamericana, S.A. DECA I, con el fin de adquirir las acciones de EEGSA. DECA I se fusionó en 1999 con EEGSA, el resto de las empresas: Iberdrola, TPS y EDP, constituyeron una nueva sociedad guatemalteca para la tenencia de sus acciones, se denomina Distribución Eléctrica Centroamericana Dos, S.A., DECA II. Es así como finalmente TECO ENERGY, realiza la inversión el día 11 de septiembre de 1998, mediante el cierre de la compra de acciones.

Entre 1998 y 2005 la empresa TECO ENERGY se reestructuró, y el 26 de abril de 2005 se constituyó Teco Guatemala Holdings, LLC, en adelante Teco, el demandante en el presente caso.

Más adelante, la empresa Teco, demandó al estado de Guatemala, en virtud de sentirse perjudicada debido a que las tarifas de la energía eléctrica no fueron aumentadas a pesar de diversos estudios y análisis, practicados por distintas empresas, lo que, a criterio de dicha empresa, era perjudicial para sus intereses.⁹⁸

⁹⁸ *Ibid.*, Págs. 22-54

“El valor agregado de distribución (VAD) es fijado por la Comisión Nacional de Energía Eléctrica (CNEE) y es el monto máximo que se puede cobrar al usuario por el servicio de distribución, que representa el 13% del total de la factura que se emite al usuario de energía eléctrica y sirve para brindarle mantenimiento a la red y hacer nuevas inversiones de la distribuidora.”⁹⁹

La demanda se originó debido a que Tecu, argumentó de que el Estado de Guatemala, por medio de la CNEE, le fijó precios más bajos de lo que correspondía, para cobrar al usuario, por los servicios de distribución que brinda EEGSA, durante el período correspondiente del 2008 al 2013.

3.2.2 Análisis y procedimiento del Caso

Al igual que el caso Ferrovías, el presente caso es de suma importancia para esta investigación debido a que lo que se alega violado, como ya se mencionó con anterioridad, son las condiciones de trato mínimo con las que se debe manejar las relaciones comerciales internacionales en materia relativa a inversiones.

Con fecha 20 de octubre de 2010 el Demandante en el presente caso Tecu, presentó una solicitud de arbitraje ante la Secretaría del CIADI, en virtud del artículo 36 del Convenio de CIADI, posteriormente, el 23 de noviembre de 2010, el CIADI a través de su secretaria general registró dicha solicitud.

El 11 de febrero de 2011, se constituyó el Tribunal Arbitral conformado de la siguiente manera: nombrado por el demandante: el Profesor William W. Park, nombrado por la demandada: El Profesor Rodrigo Oreamundo, y conjuntamente nombrado por las partes como presidente del Tribunal Arbitral: el señor Alexis Mourre; el demandante presentó un pedido de recusación, el señor Oreamundo renunció a formar parte del Tribunal Arbitral, por lo cual el 5 de abril de 2011, la demandada nombró a otra persona y por no haber objeciones por la parte

⁹⁹ Prensa Libre, Bolaños, Rosa María., Ciadi ordena pagar US\$28.6 millones, Guatemala, 2013, disponibilidad y acceso: http://www.prensalibre.com/noticias/justicia/Ciadi-ordena-pagar-US286-millones_0_1051694867.html, fecha de consulta: 26 de septiembre de 2016.

demandante, el Tribunal fue reconstituido ahora integrado por los siguientes miembros: el profesor William W. Park, el Dr. Claus von Wobeser, y el Sr. Alexis Mourre.

El 23 de mayo de 2011 en virtud del Artículo 13 numeral 1 de las Reglas de Arbitraje, se celebró mediante conferencia telefónica, la primera sesión con las partes, las cuales fueron notificadas con las Minutas de la Primera Sesión, el día 14 de junio de 2011, dentro de las minutas se acordaron ciertas reglas por las partes y se fijó el calendario procesal provisional.

La parte demandante el 23 de septiembre de 2011, presentó su memorial de demanda adjuntando los documentos respectivos tales como anexos facticos y declaraciones testimoniales, sin embargo, en octubre del mismo año confirmó que presentaría objeciones sobre la jurisdicción del Tribunal Arbitral, para lo cual presentó un calendario procesal que estipulaba la forma en la cual presentaría sus documentos, dicho calendario fue aceptado tanto por el Tribunal como por la parte demandada.

Así fue como el 24 de enero de 2011, la parte demandante conforme lo establecido en el calendario procesal, presentó su memorial de jurisdicción y documentos adjuntos, solicitando que el 31 de enero la demandada presentara nuevamente su contestación.

El Tribunal Arbitral, el 30 de marzo de 2012 ordenó a las partes que intentaran llegar a un acuerdo respecto a los plazos para la presentación de documentos por parte de los no contendientes, por lo cual el 8 de octubre de 2012 fue el plazo límite acordado por las partes, el cual fue comunicado a los no contendientes por la Secretaría del CIADI, el 18 de abril de 2012.

El demandante presentó su réplica junto con los documentos anexos el 24 de mayo de 2012, y el 24 de septiembre el demandado presentó su memorial de Duplica junto

con los anexos facticos correspondientes, sin embargo, el 27 de septiembre el demandado presentó queja en cuanto a la Dúplica presentada por el demandado.

El Tribunal Arbitral el 1 de octubre de 2012, insta a las partes a que lleguen a un acuerdo en relación a organización de las audiencias que se llevarán a cabo con posterioridad, al mismo tiempo informó que previamente a la audiencia programada para el día 11 de diciembre de 2012, se celebraría conferencia telefónica.

El Tribunal Arbitral otorgó un plazo para que se pronunciasen las partes no contendientes, la fecha límite establecida fue el 23 de noviembre de 2012, para que pudieran presentar sus escritos y con fecha 2 de noviembre de 2012, las partes presentaron ante el Tribunal Arbitral, la propuesta para organizar las audiencias de prueba dentro del proceso.

Durante el transcurso de noviembre 2012 tanto la parte demandante como la demandada presentaron ante el Tribunal los escritos de dúplica correspondientes, y el 30 de noviembre de 2012, el listado en referencia a los testigos y expertos para el contrainterrogatorio.

En respuesta de la carta que el Tribunal Arbitral emitió el 9 de noviembre de 2012, las partes presentaron nuevos documentos los días 10 y 21 de diciembre de 2012, con el fin de ser utilizados durante las audiencias.

Los días 21 y 22 de enero de 2013, se llevó a cabo la audiencia de prueba en la ciudad de Nueva York, en la cual se interrogaron y contrainterrogaron testigos de la parte demandante, debido a que no se pudo concluir en esos días, se continuo con la misma los días 8 y 9 de marzo en la sede del CIADI en la ciudad de Washington DC, en donde se interrogó a los testigos que hacía falta.

Posteriormente, el 10 de junio de 2013 cada una de las partes presentó los escritos correspondientes en virtud de la audiencia celebrada y el 8 de julio de 2013

presentaron los escritos de réplica correspondientes, mientras que las reclamaciones sobre costas y gastos fueron presentadas el 24 de julio de 2013.

