



CASO 2021

ACLARACIONES

1. Sobre el Contrato de Construcción y su ejecución

1.1. El “concurso privado” consiste en un método de licitación privada, por invitación personalizada de MISMA a los potenciales interesados. Se tuvo que hacer un análisis entre las varias propuestas locales y extranjeras presentadas.

1.2. No se sabe quién envió el primer borrador del Contrato de Construcción. Sí se sabe que fue un contrato negociado.

1.3. MISMA, CICSA y TPF son sociedades comerciales privadas.

1.4. Según surge de su página web, CICSA ha participado (sola o formando consorcio con otras empresas) en más de un centenar de proyectos de construcción, principalmente en áreas de montaña. En Marmitania construyó alrededor de diez obras de infraestructura. Además de la planta de fertilizantes, también construyó caminos y puentes, y participó en un consorcio encargado de construir el tendido de una red eléctrica de 130 kilómetros a través de la zona montañosa del Sudoeste de Marmitania, 350 kilómetros al sur del Volcán.

1.5. Las estipulaciones del Contrato de Construcción relevantes para el caso son las descritas en los hechos del caso y en las presentes aclaraciones. El Contrato no tuvo adendas.

1.6. MISMA pagó el anticipo pactado en el Contrato de Construcción. No es objeto de controversia si el valor de los trabajos efectuados por CICSA es superior o inferior al monto del anticipo, ni hay controversia entre las partes sobre las obras ejecutadas por CICSA hasta el 14 de julio de 2019.

1.7. Las gestiones realizadas por MISMA y por CICSA para obtener el derecho de paso son las que se describen en los hechos del caso y en estas aclaraciones. Debe considerarse un hecho probado que un funcionario de MISMA (concretamente, su Director General), realizó una visita de cortesía a la comunidad campesina en noviembre de 2018, y que en una conversación informal manifestó al líder de la comunidad que MISMA “podría construir un hospital y una escuela, como parte de su política de Responsabilidad Social Empresaria”.

1.8. A partir del bloqueo del puente, ocurrido el 14 de julio de 2019, no se ejecutaron más trabajos en la obra.

1.9. No hay entre las partes más comunicaciones escritas que las mencionadas. No obstante, durante 2020 MISMA y CICSA mantuvieron esporádicas reuniones con la finalidad de alcanzar un acuerdo (acuerdo que no fue posible porque ambas partes esperaban ver cómo la justicia de Marmitania resolvía la acción judicial planteada por MISMA contra la comunidad campesina). Una vez conocida la sentencia definitiva de los tribunales marmitanos, en agosto de 2020, se hizo evidente que ningún acuerdo entre MISMA y CICSA sería posible, porque el derecho de paso fijado en la sentencia no sólo afectaba el costo de la obra contratada, sino que directamente hacía económicamente inviable la explotación de la mina a futuro (los camiones que transportaran el azufre extraído de la mina hasta la planta de fertilizantes también estarían sujetos al pago de ese derecho). En ese momento, MISMA tomó la decisión de iniciar el arbitraje, y comenzó a prepararse para ello.

1.10. Los conceptos de “multa” y “penalidad” deben entenderse como sinónimos.

2. Sobre el derecho de paso reclamado por la comunidad campesina

2.1. Como se señala en el punto 6 de los hechos del caso, el camino es la única vía para acceder al Volcán desde Valle del Tania. La comunidad campesina es el único asentamiento poblacional en todo su trazado, a mitad de camino entre Valle del Tania y el cráter del Volcán.

2.2. El camino entre Valle de Tania y el Volcán es público. La comunidad alega tener derecho a su explotación económica en virtud de lo dispuesto en la Constitución de Marmitania.

2.3. No se conoce que la comunidad campesina haya reclamado anteriormente el derecho de paso, ni que alguna vez lo haya cobrado. El camino al cráter del Volcán era prácticamente intransitado antes de la concesión. De hecho, el proyecto de explotar la zona para turismo de aventura nunca se concretó a escala importante, y durante décadas el camino era

utilizado casi exclusivamente por los habitantes de la comunidad campesina como vía de comunicación con Valle del Tania.

2.4. La planta de fertilizantes fue construida por CICSA en el año 2016. Es operada por un grupo empresario que no tiene vinculación societaria con las partes de este caso, y está ubicada en las afueras de la localidad de Valle del Tania. Para su construcción no fue necesario utilizar el camino hacia el Volcán, ni cruzar el puente del río Tania (ambos ubicados al Sudoeste de Valle del Tania), porque los materiales y operarios necesarios para construir la planta de fertilizantes se traían desde Peonia, ubicada al Nordeste de Valle del Tania (ver mapa).



(Mapa de Marmitania. Lo resaltado es el camino entre Valle del Tania y el Volcán)

2.5. El territorio donde habita la comunidad campesina está aproximadamente a 63 kilómetros de Valle del Tania y a 67 kilómetros del cráter del Volcán.

2.6. La acción judicial iniciada por MISMA contra la comunidad campesina tuvo amplia repercusión mediática. En el proceso judicial sólo fueron parte MISMA y la comunidad campesina. La legitimación de CICSA era más que dudosa.

