



ACLARACIONES SOBRE EL CASO

Organizada por

Universidad de Buenos Aires

Universidad del Rosario

Anfitrión 2020

Universidad San Francisco de Quito - Ecuador

El caso del Tratado Cucusma Ma **(ACLARACIONES)**

1. SOBRE EL CONTRATO DE CONCESIÓN Y SU EJECUCIÓN

1.1. El proceso licitatorio que culminó con la firma del Contrato de Concesión fue dirigido por el Trust. La adjudicación se hizo tomando como base una fórmula especial contenida en los pliegos, que calificaba con base en criterios objetivos las cualidades del oferente (experiencia, solidez financiera, capacidad técnica, entre otros rubros), y elementos de la obra (plazo, precio, entre otros). El procedimiento licitatorio se cumplió sin incidencias, y no hubo ningún cuestionamiento sobre la adjudicación, ni su legalidad es objeto de controversia.

1.2. El Contrato de Concesión, en cuanto a la construcción de las obras, es un contrato de la modalidad EPC, llave en mano y a suma alzada.

1.3. El único contrato formal entre las partes es el Contrato de Concesión, cuyas cláusulas relevantes han sido transcriptas en la información original del caso o en estas aclaraciones. Las partes no suscribieron adendas formales al mismo.

1.4. El Contrato de Concesión fue firmado por Christian Arrow, el Trustee designado para administrar y representar al Trust, y por un apoderado de Construcciones Ali-Cate. Ni la personería de los firmantes, ni la composición accionaria de Construcciones Ali-Cate son objeto de controversia.

1.5. No existe constancia de garantes que hayan suscripto el Contrato de Concesión.

1.6. Entre sus antecedentes, el Contrato de Concesión también menciona al contrato de constitución del Trust, y ese contrato es luego específicamente referido en la cláusula primera (que describe quiénes son las partes) a efectos de justificar la personería del firmante en representación del Trust. En esa misma cláusula se lee: *“Las partes se reconocen recíprocamente la personería de los firmantes, y declaran que la celebración del Contrato ha recibido todas las aprobaciones internas de cada una de ellas”*.

1.7. El Tratado Cucusma Ma es mencionado en el Contrato de Concesión como uno de sus “antecedentes”. Y luego, entre los “considerandos” del contrato, se lee:

“Las partes de este Contrato están convencidas de la importancia que tiene la obra para el desarrollo de los pueblos e imbuidas del espíritu del Tratado Cucusma Ma”.

1.8. El Contrato de Concesión fue objeto de algunas negociaciones entre las partes, aunque el borrador inicial fue propuesto por Ali-Cate, con base en los modelos de contrato de obra que normalmente celebra.

1.9. Durante las negociaciones que dieron lugar al Contrato, Ali-Cate había propuesto reducir el precio a USD 550 millones, si el contrato contenía una cláusula de exoneración de responsabilidad más amplia por eventos de fuerza mayor. Finalmente, terminaron acordando que el contrato fuese “llave en mano” y “a suma alzada”, mantener el precio en USD 600, dejar las cláusulas 24 y 34 con la redacción señalada en el párrafo 12 de los hechos del caso, y aumentar de cinco a doce años el plazo de la concesión de la autopista (y del derecho de Construcciones Ali-Cate a percibir los peajes).

1.10. Aunque no formaba parte del Contrato, ni fue referida en él, durante las negociaciones del Contrato de Concesión el Trust exhibió a Ali-Cate una carta conjunta firmada por los Ministros de Transporte y Obras Públicas de Costa Dorada y de Marmitania, dirigida al Trust, en cuya parte relevante se lee: *“Los Gobiernos de nuestros países son conscientes de las dificultades que está teniendo el Trust para terminar de negociar con el Concesionario los términos del Contrato de Concesión, especialmente en orden a la liberación de la vía en la zona de la Sierra de la Unión. Confiamos en que su experiencia y habilidad negociadora logrará encontrar una fórmula satisfactoria. Sin perjuicio de ello, nuestros gobiernos están firmemente comprometidos a hacer posible la concreción del anhelado proyecto de unir, mediante una autopista, sus capitales. Damos a usted las seguridades de que nuestros gobiernos harán sus mejores esfuerzos para remover prontamente los obstáculos que pudieran impedir la realización de las obras. Confiamos que el Pacto de Coexistencia oportunamente celebrado con la comunidad Cucú permitirá evitar interferencias en la construcción de la autopista”.*

