



Organizada por
Universidad de Buenos Aires - Universidad del Rosario

EL CASO

Anfitrión 2020
Universidad San Francisco de Quito - Ecuador

El caso del Tratado Cucusma Ma

1. Durante varios siglos, los Estados de Costa Dorada y Marmitania formaban un solo Estado. Aunque, entre otras cosas, Costa Dorada siempre tuvo una cultura más materialista (con aquella idea de la casa, el carro y la canasta de baloncesto en el garaje) y Marmitania se preciaba de ser un país de intelectuales y artistas (todos recordarán, por ejemplo, a aquel versátil escritor, filósofo y escultor llamado Mario “Chico” Gil) y, entre otras muchas diferencias, los acentos de los ciudadanos de Costa Dorada y Marmitania en idioma español eran distintos (los ciudadanos de Marmitania, por ejemplo, siempre han hablado más lentamente, y tienden a pronunciar la “s” más claramente que los ciudadanos de Costa Dorada), el entonces Estado de la Unión Marmitania Dorada (la “Unión”), bajo el liderazgo del Mariscal Pinto (de padre de Costa Dorada y madre de Marmitania), logró reunir por algo más de 500 años los pueblos de ambos en una sola, aunque diversa, Nación.

2. Las ciudades más importantes y capitales de Costa Dorada (Puerto Pinto, en honor al Mariscal) y de Marmitania (Gilvania, en honor al reconocido intelectual marmitano), solamente están separadas por 148 kilómetros. Dado, sin embargo, que, entre ellas, se levanta una montaña (la Sierra de la Unión) cubierta de una tupida selva tropical (que comprende una de las faunas y una de las floras más ricas y diversas del planeta; la Sierra de la Unión es, por ejemplo, el único ecosistema en donde todavía se encuentran esos pájaros de un azul vivo, los “embajadores”), el entonces Estado de la Unión Marmitania Dorada decidió desde siempre no construir una autopista, con sus inevitables túneles y puentes por causa de la topografía del lugar, entre las dos urbes. Entre Puerto Pinto y Gilvania, por consiguiente, solamente existía un inhóspito camino de trocha (llamado el “camino de los lamentos”) que solamente podían transitar las mulas y hombres y mujeres dotados de una fuerza hercúlea, buenas botas y bastones resistentes. Lo anterior es entendible: como en todo ambiente tropical, frecuentes lluvias torrenciales hacen todavía más difícil el tránsito por dicha trocha. La Sierra (tropical) de la Unión, en suma, era, más bien, un contundente elemento natural de separación entre los dos países.

3. El camino de los lamentos fue el lugar de la competencia atlética más reputada de la Unión: “la competencia del *ironman* de la Unión”. En ésta, los competidores debían recorrer los 148 kilómetros entre las dos ciudades combinando, esencialmente, maratón y ciclo-cross. Era una prueba muy dura. En

la memoria colectiva de los pueblos de Costa Dorada y Marmitania deben, en efecto, estar todavía las imágenes de todos esos rostros marcados por el esfuerzo y el dolor de los hombres y las mujeres que hicieron prueba de bravura al participar en esas gestas.

4. Todos recordarán, también, que, en la selva de la Sierra de la Unión, vive una comunidad indígena milenaria, la tribu de los “Cucús” (“*Xtouxouz*”, en su curiosa lengua), que, a pesar de los agresivos ataques de la modernidad, conserva sus ritos y costumbres. Merece la pena subrayar, por ejemplo, que, para los Cucús, la Sierra de la Unión, que ellos llaman “Cucusma Ma” (“*XtouxouNA NA*”, en dicha lengua), es sagrada y, por lo tanto, su fauna y flora son inviolables. En el derecho rudimentario de los Cucús, en efecto, la alteración (“*kaka*”) del medio natural de la Sierra puede dar lugar a sanciones tan drásticas como la amputación de un dedo o hasta la pena de muerte por medios salvajes que, por decoro, preferimos no describir. La prensa reportó muchas veces agresivas revueltas y huelgas de hambre de los Cucús cada vez que Costa Dorada o Marmitania intentaron alterar, a través de diversas obras, el medio ambiente de Cucusma Ma. Esas huelgas siempre lograron detener los diferentes proyectos constructivos en ambos países.