2.7. La sentencia de los tribunales judiciales de Marmitania a que aluden los hechos del caso fue adoptada por la Corte Superior en agosto de 2020. Contra las sentencias de este tribunal no cabe recurso ni medio de impugnación alguno. En las dos instancias anteriores las sentencias fueron contradictorias: el juez de primera instancia había hecho lugar al reclamo de MISMA, y la Corte

de Apelaciones había reconocido el derecho de la comunidad campesina a cobrar el derecho de paso, que la misma comunidad podría fijar “en un monto razonable, considerando las circunstancias del caso”. Como se ve, la sentencia de la Corte Superior (la última instancia del sistema judicial marmitano), confirmó en general la sentencia de la Corte de Apelaciones, aunque en lugar de permitir a la comunidad campesina determinar el derecho de paso, lo fijó directamente en la sentencia.

2.8. El caso del Puente del Tania es el único proceso conocido en el cual se discutió judicialmente el derecho constitucional de los pueblos originarios y de las comunidades campesinas de Marmitania.

2.9. Durante el último tramo de las negociaciones con la comunidad campesina, a fines de junio de 2019, cuando estaba venciendo el plazo de la tregua convenida, la comunidad advirtió a CICSA que, de no llegarse a un acuerdo definitivo, adoptarían medidas de fuerza en protección de sus derechos. MISMA estaba en conocimiento de esta advertencia.

3. Sobre el Contrato de Concesión y el rol de las autoridades de Marmitania

3.1. La concesión de MISMA para explotar la mina de azufre era por un plazo de quince años, a contar desde el 23 de octubre de 2018. El interés de MISMA en la rápida ejecución de las obras era poder comenzar la explotación de la mina en el más breve plazo posible, dado que, a partir de octubre de 2019, debía pagar al gobierno de Marmitania un canon mensual por la concesión. Cuando se suscitó el conflicto con la comunidad campesina, MISMA no había podido siquiera comenzar a explotar la mina, y logró del gobierno de Marmitania la suspensión del pago del canon. A la fecha, MISMA está negociando con el gobierno marmitano la terminación de la concesión.

3.2. La zona habitada por la Comunidad Campesina no está dentro del área de la concesión, que sólo incluye un radio de 10 kilómetros del cráter del Volcán.

3.3. El Contrato de Concesión no más tiene condiciones relevantes para el caso que las indicadas.

3.4. Aunque en algún momento el alcalde de Valle del Tania se hizo presente en la comunidad campesina durante las negociaciones que mantenían MISMA y CICSA, el gobierno nunca se involucró directamente en el tema.

3.5. Los trabajos que realizó el gobierno regional de Sierra Alta sobre el camino fueron principalmente el afirmado sobre el suelo y el ensanche de

algunos tramos para que pudieran circular camiones Unimog. Ningún trabajo hizo el gobierno regional sobre el puente, ni sobre las zonas aledañas a él.

4. Sobre el contrato de financiamiento

4.1. TPF y MISMA iniciaron las conversaciones en octubre de 2020, y el contrato de financiamiento entre ambas se firmó en Marmitania el 23 de noviembre de 2020. El contrato de financiamiento se redactó en idioma español.

4.2. El contrato de financiamiento para este caso es el único celebrado entre MISMA y TPF, y entre ambas no existen vínculos distintos de ese contrato. Tampoco hay conflictos de interés de los árbitros respecto de TPF.

4.3. El contrato de financiamiento preveía que, si el laudo resultara desfavorable a las pretensiones de MISMA, TPF no recibiría remuneración alguna (ni siquiera el reintegro de lo aportado).

4.4. El contrato de financiamiento no contenía ninguna estipulación sobre el derecho de fondo aplicable a él, pero sí una cláusula arbitral cuyo texto es el siguiente:

Todas las controversias que deriven del presente contrato o que guarden relación con éste serán resueltas definitivamente de acuerdo con el Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional por uno o más árbitros nombrados conforme a este Reglamento.

4.5. No se conocen datos precisos sobre la solvencia patrimonial de MISMA, pero: (i) Su patrimonio (principalmente constituido por algunas concesiones mineras y alguna maquinaria de su propiedad) sería suficiente para responder por las eventuales costas del arbitraje; y (ii) Como consecuencia de los otros proyectos que maneja, estaba pasando por una transitoria falta de liquidez.

5. Sobre el proceso arbitral y las pretensiones de las partes en el arbitraje

5.1. La multa de US\$ 10.000 diarios pactada en la cláusula 6.2 del Contrato de Construcción se considera subsumida dentro de la multa de US\$ 1,5 millones pactada en la cláusula 6.3. Por lo tanto, esta última constituye el único reclamo de MISMA en el arbitraje.

5.2. CICSA no disputa la resolución del Contrato de Construcción, sino la exigibilidad de la penalidad que se le reclama.

5.3. CICSA no dedujo demanda reconvenzional.

5.4. En el Acta de Misión se hizo constar que el tribunal resolvería la solicitud de incorporación de TPF al arbitraje. TPF no firmó el Acta de Misión.

6. Sobre el régimen jurídico

6.1. Si bien Marmitania no está en el continente americano, suscribió y ratificó la Convención de Panamá de 1975, en virtud de lo dispuesto en el artículo 9 de la Convención, que no limita su adhesión a países americanos.

6.2. La Constitución vigente de Marmitania es de 2001, y no tuvo ulteriores enmiendas.

6.3. En Marmitania, en Costa Dorada y en Feudalia los tratados tienen jerarquía superior a las leyes, pero inferior a las constituciones.

6.4. En ninguno de los tres países existen normas legales o regulaciones sobre terceros financiadores.

6.5. Costa Dorada y Feudalia son también países miembros de la ONU, pero ninguno de ellos firmó ni ratificó el Convenio OIT 169, sobre Pueblos Indígenas y Tribales.