Finalmente, el 12 de noviembre de 2013, el Tribunal Arbitral expuso la clausura del caso de conformidad al Artículo 38 de las reglas de Arbitraje; el 19 de diciembre de 2013 se dictó el laudo correspondiente, estableciendo que Guatemala debía pagar a teco en concepto de daños.

Sin embargo, el Estado de Guatemala en desacuerdo de la decisión emitida por el Tribunal, solicitó la anulación del laudo el 18 de abril de 2014, por lo cual el 1 de agosto de 2014 se emite la primera resolución procesal en virtud de la anulación del proceso, ya que el 14 de julio de 2014 el comité responsable tuvo su sesión inicial vía telefónica al respecto.

Con fecha 10 de febrero de 2015, el Tribunal Arbitral en base a lo expuesto por la demandada, da a conocer la decisión de continuar con el proceso de anulación. La audiencia de anulación de proceso se llevó a cabo en la sede del Banco Mundial en Washington, DC, los días del 13 al 15 octubre de 2015.

Fue el 4 de noviembre de 2015 cuando Teco y Guatemala presentaron los costos correspondientes. De conformidad con el Reglamento de Arbitraje el proceso se declaró cerrado el 16 de marzo de 2016.¹⁰⁰

3.2.3 Argumentos Principales

Los Argumentos del demandante en este caso fueron los siguientes:

TECO alegó que el Estado de Guatemala había violado el Artículo 10.5 del TLC, referente a inversiones, esto debido a que no se otorgó un trato justo y equitativo a la inversión del mismo en Guatemala, todo al imponer un VAD demasiado bajo, y que EEGSA no incrementara sus precios a los usuarios, por tal motivo se vulneró el

¹⁰⁰ Teco Guatemala Holdings v. Guatemala, caso CIADI No. ARB/10/23, *Op. Cit.* Págs. 14 a 22

derecho que tenía la empresa inversora en Guatemala, generando así daños que pretendía fueran indemnizados. Su argumento principal era que Guatemala había actuado de forma arbitraria, por lo que no se percibieron las ganancias que se pretendían con la inversión.

Otro de los fundamentos que la empresa Teco alegó fue que Guatemala violó las expectativas del inversionista al lograr que hiciera una inversión fuerte en el país, y al momento de obtener un alto costo por las acciones de EEGSA, no cumplió con lo acordado frustrando así las expectativas de Teco, cuando al momento de ser el país anfitrión debía proteger la inversión y brindar un trato justo y equitativo conforme al estándar mínimo de Derecho Internacional Consuetudinario.

Teco alegó que el Estado de Guatemala manipuló y manejó de manera arbitraria la revisión tarifaria correspondiente al periodo del 2008 al 2013, con la mala intención de manipular el proceso y mantener las tarifas que se tenían hasta el momento sin modificarlas, según Teco la tarifa debía aumentar y con ello su inversión.¹⁰¹

“Todo accionar del Estado en violación de las declaraciones específicas realizadas con miras a inducir la inversión es una violación de la obligación mínima de trato. En contra de las alegaciones de Guatemala, y tal como establecieron todos los tribunales constituidos en virtud del TLCAN y otros tratados de inversión que abordan el tema, las legítimas expectativas del inversor gozan de protección.”¹⁰²

El Estado de Guatemala no tomó en consideración las condiciones que debía respetar y tomar en cuenta al momento de tomar decisiones con la revisión tarifaria, debido a que las acciones de EEGSA no solamente eran del Estado, sino que había un inversor extranjero que jugaba un papel importante en la misma. Teco como inversor poseía amplias expectativas acerca de su capital, pretendiendo que las tarifas para el periodo 2008-2013 incrementaran, como no hubo incremento alguno, Teco consideró violado su derecho de protección.

¹⁰¹ *Ibid.*, Pág. 68

¹⁰² *Ibid.*, Pág. 73

Tal como la Secretaria del CIADI expusó: *“la mayor parte de los antecedentes señala que no es necesario que un compromiso o una promesa estén específicamente dirigidos al inversor y que la confianza en declaraciones públicas o condiciones de mercado ampliamente conocidas es suficiente para la generación de expectativas en el inversor”*¹⁰³, con esto se refiere a que el Estado de Guatemala en este caso concreto, al momento de publicar la oferta referente a la venta de acciones de EEGSA, proporcionó la confianza a los posibles inversores, con tal seguridad Tecó decide invertir en Guatemala, esperando que su inversión este protegida en todo momento.

3.2.4 Firma de Abogados

Los Abogados que tuvieron participación en este caso fueron los siguientes:

En representación del demandante:

Sra. Andrea Menaker

Sr. Jamie M. Crowe

White & Case LLP Washington, D.C.

20005 Estados Unidos de América; y

Sr. Phil Barringer

Sr. Javier Cuevas

TECO Guatemala Holdings, LLC

Tampa, FL 33602

Estados Unidos de América

En Representación de la demandada:

Dr. Vladimir Aguilar

Procuraduría de la República de Guatemala Ciudad de Guatemala, Guatemala;

Sr. Sergio de la Torre Gimeno

Sra. María Luisa Flores

¹⁰³ *Ibid.*, Pág. 73 y 74

Sr. Alexander Cutz Calderón
Sr. Romeo López Gutiérrez
Ministerio de Integración y Comercio Exterior
Ministerio de Economía Ciudad de Guatemala, Guatemala;

Sr. Alejandro Arenales
Sr. Alfredo Skinner-Klée
Sr. Rodolfo Salazar
Arenales & Skinner Klée Ciudad de Guatemala, Guatemala; y

Sr. Nigel Blackaby
Sr. Lluís Paradell
Sra. Noiana Marigo
Sr. Jean-Paul Dechamps
Sra. Lauren Friedman
Sra. Michelle Grando
Freshfields Bruckhaus Deringer US LLP Washington, DC
20004 Estados Unidos de América¹⁰⁴

Además, en virtud de que el Estado de Guatemala solicitó la anulación del laudo, se celebró audiencia de anulación de procedimiento, como anteriormente se mencionó. Los Abogados que formaron parte en esta nueva audiencia fueron:

En Representación del Demandante:
Sra. Andrea Menaker
Sr. Peter Polášek
Sra Kristen Young
White & Case LLP
701 Decimotercera Calle NW Washington, DC
20005 Estados Unidos de América; y

¹⁰⁴ *Ibid.*

D. Javier Cuebas
TECO Energy, Inc.
702 Calle North Franklin
Tampa, FL 33602 Estados Unidos de América

En Representación de la demandada:
Dra. María Eugenia Villagrán de León
Procuradora General de la Nación
15 Avenida 9-69 Zona 13
Ciudad de Guatemala;