5. Desde la proclamación de su Constitución, el Estado de la Unión Marmitania Dorada firmó un “Pacto de Coexistencia” con los Cucús en el que, en esencia, el Estado se comprometía con la comunidad indígena a proteger sus ritos y costumbres, siempre y cuando éstos no entraran en conflicto con valores esenciales del Estado. Los internacionalistas tanto de Costa Dorada como de Marmitania coinciden en afirmar que Costa Dorada y Marmitania sucedieron a Marmitania Dorada en el polo pasivo de dicha obligación.

6. El Estado de la Unión, en efecto, no duró para siempre. Los libros de historia tanto de Costa Dorada como de Marmitania relatan que la muerte del Mariscal Pinto fue llorada por los habitantes de Marmitania Dorada durante varios meses. Y, como era de esperarse, su sucesión a la cabeza del Estado no fue fácil. Luego de unas elecciones que, hasta el día de hoy, siguen siendo controversiales, un multimillonario oriundo de Puerto Pinto, Roberto “Bobby” Castro, tomó el poder. Ciertas medidas discriminatorias que su administración tomara para con los ciudadanos de Gilvania causaron una revolución – que los mismos libros de historia de ambos países llaman “la revolución de los intelectuales” – que, para no alargarnos demasiado y como todos también recordarán, solamente pudo ser resuelta con la división de Marmitania Dorada en

Costa Dorada y Marmitania. En dicha partición, la Sierra de la Unión y los territorios aledaños se vieron repartidos por mitades entre Costa Dorada y Marmitania.

7. Luego de varias décadas de tensiones entre los dos Estados, los dos pueblos volvieron a acercarse, y el comercio y las inversiones entre éstos se incrementaron progresiva y exponencialmente durante la segunda mitad del siglo XX. Desde un punto de vista de negocios, la ausencia de una autopista entre Puerto Pinto y Gilvania se convirtió entonces en el mayor obstáculo al desarrollo económico de Costa Dorada y Marmitania. Por consiguiente, ambos países concluyeron, el 4 de abril de 2015, un tratado internacional, el “Cucusma Ma” (llamado así en honor de la Sierra), por el cual crearon un patrimonio autónomo o fiducia, que llamaron *Trust* al haberse inspirado en el derecho inglés sobre el particular, cuyos beneficiarios eran los dos Estados por partes iguales, y cuyo objeto era la financiación de la construcción de la autopista entre Puerto Pinto y Gilvania. Todos también recordamos cómo, luego de la firma del Tratado Cucusma Ma, niños de ambos países abrieron unas cajas doradas de donde salieron, imperiales, numerosos pájaros embajadores. El Cacique de los Cucús, por su parte, coronado de un extraño sombrero hecho de dedos humanos, amenazó a los dirigentes de Costa Dorada y Marmitania con boicotear a toda costa el proyecto de la autopista.

8. Varias disposiciones del Tratado Cucusma Ma deben ser transcritas a continuación:

-- En su Preámbulo, se disponía lo siguiente:

“Considerando que el desarrollo económico de Costa Dorada y Marmitania es un valor esencial común a ambas naciones;

Considerando que los pueblos de Costa Dorada y Marmitania desean trabajar juntos para el desarrollo económico de cada una de sus naciones;

Considerando que los pueblos de Costa Dorada y Marmitania desean construir una autopista entre Puerto Pinto y Gilvania para facilitar el comercio entre las dos naciones;

Considerando que el Trust es un instrumento jurídico idóneo para limitar la responsabilidad de sus beneficiarios [...]”.

-- El artículo 1, “Objeto”, disponía, a su turno, lo que sigue:

“Este Tratado tiene por objeto la institución de un régimen jurídico internacional, superior, por su naturaleza, a los regímenes jurídicos internos

de Costa Dorada y Marmitania, para la construcción de una autopista entre Puerto Pinto y Gilvania”.

-- El artículo 2, “Trust”, preveía que:

“Los Estados Contratantes constituirán, dentro del plazo y ante la entidad financiera previstos en el Anexo A, un Trust del cual serán los beneficiarios por partes iguales y cuyo objeto será la financiación de la construcción de la autopista entre Puerto Pinto y Gilvania”.