1.11. Cuando, durante las negociaciones entre el Trust y Ali-Cate sobre los términos del Contrato de Concesión, Ali-Cate le planteó a Arrow su preocupación por la asimetría entre la fecha de finalización del Trust y la fecha prevista para culminar la obra. Arrow le hizo oír un mensaje de audio de WhatsApp donde el Ministro de Transporte y Obras Públicas de Marmitania le decía lo siguiente: *“Estimado Christian. En relación con tu mensaje de anoche, comprendo la*

preocupación por la duración del Trust. El presidente me pidió que te transmita que ve con muy buenos ojos la condición que estás negociando con Ali-Cate, de destinar una parte de lo recaudado por peajes a mitigar el impacto ambiental de la autopista sobre la Sierra de la Unión y hacer obras para mejorar las condiciones sanitarias de la comunidad Cucú, porque entiende que ello permitirá destrabar los potenciales conflictos. Ello obligará a prorrogar la duración del Trust. Como sabes, la duración está fijada por un tratado, y habrá que modificarlo por esa misma vía, para lo cual ya está en conversaciones con el Presidente de Costa Dorada. Quédate tranquilo que el tema se va a solucionar”.

1.12. En el Contrato de Concesión, el pago del precio pactado se haría por “hitos”, establecidos como fracciones de 15 kilómetros de autopista terminada. Construcciones Ali-Cate presentaba mensualmente informes de avance de obra, y cuando se cumplía algún hito, el Trust desembolsaba el pago correspondiente. No está en discusión que los hitos terminados por Construcciones Ali-Cate fueron pagados por el Trust.

1.13. El tramo de la autopista que debía cruzar la zona de la Sierra de la Unión era de aproximadamente 30 kilómetros. En el trazado de la autopista, la Sierra estaba más o menos equidistante entre Puerto Pinto y Gilvania, y, según afirmaban todos los expertos que habían estudiado el tema, ese era el único paso posible para la autopista.

1.14. No hubo un acto formal de entrega de los terrenos por parte del Trust a Construcciones Ali-Cate. Pero no es controvertido que dos días después de celebrado el Contrato, Construcciones Ali-Cate destacó una dotación de ingenieros y operarios en la zona de las obras, que inmediatamente comenzaron con los trabajos topográficos.

2. SOBRE EL TRUST

2.1. La entidad financiera ante la cual se constituyó el Trust es Arrow & Arch Consulting Co., con sede en Londres, de la cual es titular Christian Arrow, que fue designado como Trustee. Arrow, nacido y residente en Londres y con especialización en administración financiera, hijo de padre marmitano y madre costadoreña, fue designado por las partes en el contrato de constitución del Trust como Trustee único, con amplias facultades para administrar y representar al Trust.

2.2. Ni en Costa Dorada ni en Marmitania existen normas específicas sobre Trusts, ni tampoco sobre Fideicomisos o Fiducias. Hay, en ambos Códigos Civiles, una disposición que “reconoce la propiedad fiduciaria como un patrimonio específico con autonomía funcional” (art. 1234), y una norma que admite la “libertad de las partes de determinar el contenido de los contratos, con tal que no sean contrarios al orden público ni a la moral y las buenas costumbres” (art. 789).

2.3. El contrato de constitución del Trust preveía que, además de los aportes hechos por los Estados que lo conformaron, el Trust percibiría el 5% de los peajes que se recaudaran durante el plazo previsto para la explotación.

2.4. Ni el Tratado Cucusma Ma ni el propio Trust contenían reglas sobre la terminación del Trust ni sobre sus efectos. Tampoco existían cláusulas sobre el derecho aplicable al Trust.

2.5. El “oscuro funcionario” a que alude el párrafo 21 de los hechos del caso era Stephen Black, actual cónyuge de Christian Arrow y su mano derecha en el manejo de Arrow & Arch, la entidad financiera ante la cual se había constituido el Trust.

2.6. La información a que se refieren los Anexos A y B del Tratado Cucusma Ma no es relevante a los fines del caso. El Trust, de hecho, se constituyó en la forma prevista en el Tratado.

3. SOBRE LOS CUCÚS Y EL PACTO DE COEXISTENCIA

3.1. La celebración del Pacto de Coexistencia entre el Estado de la Unión Marmitania Dorada y los Cucús generó preocupación en los círculos abolicionistas de Marmitania Dorada, porque pensaron que ello podía implicar una suerte de reconocimiento de la comunidad Cucú y de sus derechos sobre la Sierra de la Unión. Quizá bajo esa influencia, los tribunales de la Unión (y luego los de cada uno de ellos), en varias ocasiones calificaron al Pacto de Coexistencia como un “convenio de buena voluntad” pero sin demasiados efectos jurídicos, dada su ambigüedad.