Lic. Sergio de la Torre
Ministro de Economía
Lic. María Luisa Flores
Vice Ministra de Economía
Ministerio de Economía
8ª. Avenida 10-43 zona 1
Ciudad de Guatemala

Sr. Alejandro Arenales
D. Alfredo Skinner-Klee
Sr. Rodolfo Salazar Arenales
Skinner-Klee
13 Calle 2-60 Zona 10
01010 Edificio Topacio Azul, Of. 701
Ciudad de Guatemala
Sr. Nigel Blackaby
Sra Noiana Marigo
Sr. Lluís Paradell
Sr. Jean Paul Dechamps
Sra Lauren Friedman

Sra. Olga Puigdemont Sola
Sra. Eva Tréveris
Freshfields Bruckhaus Deringer LLP de EE.UU.
700 13 Piso Decima Calle, NW Washington, DC 20005-3960
Estados Unidos de América¹⁰⁵

3.2.5 Decisión Final

En el laudo del 19 de diciembre de 2013, el CIADI había llegado a la conclusión de que Guatemala violó la obligación que poseía de brindar a la inversión de Tecu un trato justo y equitativo de conformidad al Artículo 10.5 del TLC, por lo cual debía pagar a Tecu una indemnización superior a los US\$ 30 millones, pago que además generaría un interés adicional a partir del 21 de octubre de 2010 hasta que se realizara el pago. Específicamente en su inciso C. y F., el laudo arbitral literalmente indica:

“C. Que Guatemala deberá pagar US\$21.100.552 a Tecu en concepto de daños.” F. Que Guatemala deberá sufragar en su totalidad sus propios costos y pagar US\$7.520.695,39 a Tecu en concepto de gastos y costos legales.”¹⁰⁶

Guatemala no estuvo de acuerdo con el laudo dictado por el CIADI e inició un proceso para la anulación del mismo, finalmente con fecha 5 de abril de 2016, las partes dentro del presente caso fueron notificadas de la decisión tomada por el comité encargado de revisar la posible anulación, esta vez Guatemala fue favorecida ya que se anuló dicho proceso.

Primeramente, el comité decidió anular lo establecido en el laudo de fecha 19 de diciembre de 2013 en cuanto al pago de daños y perjuicios que debía realizar

¹⁰⁵ Tecu Guatemala Holdings v. Guatemala, caso CIADI No. ARB/10/23, Anulación del procedimiento de fecha 5 de abril de 2016, disponibilidad y acceso en: <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7197.pdf>, consultado el: 28 de septiembre de 2016.

¹⁰⁶ Tecu Guatemala Holdings v. Guatemala, caso CIADI No. ARB/10/23, laudo de fecha 19 de diciembre de 2013, Pág. 159, disponibilidad y acceso en: <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw3038.pdf>, consultado el: 28 de septiembre de 2016.

Guatemala, esto de conformidad con el Artículo 52 numeral 1 inciso e, del Convenio del CIADI, además de conformidad con mismo artículo numeral 1 en su inciso d, también decide anular el pago de intereses fijados, y los costos procesales indicados en el inciso F. antes mencionado.

El comité además estableció, que Guatemala se debe hacer cargo de los gastos incurridos por el CIADI, en referencia a la solicitud para la anulación del laudo, incluyendo honorarios del Comité.

Finalmente, Guatemala debe reembolsar a Teco la cantidad de USD 273,652.39, que representa el 60% del total de los costos legales de Teco y los gastos incurridos en relación con la solicitud de Anulación del Laudo, y de conformidad con la regla de arbitraje 54 numeral 3, se suspendió la ejecución del laudo de fecha 19 de diciembre de 2013.¹⁰⁷

¹⁰⁷ Teco Guatemala Holdings v. Guatemala, caso CIADI No. ARB/10/23, Anulación del procedimiento de fecha 5 de abril de 2016, pág. 113 y 114, disponibilidad y acceso en: <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7197.pdf>, consultado el: 28 de septiembre de 2016.

CAPITULO IV

ANALISIS Y DISCUSIÓN DE RESULTADOS

4.1 CASO 1, FERROVIAS

4.1.1 Inversiones en Guatemala a partir de Tratado de Libre Comercio entre República Dominicana, Centroamérica y los Estados Unidos TLC

En Guatemala las inversiones han sido cada vez más comunes a partir de la firma y ratificación de tratados internacionales debido a las relaciones que han surgido con diversos países. Dentro de la presente investigación se hace especial referencia al comercio ya que el mismo ha ido aumentando de manera que las relaciones ya no son solo internas, sino que se han vuelto internacionales. Con las relaciones internacionales que maneja Guatemala en cuanto al comercio, que ha sido y es una de las fuentes de ingreso más fuertes para el país, se ha enfocado en los países extranjeros, ya que los considera como una fuente de ingresos más, al momento de que ellos decidan invertir en el mismo y con la firma de Tratados específicos se ha dejado atrás limitaciones que no permitían que sus relaciones comerciales se expandieran hacía el exterior, al mismo tiempo la firma de los Tratados puede causar perjuicio al no ser cumplidos a cabalidad por los países que forman parte de los mismos, ya que al momento de existir un desacuerdo se puede llegar a Tribunales de Arbitraje como lo es en este caso, con fallos desfavorables para Guatemala, que no solo perjudican su imagen a nivel internacional sino que conllevan el pago de fuertes cantidades de dinero que constituyen pérdida para el patrimonio del Estado.

Al hablar de uno de los tratados más importantes en materia de comercio, se refiere al TLC, debido a que desde que dicho tratado entró en vigencia desde el 2006, ha contribuido con varios cambios en el Régimen Comercial Guatemalteco, además de que la mayor parte de comercio que tiene Guatemala actualmente, son relaciones comerciales con países que forman parte del TLC.

4.1.2 Realización de Contratos de Inversión en Guatemala

RDC realizó un total de 4 contratos con Guatemala, esta empresa pretendía manejar el sistema ferroviario del país, por la serie de conflictos que se dieron en FVG, entre las empresas de RDC y FEGUA, dio inicio el Arbitraje de Inversión.

Los contratos de inversión que se realizaron, contenían claramente cláusulas acerca del manejo que RDC brindaría a los ferrocarriles de Guatemala, FVG cumplió con su función, sin embargo, FEGUA no cumplió con lo establecido en los contratos, como argumentó RDC, al realizar los pagos correspondientes y preparar el espacio que se necesitaba para que funcionaran las vías de tren previstas.

La realización de contratos con países inversores en sí no es complicada, sin embargo, se considera que antes de firmar cualquier tipo de contrato al igual que Tratado, el Estado de Guatemala debería considerar que tan factible sea el mismo y si se cuenta con las condiciones idóneas para el desarrollo de dichos contratos, ya que debido a que se toman en cuenta solo aspectos tales como el enriquecimiento por inversión, se olvida o deja de lado el Estado de Derecho o imagen que debe mantener durante las relaciones de inversión.