-- El artículo 3, “Contribuciones”, rezaba como sigue:

“Cada Estado Contratante depositará la suma de USD 300 millones en la cuenta especificada y en el plazo previsto en el Anexo B”.

-- El artículo 4, “Licitación”, disponía que:

“El Trust organizará una licitación internacional con el fin de escoger a la empresa constructora a quien se le adjudicará la construcción, concesión y operación de la autopista entre Puerto Pinto y Gilvania”.

-- Y el artículo 5, “Duración”, por último, establecía que:

“El Trust tendrá una duración de 3 años improrrogables a partir de la fecha de su constitución”.

9. Costa Dorada y Marmitania constituyeron el *Trust* el 14 de abril de 2015. En esa misma fecha, cada Estado Contratante depositó la suma de USD 300 millones requerida.

10. El *Trust* lanzó la licitación internacional referida en el artículo 4 del Tratado Cucusma Ma el 23 de octubre de 2015. Los proponentes tenían un plazo de 2 meses para presentar sus ofertas. Dado el interés del proyecto y su complejidad técnica, 14 empresas multinacionales presentaron ofertas para construir primero y operar en concesión después la autopista entre Puerto Pinto y Gilvania. Fue, según entendemos, de particular interés para los proponentes el que el proyecto fuera, en últimas, uno de concesión, en el que, también en últimas, la rentabilidad para el adjudicatario provendría, más que de las obras constructivas, del cobro de peajes.

11. Debido a las fiestas de fin de año y las vacaciones de rigor, la licitación fue adjudicada solamente el 4 de marzo de 2016. El Tratado Cucusma Ma hacía parte

integrante de los pliegos de condiciones. La empresa ganadora fue Construcciones Ali-Cate S.A., sociedad constituida y con sede social en Melodia, capital de la República de Estradivaria, cuyo principal (sino único) accionista era el magnate estradivario, Frank Ali-Cate.

12. El Contrato (llamado “*de Concesión*”) fue suscrito entre el *Trust*, como “*Concedente*”, y Construcciones Ali-Cate, como “*Concesionario*”, el 23 de abril de 2016. El precio global fijo del Contrato por los trabajos constructivos (esto es, excluidos los beneficios potenciales provenientes de los peajes) era de USD 600 millones. Varias cláusulas de dicho Contrato deben ser transcritas:

-- La Cláusula 24, “*Obligación Principal Constructiva del Concesionario*”, dispone lo que sigue:

“El Concesionario se compromete (obligación de resultado) a terminar los Trabajos especificados en las Condiciones Particulares con miras a entregar la autopista en funcionamiento en un plazo de 3 años contados a partir de la Fecha de Suscripción del presente Contrato”.

-- La Cláusula 28, “*Derecho de Vía*”, prevé lo siguiente:

“Derecho de Vía es la franja de terreno de ancho variable dentro de la cual se encuentra comprendida la autopista, sus obras complementarias, servicios, áreas previstas para futuras obras de ensanche o mejoramiento, y zonas de seguridad para el usuario.

El Concedente está obligado a poner a disposición del Concesionario el área de terreno del Área de la Concesión y del Derecho de Vía en un plazo de 3 meses contados a partir de la Fecha de Suscripción del presente Contrato.

Las áreas de terreno referentes al Área de Concesión o Derecho de Vía deberán ser entregadas por el Concedente libres de invasiones u ocupaciones y en un estado, características y situación tal que permita al Concesionario dar inicio a la ejecución de las Obras”.

-- La Cláusula 34, “*Fuerza Mayor*”, por su parte, comprendía el siguiente acuerdo:

“La ejecución del presente Contrato será suspendida cuando ocurra un Evento de Fuerza Mayor. Un Evento de Fuerza Mayor, de conformidad con el Derecho Aplicable, es un hecho imprevisible que impide la ejecución por las Partes de sus obligaciones contractuales.