3.2. Al celebrar el Pacto de Coexistencia, la expectativa de los Estados era que con él se lograrían superar las interferencias en la construcción de la autopista.

Los Cucús lo entendieron como un explícito reconocimiento a sus derechos y un compromiso de proteger el ecosistema.

3.3. El Pacto de Coexistencia no tiene más estipulaciones relevantes que las descritas en los hechos del caso.

3.4. Las amenazas de boicotear la obra, hechas por el Cacique de los Cucús al conocerse la celebración del Tratado Cucusma Ma recibieron importante cobertura periodística en la región, como la mayoría de las actividades de los Cucús. Todavía se recuerda una mesa en el principal programa de televisión de la región, donde los panelistas discutían, como si en ello les fuera la vida, sobre el significado del atuendo del Cacique Cucú (dividiéndose entre quienes afirmaban que el sombrero de dedos humanos era una señal de guerra, y quienes sostenían que en realidad era una demostración del compromiso de cumplir el pacto).

3.5. La Sierra de la Unión era, formalmente, parte del territorio de Marmitania Dorada. Con la secesión, esa franja quedó, también formalmente, asignada a Marmitania y a Costa Dorada por partes casi iguales. Sin embargo, ninguno de los Estados pudo tomar nunca el control efectivo sobre ese territorio, por la presencia de los Cucús y por los pactos de honor de respetar la naturaleza. Sin embargo, los Estados plantearon a Juana Micaela, líder Cucú de gran inteligencia, un necesario cambio en el tratamiento de esta zona sagrada, para adecuarla a los cambios sociales y culturales operados.

3.6. Salvo un pequeño país de Europa del Este segregado de la Unión Soviética, y una ignota isla del sudeste asiático, devenida un Estado independiente a fines de la década de 1960 gracias a las gestiones diplomáticas de la República Popular China (se rumorea que ello fue un gesto de Mao Tse Tung hacia los líderes de la comunidad que habita esa isla, que se habían negado a dar asilo a los seguidores del régimen derrocado en la Revolución de 1949), los Cucús no fueron reconocidos internacionalmente como una comunidad autónoma ni se ha legitimado su control de hecho sobre la Sierra de la Unión. Tampoco los Cucús hicieron mayores esfuerzos para ser reconocidos: desconfían de cualquier estructura formal, reniegan de la modernidad, y saben que inaccesibilidad de la Sierra les da la posibilidad de mantener el territorio bajo su control.

3.7. En comunicaciones internas entre Arrow y los Ministros de Costa Dorada y Marmitania, que luego se hicieron públicas, Arrow pedía a los ministros que

fuesen ellos (o funcionarios de sus ministerios) quienes dialogaran con los Cucús luego de los luctuosos sucesos del 1° de mayo de 2016, porque siendo él nacido y criado en Londres, y habiendo perdido la fluidez que de niño supo tener en el idioma gracias al esfuerzo de su madre, le sería difícil generar un vínculo de confianza con los Cucús.

3.8. Las conversaciones que mantuvieron los funcionarios de Costa Dorada y Marmitania con los Cucús luego de los hechos de mayo de 2016 no fueron demasiado fructíferas.

4. SOBRE ALGUNAS CUESTIONES JURÍDICAS

4.1. Los tratados mencionados en el párrafo 28 de los hechos del caso fueron ratificados por Marmitania, Costa Dorada, Estradivaria y Feudalia

4.2. El Tratado Cucusma Ma fue ratificado inmediatamente por ambos parlamentos y entró en vigor pocos días después de su celebración.

4.3. En la época en que era un estado unificado, la Unión Marmitania Dorada ratificó un tratado cuyo texto es exactamente igual al del Convenio de la Haya del 1° de julio de 1985 sobre la Ley Aplicable al Trust y a su Reconocimiento.

4.4. Marmitania y Costa Dorada ratificaron la Convención de Viena sobre la sucesión de Estados en materia de tratados de 1978.

4.5. Marmitania y Costa Dorada no son parte ni ratificaron otros tratados que los mencionados en los hechos del caso y en estas aclaraciones. Sin embargo, ambos países son miembros de la ONU.