El Contrato con RDC se realizó de manera fluida, pacífica, satisfactoria y con altas expectativas de parte del inversor, sin embargo, Guatemala al Declarar lesivo el contrato, no cabe duda que no tomó en cuenta la reacción que tendría el inversor, y las consecuencias que esto podría traerle no solo en futuras relaciones sino en los costos de posibles demandas.

4.1.3 Falencias de aplicación desde el TLC

Desde la firma del TLC, Guatemala se ha visto perjudicada en virtud de la mala aplicación del Tratado específicamente en su Artículo 10.5 u omisión del mismo. En el presente caso RDC (Ferrovías), Guatemala siendo parte del TLC, tiene que cumplir con todo lo contenido en el Tratado.

Los países inversores previo a invertir en un país anfitrión, analizan si es beneficioso que se realice la misma, RDC realizó un contrato de usufructo oneroso que le garantizaba que su inversión iba a estar vigente por unos 50 años, esto no solo por lo estipulado en el contrato, sino que además por ser parte del TLC, su inversión tenía respaldo de protección, que le proporciona el artículo 10.5 referente a inversiones.

Las falencias de aplicación desde el TLC son diversas y conllevan a que Guatemala por declarar lesivos estos contratos, tuvo que enfrentar un arbitraje a nivel internacional, arbitraje que se llevó a cabo en el CIADI, en el cual no fue favorecida y se vio obligada a pagar una suma significativa, una indemnización que superaba los US\$ 10 millones a RDC, además de las futuras inversiones que puedan realizar en el país.

En concreto la mala aplicación del Artículo 10.5, indica en su numeral 1., que las partes deben otorgar un trato de conformidad con el derecho internacional consuetudinario, esto se refiere a que se respeten los derechos que se adquieren con la inversión al igual que la protección y seguridad plenas de la misma, lo que conlleva al trato justo y equitativo.

Al referirse al *Trato justo y equitativo*, lo que se pretende es que exista esa protección y seguridad a la inversión, que no ocurran hechos que pongan en peligro la misma, en este caso se vio vulnerada la protección y seguridad de la inversión realizada por RDC, en virtud que al declarar lesivos los contratos, su inversión fue completamente excluida, lo que le dio fin a la misma. Este tipo de acontecimientos mantiene alerta a futuros inversores.

4.1.4 Finalización de Contratos de Inversión e irregularidades que provoca

Con la declaratoria de lesividad de los contratos entre RDC y FEGUA, motivo por el cual se le dio fin a dicha inversión, surgen demasiadas irregularidades. La Inversión finalizó cuando en 2005 empezaron desacuerdos en cuanto al contrato ya que FVG alegaba que FEGUA no estaba cumpliendo con las estipulaciones en el mismo, por

lo que previamente a que FVG presentara sus demandas, FEGUA solicitó al Procurador General de la Nación que diera su dictamen en cuanto a los contratos, dicho dictamen fue en el que se establecía que dichos contratos eran lesivos para la nación, opinión que motivo al Presidente Oscar Berger a declarar lesivos los contratos y de allí surge la finalización de la inversión.

En ese momento los sistemas de trenes de Guatemala ya no eran tan funcionales y es por tal razón que no se sintió la pérdida a tal magnitud para la población, sin embargo, en donde recae la problemática es en que Guatemala perdió un gran inversor y no solo eso, sino que con ello gran parte de la credibilidad que poseía en cuanto a futuras empresas que quieran invertir en el país.

Además, Guatemala no tomó en cuenta que con declarar lesivos los contratos iba a incurrir en una acción con la cual la empresa inversora no iba a estar de acuerdo y al mismo tiempo en el incumplimiento del TLC. Al momento de tomar decisiones en una empresa que posee inversores, es necesario que el país anfitrión tome en cuenta los Tratados y Convenios de los cuales es parte para no incurrir en una falta a los mismos. En este caso particular se tomaron en cuenta aspectos que podrían ser lesivos para la nación, sin embargo, no se analizó a profundidad como se hubiese debido, que esto conllevará a que el país que había invertido en Guatemala viera vulnerado el derecho que obtuvo con su inversión.

4.1.5 Irregularidades a la luz del TLC y sus consecuencias

Al referirse a las irregularidades a la luz del TLC, se enfoca en las que han surgido en Guatemala, como consecuencia de que no existen o no han sido creadas las condiciones idóneas necesarias que están establecidas en el TLC, para mantener las relaciones pacíficas y satisfactorias entre los países contratantes, dichas condiciones se encuentran establecidas en el TLC, sin embargo, no están siendo creadas en Guatemala, por lo que cae en incumplimiento.

En este caso Guatemala no contó con las condiciones adecuadas al momento de tomar una decisión como la de declarar la lesividad de los contratos entre FEGUA Y RDC, como consecuencia RDC llevó su demanda ante el CIADI, y como ya se desarrolló con anterioridad dentro de la presente investigación, el CIADI falló en contra de Guatemala.

4.1.6 Sanciones

Con el fallo desfavorable del CIADI, Guatemala fue sancionada de forma que debía pagar una cantidad de dinero que supera los US\$ 10 millones, dicha sanción puede ser evitada si desde el inicio se crearan las condiciones idóneas para la aplicación del Tratados. Guatemala incurrió en el incumplimiento del artículo 10.5 del TLC, por no proporcionar trato justo y equitativo al inversor.

La sanción que establece el CIADI es una forma imparcial de impartir justicia para que las partes dentro de la inversión queden satisfechas con el resultado, sin embargo, para Guatemala las sanciones son de gran perjuicio para el patrimonio del Estado.

4.1.7 Análisis sobre la composición del CIADI

Toda vez se registra la solicitud de Arbitraje, se prosigue con la constitución del Tribunal Arbitral que tendrá a su cargo el caso, dicha constitución se encuentra regulada en el Artículo 37 del Convenio del CIADI, en el cual se establece que el Tribunal deberá componerse por un árbitro único o por un número impar de árbitros nombrados como lo acuerden las partes, si en dado caso las partes no logran llegar a un acuerdo sobre el número y nombramiento de árbitros, el Tribunal se conforma por 3 árbitros, uno nombrado por cada una de las partes y el tercero por las partes en común acuerdo. Además, la selección de los árbitros también se encuentra establecida en el Artículo 10.19 del TLC.

En el presente caso el Tribunal se conformó como se expuso con anterioridad, la Demandante nombró al señor Stuart E. Eizenstat, la demandada a James Crawford y

el Secretario General del CIADI nombró a Andrés Rigo Sureda, como presidente del Tribunal.

De esta forma el Tribunal fue constituido de manera que las partes estuvieran en completo acuerdo y no hubiera objeción ni desacuerdo alguno.