Son Eventos de Fuerza Mayor, a título de ejemplo, los siguientes: (i) Huelgas que no hayan sido provocadas por incumplimientos de la Concesionaria a sus obligaciones laborales; (ii) Desastres naturales no controlables; (iii) Guerra o sedición; (iv) Ocupación ilegítima de los terrenos sobre los cuales deben realizarse las obras; (v) Imposibilidad absoluta de obtener los insumos necesarios para la obra. Si, en un plazo de 30 días contados a partir de la notificación por una de las Partes de la ocurrencia de un Evento de Fuerza Mayor, éstas no se ponen de acuerdo en cómo hacerle frente a dicho Evento, las Partes deberán someter sus diferencias al respecto a la resolución de un experto. Si las Partes no se ponen de acuerdo en la designación del experto, éste será nombrado por el Presidente del Colegio de Ingenieros de Feudalia”.

-- La Cláusula 38 del Contrato contiene la cláusula compromisoria, titulada “*Jurisdicción y Derecho Aplicable*”, que establece lo siguiente:

“Toda diferencia que surja del presente Contrato o con relación al mismo entre el Trust y Construcciones Ali-Cate será sometida a arbitraje según el Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Ecuatoriano Americana de Quito. El idioma del arbitraje será el español. La sede del arbitraje será la ciudad de Villa del Rey, Feudalia. El Derecho Aplicable serán los Principios UNIDROIT”.

-- La Cláusula 44, “*Adendas*”, dispone, por último, lo que sigue:

“El presente Contrato solamente podrá ser modificado por escrito, mediante la celebración de una o más Adendas”.

13. La ejecución del Contrato se tropezó con dificultades desde el comienzo.

14. Tan pronto como se suscribiera el Contrato, los indios Cucús celebraron una asamblea de urgencia en la que el Consejo de Sabios de la tribu (constituido principalmente por mujeres, bajo el liderazgo de Juana Micaela Bartolina) decidieron, por unanimidad, defender “por todos los medios a su alcance” la sagrada Sierra de la Unión. Dicha decisión, en la práctica, supuso que los Cucús invadieron transitoria y aleatoriamente parte de los terrenos en los que debía construirse la autopista y, además, atacaron a los equipos de obreros desplegados por Construcciones Ali-Cate cada vez que ello fue posible.

15. El 1° de mayo de 2016, por ejemplo, desafortunados enfrentamientos entre los Cucús y los obreros resultaron en más de 20 heridos y dos muertos, a saber

Salustiano Merizalde, jefe de obra, y Chuco Galindio, conciliador de la tribu. En razón de dichas muertes, los gobiernos de Costa Dorada y Marmitania dictaron, en esa fecha, sendos decretos de emergencia ordenando la suspensión por 3 meses de la parte del proyecto que afectara la Sierra de la Unión para que los dos Estados dialogaran con los Cucús con miras a encontrar una solución que permitiera, al mismo tiempo, respetar el carácter sagrado de la Sierra de la Unión y construir la autopista.

16. El 5 de julio de 2016, Construcciones Ali-Cate le envió una comunicación al *Trust* y a los ministerios de transporte y obras públicas de Costa Dorada y Marmitania diciéndoles que, en razón de los decretos de ambos gobiernos mencionados más arriba, el Concesionario iba a tomar las medidas necesarias para suspender los trabajos.

17. El 14 de agosto de 2016, el *Trust* respondió requiriendo al Concesionario que, por lo menos, continuara con los trabajos en aquellas zonas que no afectaran la Sierra de la Unión.

18. El 31 de agosto de 2016, Construcciones Ali-Cate respondió que haría sus mejores esfuerzos para reorganizar los trabajos con el fin de seguir con las obras que no afectaran la Sierra de la Unión; precisó, además, que dicha reorganización de los trabajos necesitaría un cambio en la metodología de construcción y, entre otros perjuicios, le causaría costos adicionales a Construcciones Ali-Cate que, según decía entender el Concesionario, deberían ser cubiertos por el *Trust*. En particular, el Concesionario proponía que, al concluir los trabajos que, en razón de la suspensión de los trabajos, podían ser ejecutados, el *Trust* le pagaría a Construcciones Ali-Cate un anticipo de USD 200 millones sobre el precio del Contrato.