4.6. Las Constituciones de Costa Dorada y de Marmitania consagran la prevalencia de los tratados por sobre las leyes.

5. SOBRE LAS COMUNICACIONES ENTRE LAS PARTES

5.1. No hay constancia de más comunicaciones entre las partes que las indicadas en los hechos del caso y/o en estas aclaraciones. Las descritas deben tenerse por ciertas.

5.2. El único que respondió a Construcciones Ali-Cate su comunicación del 5 de julio de 2016 fue el Trust, que lo hizo mediante la comunicación del 14 de agosto de 2016 (sólo dirigida a Construcciones Ali-Cate).

5.3. La comunicación de Construcciones Ali-Cate del 31 de agosto de 2016, fue dirigida al Trust, pero fueron copiados los ministerios de Marmitania y de Costa Dorada. La respuesta del Trust del 3 de septiembre de 2016 fue sólo dirigida a Construcciones Ali-Cate.

5.4. En la comunicación del 5 de diciembre de 2018, Construcciones Ali-Cate se limitó a reclamar el pago del anticipo de USD 200 millones que había propuesto en su comunicación del 31 de agosto de 2016 que, a su juicio, había sido aceptada por el Trust al haber “acusado recibo” de ella, sin ningún rechazo u objeción durante más de dos años.

6. SOBRE LOS ENFRENTAMIENTOS DEL 1° DE MAYO DE 2016, Y SUS DERIVACIONES

6.1. Los enfrentamientos, en efecto, tuvieron lugar el 1° de mayo de 2016. Aunque el Contrato se había celebrado apenas una semana antes, Construcciones Ali-Cate ya había destacado obreros en la zona de la Sierra de la Unión para comenzar los trabajos de preparación del terreno.

6.2. No hubo una comunicación formal de Construcciones Ali-Cate respecto de los enfrentamientos, pero no es controvertido que el Trust y los Estados de Marmitania y Costa Dorada los conocieron (tanto que, a causa de ellos, emitieron sendos decretos de emergencia suspendiendo las obras).

6.3. Los decretos se publicaron en los respectivos boletines oficiales el mismo día de su dictado. Tanto en Marmitania como en Costa Dorada, los decretos de emergencia entran en vigor el mismo día de su dictado.

6.4. Luego de esos hechos, ninguna de las partes activó el mecanismo de designación de experto previsto en la parte final de la cláusula 34ª del Contrato.

6.5. Las obras estuvieron completamente paralizadas entre mayo y agosto de 2016. Los primeros días de septiembre de 2016, Construcciones Ali-Cate reanudó las obras en forma parcial, en los dos extremos del trazado: desde Puerto Pinto

hasta la zona donde comenzaba la Sierra en el sur, y desde Gilvania y el comienzo de la Sierra en el norte.

6.6. Los USD 200 millones cuyo pago pidió Construcciones Ali-Cate eran por concepto de anticipo del precio, como surge de sus comunicaciones de fechas 31 de agosto de 2016 y 5 de diciembre de 2018.

7. SOBRE EL PROCEDIMIENTO ARBITRAL

7.1. Como se señala en los hechos del caso, la sede del arbitraje es la ciudad de Villa del Rey, Feudalia.

7.2. La solicitud de arbitraje fue contestada en tiempo, y no hay objeciones respecto de la personería de quienes suscribieron las contestaciones.

7.3. El reglamento aplicable al caso es el *Reglamento Funcional del Centro de Arbitraje y Mediación AMCHAM Quito*, accesible a través de la página de la AMCHAM (www.ecamcham.com, y específicamente en el enlace [https://www.ecamcham.com/Base %20Legal CAM/Reglamento para el funcionamiento CAM.pdf](https://www.ecamcham.com/Base%20Legal%20CAM/Reglamento%20para%20el%20funcionamiento%20CAM.pdf)). Sin perjuicio de ello, una copia del mismo estará disponible en la página web de la Competencia (<http://www.ciarbitraje.org/>)

7.4. Los Principios UNIDROIT aplicables al caso son la versión 2016.

7.5. La cuantificación de los daños no es parte de la discusión en el caso.

7.6. La defensa de falta de legitimación planteada por las demandadas es la que en el derecho romano se conocía como *legitimatio ad causam*, según la cual los titulares de la relación procesal deben ser los mismos que los de la relación jurídica sustancial de la que deriva la controversia.

7.7. No surge de los hechos del caso que los Estados demandados plantearan, al contestar la solicitud de arbitraje, el incumplimiento del mecanismo previsto en la cláusula 34^a del Contrato de Concesión. Tampoco que plantearan demanda reconvenzional contra Construcciones Ali-Cate.