4.1.8 Posibles soluciones

Dentro de las posibles soluciones que debió tomar en cuenta Guatemala en el caso de Ferrovías se encuentran las siguientes:

- Previo a la firma de Tratados o Convenios internacionales, analizar profundamente los beneficios, pero principalmente las responsabilidades que conlleva cada uno de los mismos.
- En este caso en específico se debió no solo tomar en cuenta la observación del Procurador General de la Nación, sino que analizar además si la lesividad de contratos no causaría perjuicio en el inversor.
- Que existan expertos en la materia, en cuanto a Tratados, Convenios y Acuerdos para que cuando se tenga que tomar una decisión en donde se vea involucrado cualquiera de los mencionados anteriormente, dichos expertos puedan analizar, revisar y dar la plena seguridad que no se está faltando a ninguna estipulación en los Tratados.
- Guatemala debió cumplir con los pagos estipulados en el Tratado y además como una de las condiciones idóneas principales se refiere a proteger al inversionista y su capital en todo momento, a pesar de las decisiones que puedan llegar a tomarse.
- Guatemala al momento de tomar decisiones debe tomar en cuenta que figura el inversor dentro de las empresas y velar por los intereses de ambas partes, no solo los propios.
- El Artículo 10.5 del TLC, se encuentra redactado de una manera correcta y conforme a derecho, ya que es necesario que el inversor obtenga lo que pretende y sea tratado de forma justa y equitativa por el país anfitrión. El Estado de Guatemala ha inobservado el artículo de manera que al momento de tomar decisiones no se ha preocupado por el inversor, por lo cual es necesario que las empresas que cuentan

con inversores creen y hagan funcionar las condiciones idóneas que sea necesarios, ya sea dentro de los contratos u otro reglamento adicional, para que estas garanticen el buen funcionamiento de las relaciones, sin incurrir en falta alguna.

4.1.9 Deficiencias

Las deficiencias que se encuentran dentro del Sistema Guatemalteco en este caso en específico podría ser varias. En primer lugar, una de las deficiencias es que Guatemala no cuenta con las condiciones idóneas que se encuentran establecidas en el TLC para mantener relaciones en este caso de inversión con otros países.

Al momento de que el Estado de Guatemala firma diversos tratados bilaterales debe comprometerse para ofrecer protección recíproca a inversionistas y Estado, pero no se ha considerado la responsabilidad que conlleva su administración y aplicación, Guatemala ha fijado sus intereses en beneficios comerciales que puede obtener con la firma de estos tratados, dejando de la lado las condiciones que debería crear en sus relaciones con los inversionistas para evitar demandas internacionales, sanciones, e incumplimiento de los Tratados.

Otra de las deficiencias y principales en el caso Ferrovías es que el Estado de Guatemala no busco la protección recíproca inversionista-Estado, sino que solo se preocupó por sus intereses propios, sin importar que la declaración de lesividad afectará al inversor y su capital.

4.2 CASO 2, TECO

4.2.1 Realización de Contratos de Inversión en Guatemala

El contrato de inversión entre Tecu y Guatemala surgió, cuando en 1997 se pretendía la privatización de EEGSA, luego de la subasta pública, la empresa Tecu adquirió acciones de EEGSA.

El contrato de inversión en este caso específico, fue la compra de acciones de EEGSA por parte de Tecu, a partir de la compra que se realizó, Tecu tenía una participación indirecta en EEGSA. Con la compra de las acciones Tecu pretendía que su inversión fuera de beneficio, además pretendía ganancias, ya que, de acuerdo a los estudios y análisis realizados previo a la inversión, determinó que durante la revisión tarifaria de energía eléctrica para el período 2008-2013, la tarifa incrementaría su costo y generaría ganancias significativas.

4.2.2 Falencias de aplicación desde el TLC

Desde el TLC, como se mencionaba anteriormente, Guatemala ha sido perjudicada y esto es debido a que no ha contado con las condiciones idóneas en sus relaciones con otros países, dichas condiciones que estén sujetas al TLC, y evitarían conflictos.

En este caso, Tecu, la alegación principal del demandante se refiere al incumplimiento del artículo 10.5 del TLC relativo a inversiones, por parte de Guatemala, no cumplió nuevamente con el trato justo y equitativo que debía proporcionar al inversor, al momento de mantener las tarifas y no aumentarlas como según Tecu debía ser, para que la empresa generara las ganancias previstas al momento de invertir.

Las falencias de aplicación desde el TLC específicamente en su artículo 10.5, son diversas y conllevan a que Guatemala por no aumentar la tarifa de la energía eléctrica durante el periodo 2008-2003, no protegió la inversión de Tecu, motivo por el cual nuevamente tuvo que enfrentar un arbitraje a nivel internacional, arbitraje que se llevó a cabo en el CIADI, en el cual no fue favorecida y se vio obligada a pagar una suma significativa, una indemnización que superaba los US\$ 20 millones, perjudicando su patrimonio de nuevo.

4.2.3 Finalización de Contratos de Inversión y las irregularidades que provoca

La finalización de la inversión en Guatemala se dio al momento de que Tecno estuvo de acuerdo con las acciones que fueron tomadas por el estado en cuanto a las tarifas de energía eléctrica para el periodo 2008-2013.

Tecno según sus cálculos pretendía que las tarifas aumentaran, sin embargo, EEGSA en el desarrollo de los procesos administrativos tales como la revisión tarifaria, no realizó ningún aumento en la tarifa. Sin duda el Estado de Guatemala nuevamente actuó en pro de sus intereses, dejando al lado los derechos del inversor y la protección que requería para su capital, motivo por el cual Tecno lo demandó ante el CIADI.

Las irregularidades en el presente caso son varias, debido a que al momento de estar bajo una demanda de arbitraje internacional Guatemala se ve perjudicada a nivel público e internacional además pierde a otro gran inversionista para el país.

4.2.4 Irregularidades a la luz del TLC y sus consecuencias

Las irregularidades que existen en Guatemala en referencia al TLC como ya se mencionó, principalmente, es la falta de condiciones idóneas para que en las relaciones con los inversionistas no surja ningún tipo de conflicto que pueda perjudicar al país.

En el caso Tecno, Guatemala nuevamente se preocupó por sus intereses dejando de lado los del inversionista, actuó de manera arbitraria al mantener las tarifas y diluir el CNEE, que era el encargado de establecer las tarifas, como consecuencia Tecno demanda a Guatemala ante el CIADI, y el Tribunal falló en contra de Guatemala por segunda vez, ahora con una sanción superior.

4.2.5 Sanciones

Con el segundo fallo desfavorable del CIADI, Guatemala fue sancionada esta vez con una cantidad superior, que sobrepasa los US\$ 20 millones, dicha sanción pudo

evitarse si desde el inicio hubieran sido creadas las condiciones idóneas para la aplicación del Tratados. Guatemala incurrió en el incumplimiento del artículo 10.5 del TLC nuevamente, por no proporcionar trato justo y equitativo al inversor, es decir, no preocuparse por la inversión.