19. El 3 de septiembre de 2016, el *Trust* se limitó a acusar recibo de la comunicación descrita en el párrafo precedente.

20. Sobre la base del intercambio de correspondencia resumido más arriba, Construcciones Ali-Cate dividió sus equipos de trabajadores en dos grupos: uno, que emprendió trabajos en el área comprendida entre Puerto Pinto y el inicio de la Sierra; y, otro, que inició obras en el sector entre Gilvania y el comienzo de la Sierra. Dichos trabajos tardaron, en total, 2 años y dos meses, esto es, fueron

concluidos el 5 de diciembre de 2018. En esa fecha, el Concesionario le escribió al *Trust* solicitando el pago del anticipo de USD 200 millones.

21. Ese mismo día, un oscuro funcionario de la entidad financiera ante la que se había constituido el *Trust* respondió, sin más, que el término de éste ya había vencido y que, por tanto, había dejado de existir.

22. El 10 de marzo de 2019, Construcciones Ali-Cate le escribió a los Estados Costa Dorada y Marmitania solicitándoles, en su calidad de beneficiarios del *Trust*, el pago de los USD 200 millones de anticipo.

23. Los Estados Costa Dorada y Marmitania respondieron por una carta conjunta el 2 de agosto de 2019. En dicha misiva, ambos Estados alegaron que (i) no habían suscrito el Contrato y, por tanto, no eran Partes del mismo (las Partes, añadían, eran Construcciones Ali-Cate y el *Trust*); (ii) el Concesionario había incumplido su obligación esencial (de resultado) de entregar la autopista en funcionamiento dentro del plazo contractual; (iii) por consiguiente, consideraban que el contrato había terminado *ipso jure*; y (iv) no pagarían, como corolario, ni un centavo de esos USD 200 millones.

24. Mientras Construcciones Ali-Cate y representantes de los Estados de Costa Dorada y Marmitania intentaban arreglar amistosamente su controversia, un grupo de feroces indios Cucús dinamitó la parte de la autopista que había sido construida entre Gilvania y el inicio de la Sierra; lo poco que fuera construido en dicho sector quedó simplemente inutilizable.

25. Es de público conocimiento que, desde la celebración del Tratado Cucusma Ma hasta el día de hoy, representantes de los Estados de Costa Dorada y Marmitania siguen negociando con los indios Cucús la posibilidad de construir una autopista en la Sierra Cucusma Ma, la Sierra de la Unión.

26. Las negociaciones entre las partes fueron infructuosas. En consecuencia, Construcciones Ali-Cate presentó, el 28 de noviembre de 2019, una Solicitud de Arbitraje ante la Cámara de Comercio Ecuatoriano Americana de Quito, reclamando de Costa Dorada y de Marmitania el pago del anticipo de USD 200 millones, más daños y perjuicios.

27. Ambas demandadas, en forma conjunta y bajo la misma representación letrada, contestaron la solicitud de arbitraje. Por un lado, cuestionaron su legitimación para estar en juicio y objetaron la jurisdicción arbitral por no haber sido partes del Contrato ni, por tanto, del convenio arbitral en él contenido. En línea con su carta conjunta del 2 de agosto de 2019, también sostuvieron que fue el Concesionario quien incumplió su obligación esencial de entregar la autopista en funcionamiento dentro del plazo contractual, por lo que el Contrato había terminado *ipso jure*.

28. Marmitania, Costa Dorada, Estradivaria y Feudalia firmaron y aprobaron, sin ninguna reserva en particular, los siguientes tratados internacionales:

- La Convención de Nueva York de 1958 sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras;
- La Convención Interamericana de Arbitraje Comercial de Panamá de 1975; y
- La Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados.

29. Marmitania y Costa Dorada son países cuyo sistema jurídico está basado en el *civil law*. Feudalia y Estradivaria, en cambio, son países de tradición jurídica del *common law*.

30. La Ley de Arbitraje de Feudalia es el texto literal de la Ley Modelo de UNCITRAL, con las enmiendas introducidas en el año 2006 (en cuanto al artículo 7, la Ley de Arbitraje de Feudalia recoge la “opción II” de la Ley Modelo).