En este caso Guatemala, solicitó la anulación del laudo por no estar de acuerdo con el mismo, sin embargo, existe contradicción en cuanto a la reciente decisión del CIADI a ese respecto, ya que Tecu argumenta que Guatemala le sigue debiendo los US\$ 20 millones que estableció el Tribunal el 19 de diciembre de 2013, más los costos procesales de la anulación del laudo de fecha 5 de abril de 2016 y un porcentaje que debe rembolsarle por su inversión; mientras que Guatemala argumenta que el laudo del 2013 fue anulado, por lo que debe pagar los costos procesales de anulación más el reembolso por inversión, y Tecu tiene la facultad de iniciar otro Arbitraje en contra de Guatemala; al mismo tiempo diversos medios de comunicación brindan diversa información al respecto.

Por los datos de investigación recabados y analizados, se entiende que el nuevo fallo emitido por CIADI referente a la anulación del procedimiento, efectivamente anula por completo el fallo de 2013, estableciendo que Guatemala debe pagar los costos procesales del mismo, rembolsar un porcentaje de la inversión que Tecu realizó en el país y además Tecu queda con la facultad de someter nuevamente este caso a Arbitraje.

4.2.6 Análisis sobre la composición del CIADI

De conformidad con el artículo 37 del Convenio CIADI, el Tribunal quedó conformado como ya había sido expuesto en los antecedentes del caso, de la siguiente manera: el demandante nombró al Profesor William W. Park, la demandada nombró al Profesor Rodrigo Oreamundo, y conjuntamente las partes nombraron al señor Alexis Mourre comopresidente del Tribunal Arbitral. Sin embargo, el demandante presentó un pedido de recusación, el señor Oreamundo renunció a formar parte del Tribunal Arbitral, por lo cual la demandada nombró a otra persona y por no haber objeciones

por la parte demandante, el Tribunal fue reconstituido ahora integrado por los siguientes miembros: el profesor William W. Park, el Dr. Claus von Wobeser, y el Sr. Alexis Mourre. Es de suma importancia que las partes estén de acuerdo con los miembros que conforman el Tribunal Arbitral para que las soluciones sean examinadas de forma imparcial.

4.2.7 Posibles soluciones

Dentro de las posibles soluciones que debió tomar en cuenta Guatemala en el caso de Teco además de las ya mencionadas en el caso anterior se encuentran las siguientes:

- Considerar si mantener las tarifas en el mismo precio, no vulneraría el capital de los inversores.
- Consultar con todos los que posean acciones dentro de EEGSA su postura ante la revisión tarifaria.
- Tomar en cuenta las observaciones que hizo en su momento Teco ya que en determinado momento se hizo caso omiso de las mismas hasta agotar la vía administrativa.
- Preocuparse por el inversor y su reacción ante cada acción que se pretenda.
- Crear las condiciones idóneas que se requieren dentro del TLC específicamente en el artículo 10.5 referente a inversiones, para evitar la inconformidad de los inversores.

4.2.8 Deficiencias

Las deficiencias en el caso Teco fueron principalmente, la contradicción que existía entre los accionistas de EEGSA. Teco por ser inversionista en el país gozaba según el TLC de derecho de protección a su capital invertido, mientras tanto Guatemala, sin duda alguna, lo que buscaba era la protección de los usuarios y mantener los precios de la energía eléctrica, pero nuevamente no tomo en cuenta los intereses recíprocamente, sino que solo los propios.

Se agotó la vía administrativa y sin embargo no se tomó en cuenta la postura e intereses del inversor, solamente los propios, Guatemala debe analizar esa deficiencia y evitarla de inmediato para prevenir futuras demandas.

CONCLUSIONES

1. El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones CIADI, ha fallado en casos en donde el Estado de Guatemala ha sido demandado en dos ocasiones, la primera en el caso Ferrovías RDC en donde Guatemala fue condenada a pagar una indemnización que sobrepasa los US\$ 10 millones a favor de RDC, y la segunda en el caso Teco Guatemala Holdings, LLC. En donde Guatemala fue condenada a pagar una indemnización que sobrepasa los US\$ 30 millones, sin embargo, dicho laudo fue anulado parcialmente, después de que Guatemala solicitara la anulación del mismo, teniendo así que reembolsar a favor de Teco un porcentaje de su inversión y quedando abierta la posibilidad de que se vuelva a someter nuevamente a Arbitraje.
2. Guatemala no ha puesto el énfasis necesario en el cumplimiento del Artículo 10.5 referente a inversiones del Tratado de Libre Comercio entre República Dominicana, Centroamérica y Estados Unidos TLC, al momento de tomar decisiones en cuanto a los procedimientos que se llevan a cabo en las empresas que tienen inversionistas, tales como declarar lesivos los contratos con RDC, y durante la revisión tarifaria de EEGSA en el período de 2008-2013 en donde Teco era accionista.
3. Las deficiencias que surgieron durante las relaciones entre inversores con el Estado de Guatemala, fueron debido a la mala aplicación u omisión del artículo 10.5 del TLC, en virtud de que Guatemala no ha considerado las condiciones idóneas a las que se refiere el TLC que deben existir en las relaciones entre país anfitrión e inversor, al no tomar en cuenta cómo podrían reaccionar los inversores ante las decisiones y cambios que se dieron en las empresas en cada uno de los casos, despreocupándose así del compromiso recíproco que adquirió al momento de iniciar las inversiones, fijando su atención únicamente en los beneficios propios.

4. En los Fallos emitidos por CIADI: Ferrovías RDC y Teco, se argumentó por parte de los Demandantes que el Estado de Guatemala no ha dado cumplimiento al artículo 10.5 del TLC, en virtud de no brindar a los inversores un trato justo y equitativo como lo establece el derecho internacional consuetudinario, al hablar de trato justo y equitativo se refiere a que durante las relaciones que sostuvo Guatemala con los inversores no se les dio dicho trato, en primer lugar no fue justo porque se vio vulnerada su inversión y no se tomó en cuenta la pérdida que iban a tener los inversionistas en base a sus expectativas, y en segundo lugar, no fue un trato equitativo, ya que a través del estudio del caso pudo corroborarse que al momento de tomar las decisiones que provocaron las demandas en ambos casos, Guatemala no analizó con suficiente atención los intereses de ambas partes sino que solamente los propios, sin brindarles la protección que deberían, esto se debe a la falta de creación de condiciones idóneas que el Estado de Guatemala está obligado a crear durante dichas relaciones comerciales internacionales para evitar conflictos.

RECOMENDACIONES

1. Previo a la firma de Tratados o Convenios internacionales, se debe analizar profundamente los beneficios, pero principalmente las responsabilidades que conlleva cada uno de los mismos, ya que en los casos analizados se inobservó el artículo 10.5 del TLC, lo que conllevó a las demandas de inversión en contra de Guatemala.
2. Se debe contratar expertos en la materia, en cuanto a Tratados, Convenios y específicamente inversiones, para que, al momento de realizar una inversión, o tomar una decisión en donde se vea involucrado cualquiera de los mencionados anteriormente, los expertos puedan analizar, revisar y dar plena seguridad que no se está faltando a ninguna estipulación en los Tratados, además dar su opinión sobre la viabilidad de las inversiones.
3. Se debe preocupar por el inversor y las reacciones que este pueda tener ante cada acción que se pretenda realizar dentro de la empresa inversora, sin que perjudique los intereses del Estado a largo plazo.
4. Se debe crear las condiciones idóneas que son requeridas dentro del TLC específicamente en el artículo 10.5 referente a inversiones, para evitar la inconformidad de parte de los inversores, es decir, el estado al permitir el ingreso de inversores, debe crear y hacer funcionar dichas condiciones, ya sea dentro de los contratos u otro reglamento adicional, para que estas garanticen el buen funcionamiento de las relaciones, sin incurrir en falta alguna a los Tratados.
5. Guatemala debe velar por intereses recíprocos, tanto de los inversores como los propios, creando condiciones idóneas como: la búsqueda del beneficio equitativo, la erradicación de obstáculos que impidan el desarrollo de la inversión, el desarrollo de planificaciones sobre la viabilidad de las inversiones en el país, la implementación de Reglamentación adecuada a cada tema en relación a la

inversión que se pretenda en donde exista el acuerdo de las partes en cuanto al contrato en su totalidad, y la contratación de expertos en el tema de inversiones.

REFERENCIAS

BIBLIOGRÁFICAS

1. Arellano García, Carlos. *La Diplomacia y El Comercio Internacional*, Argentina, Porrúa, S.A., 1980.
2. Behrman, Jack N. *Criterios para la toma de decisiones sobre inversión extranjera directa en América Latina.*, Primera Edición en español, Traducción de: Leticia Leduc de Infante, México, Noema Editores, 1979.
3. Herdegen, Matthias. *Derecho Económico Internacional*. Colombia, Konrad Adenauauer Stiftung, 2012.
4. Iglesias Redondo, Juan. *Derecho Romano*, Quinceava Edición, España, Ariel S.A., 2004.
5. Larios Ochaita, Carlos. *Derecho Internacional Privado*. Octava Edición, Guatemala, Editorial Maya' Wuj, 2013.
6. Larios Ochaita, Carlos. *Derecho Internacional Público.*, Octava Edición, Guatemala, Editorial Maya' Wuj, 2013.
7. Levi, Maurice D., *Finanzas Internacionales*. Traducción de: Jaime Gómez Mont, Tercera Edición, México, McGRAW HILL INTERAMERICANA EDITORES, S.A. de C.V., 2004.
8. Sorensen, Max (Comp.), *Manual de Derecho internacional público.*, decimotercera reimpresión, México, Fondo de Cultura Económica, 2012.
9. Stuart Mill, John. *Principios de Economía Política.*, Fondo de Cultura Económica.

10. Vázquez Martínez, Edmundo. *Instituciones de Derecho Mercantil*, Tercera Edición, Guatemala, IUS Ediciones, 2012.
11. Villegas Lara, René Arturo. *Derecho Mercantil Guatemalteco*, Tomo I, Octava Edición, Guatemala, Editorial Universitaria, Universidad de San Carlos de Guatemala, 2013.
12. Zabloudousky Kuper, Gina., *Modernidad y globalización*. México, Siglo XXI Editores, 2010.

NORMATIVAS

MARCO LEGAL NACIONAL

1. Asamblea Legislativa de la República de Guatemala, Decreto número 1575, *Código de Derecho Internacional Privado*. Guatemala, 1929.
2. Congreso de la República de Guatemala, Decreto 2-70, *Código de Comercio*. Guatemala, 1970.
3. Congreso de la República de Guatemala, Decreto 2-89, *Ley del Organismo Judicial*, Guatemala, 1989.
4. Congreso de la República de Guatemala, Decreto 31-2005, *Aprobación del Tratado de Libre Comercio entre República Dominicana, Centroamérica y Estados Unidos TLC*, Guatemala, 2005.
5. Congreso de la República de Guatemala, Decreto 93-96, *Ley General de Electricidad*, Guatemala, 1996.
6. Congreso de la República de Guatemala, Decreto 9-98, *Ley de Inversión Extranjera*. Guatemala, 1998.

7. Congreso de la República de Guatemala, Decreto número 64-94, *Ley Orgánica del Instituto Nacional de Electrificación INDE y sus reformas*, Guatemala, 1994.

MARCO LEGAL INTERNACIONAL

1. Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversión, *Convenio CIADI, Reglamento y Reglas*, Banco Mundial, Washington, D.C., Estados Unidos, 2006.
2. Tratado de Libre Comercio entre República Dominicana, Centroamérica y Estados Unidos TLC, Washington, D.C., Estados Unidos, 2006.

ELECTRÓNICAS

1. American University Washington College of Law, *Arbitraje Internacional de Inversión*, Washington, D.C., 2016, disponibilidad y acceso: <https://www.wcl.american.edu/arbitration/mootinversion.cfm>, fecha de consulta: 18 de agosto de 2016.
2. CIADI, Centro Internacional de Arbitraje de Inversiones, disponible en: <https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/Pages/default.aspx>, fecha de consulta 27 de julio de 2016.
3. Prensa Libre, Bolaños, Rosa María., Ciadi ordena pagar US\$28.6 millones, Guatemala, 2013, disponibilidad y acceso: http://www.prensalibre.com/noticias/justicia/Ciadi-ordena-pagar-US286-millones_0_1051694867.html, fecha de consulta: 26 de septiembre de 2016.
4. Quintana Adriano, Elvia Arcelia. *Marco Jurídico del Arbitraje Nacional, Regional e Internacional en Contratación y Arbitraje Internacional*, México, UNAM, Pág. 397, disponibilidad y acceso: <http://bibliohistorico.juridicas.unam.mx/libros/6/2776/16.pdf>, consultado 15 de agosto de 2016.

5. Railroad Development Corporation v. Guatemala, caso CIADI No. ARB/07/23, laudo de fecha 29 de junio de 2012, Pág. 12, disponibilidad y acceso en: <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita1051.pdf>, consultado el: 25 de agosto de 2016.
6. Railroad Development Corporation, RDC, Detalles de la Empresa, Estados Unidos, 2015, disponibilidad y acceso: http://www.rrdc.com/company_overview.html, consultado el: 22 de agosto de 2016.
7. Teco Energy An Emera Company, TECO ENERGY, Acerca de la Empresa, Estados Unidos, 2016, disponibilidad y acceso: <http://www.tecoenergy.com/about/>, fecha de consulta 15 de septiembre de 2016.
8. Teco Guatemala Holdings v. Guatemala, caso CIADI No. ARB/10/23, Anulación del procedimiento de fecha 5 de abril de 2016, disponibilidad y acceso en: <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7197.pdf>, consultado el: 28 de septiembre de 2016.
9. Teco Guatemala Holdings v. Guatemala, caso CIADI No. ARB/10/23, laudo de fecha 19 de septiembre de 2013, Pág. 22, disponibilidad y acceso en: <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw3038.pdf>, consultado el: 15 de septiembre de 2016.
10. Teco Guatemala Holdings v. Guatemala, caso CIADI No. ARB/10/23, laudo de fecha 19 de diciembre de 2013, Pág. 159, disponibilidad y acceso en: <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw3038.pdf>, consultado el: 28 de septiembre de 2016.
11. TLC (DR CAFTA), Tratado De Libre Comercio entre República Dominicana, Centroamérica y Estados Unidos, disponibilidad y acceso:

http://www.sice.oas.org/TPD/USA_CAFTA/USA_CAFTA_s.ASP, consultado: 27 de julio de 2016.

12. Tratados y Acuerdos Comerciales, Ministerio de Economía, Guatemala, 2012, disponibilidad y acceso: <http://portaldace.mineco.gob.gt/>, fecha de consulta: 13 de agosto de 2016.

OTRAS REFERENCIAS

1. Fernández Rozas, José Carlos. "El Derecho del comercio internacional en el contorno de la globalización", *Revista del Colegio de Notarios del Estado de México*, no. 5, México, 2000, Escrivá.

ANEXOS

Tesis: Fallos en contra de Guatemala como consecuencia de la falta de creación de condiciones idóneas establecidas en el Tratado de Libre Comercio entre República Dominicana, Centroamérica y los Estados Unidos (TLC).

Nombre del estudiante: Jackeline Pamela Díaz Sánchez.

ANEXO 1. CUADRO DE COTEJO

FALLOS	CASO 1. RDC, FERROVÍAS	CASO 2. TECO GUATEMALA HOLDINGS
Fundamentos Jurídicos /Inversión	Artículo 10.5 del Tratado de Libre Comercio entre República Dominicana, Centroamérica y Estados Unidos TLC, relativo a inversiones.	Artículo 10.5 del Tratado de Libre Comercio entre República Dominicana, Centroamérica y Estados Unidos TLC, relativo a inversiones.
Fechas de Contratos	Noviembre 1997, contratos de usufructo oneroso, para el manejo de maquinaria ferroviaria por unos 50 años.	11 de septiembre de 1998, Teco Guatemala Holdings compró acciones de EEGSA.
Falencias	Falta de creación de condiciones idóneas dentro de las relaciones con otros países, las falencias a partir de la firma del TLC, se han dado debido a que Guatemala declaró lesivos los contratos de usufructo oneroso con RDC, previstos para unos 50 años, al declarar	Falta de creación de condiciones idóneas dentro de las relaciones con otros países, se alega la mala aplicación del artículo 10.5 en el cual se establece que debe brindarse al inversor un trato justo y equitativo, lo cual no fue realizado por Guatemala en virtud de

Tesis: Fallos en contra de Guatemala como consecuencia de la falta de creación de condiciones idóneas establecidas en el Tratado de Libre Comercio entre República Dominicana, Centroamérica y los Estados Unidos (TLC).

Nombre del estudiante: Jackeline Pamela Díaz Sánchez.

	<p>lesividad en estos contratos no se tomó en cuenta la postura del inversor ante dicha decisión, ya que perjudicaba la inversión y obstaculizaba el desarrollo de la misma, motivo por el cual RDC demanda a Guatemala en el CIADI, en donde el fallo condena a pagar una indemnización a RDC por una cantidad fuerte de dinero, y esto en virtud de la mala aplicación del artículo 10.5 del TLC, por no brindar un trato justo y equitativo al inversionista.</p>	<p>que durante la revisión tarifaria del periodo 2008-2013 no se hizo incremento alguno en el precio de la energía eléctrica como el inversor lo había previsto. Teco demandó a Guatemala en virtud de dicho artículo del TLC, demanda en la cual el fallo emitido por CIADI condeno a Guatemala al pago de una indemnización a Teco, luego dicho fallo fue anulado parcialmente en donde Guatemala solamente tendrá que pagar un reembolso de la inversión a Teco, sin embargo, el CIADI le dejó a Teco abierta la posibilidad de entablar una nueva demanda.</p>
<p>Planteamiento del Problema</p>	<p>RDC demandó a Guatemala por no recibir un trato justo y equitativo en su inversión, en virtud de declarar la lesividad en contratos de</p>	<p>Teco demandó a Guatemala por no recibir trato justo y equitativo en su inversión en virtud de no aumentar las tarifas de energía</p>

Tesis: Fallos en contra de Guatemala como consecuencia de la falta de creación de condiciones idóneas establecidas en el Tratado de Libre Comercio entre República Dominicana, Centroamérica y los Estados Unidos (TLC).

Nombre del estudiante: Jackeline Pamela Díaz Sánchez.

	usufructo oneroso que tenían por el plazo de unos 50 años.	eléctrica durante la revisión tarifaria correspondiente al período 2008-2013 de EEGSA en donde Tecu era accionista.
Consecuencias	CIADI emite fallo desfavorable, en donde Guatemala debe pagar una indemnización por una cantidad fuerte de dinero a RDC, lo que constituye pérdida en el patrimonio del Estado, y falta de credibilidad para futuros inversores, además el que Guatemala haya sido demandada nuevamente a nivel internacional causa polémica por la imagen del país y sus empresarios.	CIADI emite fallo desfavorable, en donde Guatemala debe pagar una indemnización por una cantidad fuerte de dinero a Tecu, esta es la tercera ocasión en la cual se ve involucrada en una demanda en el CIADI, el primera fallo ha sido recientemente anulado en forma parcial, sin embargo, Guatemala aún debe pagar un reintegro de la inversión de Tecu, lo que constituye una gran pérdida patrimonial, además puede ser demandada nuevamente por este mismo caso.
Sanciones	Pago de indemnización que supera los	Pago que supera los US\$ 30 millones, en

Tesis: Fallos en contra de Guatemala como consecuencia de la falta de creación de condiciones idóneas establecidas en el Tratado de Libre Comercio entre República Dominicana, Centroamérica y los Estados Unidos (TLC).

Nombre del estudiante: Jackeline Pamela Díaz Sánchez.

	<p>US\$10 millones a RDC.</p>	<p>primer fallo, el cual fue parcialmente anulado por lo que Guatemala debe pagar las costas procesales de la anulación y reembolso porcentaje de inversión, con la posibilidad de ser demanda nuevamente.</p>
<p>Posibles Soluciones</p>	<ul style="list-style-type: none"> -Crear las condiciones idóneas establecidas en el TLC para mantener relaciones pacíficas con los demás países. -Preocuparse tanto por los intereses propios como los del inversor. -Contratar expertos que se encarguen de revisar los Tratados previo a tomar decisiones dentro de las empresas, cuando corresponda. 	<ul style="list-style-type: none"> -Crear las condiciones idóneas establecidas en el TLC para mantener relaciones pacíficas con los demás países. -Preocuparse tanto por los intereses propios como los del inversor. - Contratar expertos que se encarguen de revisar los Tratados previo a tomar decisiones dentro de las empresas, cuando corresponda