

Memorial Parte Demandante - XIII Competencia Internacional de Arbitraje 2020

Autores: Luis Miguel Bernal Malagón

Nicolás Portilla Vargas

Juan David Perdigón Figueredo

Estudiantes de Décimo Semestre de la Profundización de Derecho Privado de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás Bogotá D.C.

Correos electrónicos:

luis.bernalm@usantotomas.edu.co

nicolasportilla@usantotomas.edu.co

juanperdigon@usantotomas.edu.co

Resumen: De acuerdo a la investigación realizada y teniendo en cuenta las dos grandes partes tratadas en el documento, en primer lugar se encuentran las formas de vinculación de los sujetos no signatarios del pacto arbitral. Allí se describen algunas teorías aplicables de acuerdo al caso concreto, y se exponen los presupuestos necesarios para permitir la vinculación de estos sujetos. Así mismo, se complementa la parte de jurisdicción apoyados en nociones fundamentales del arbitraje, principios como el competence competence, la argumentación de la validez de la cláusula arbitral, la manifestación tácita de la voluntad, y demás desarrollados en la explicación de las teorías aplicables.

En segundo lugar respecto a los méritos, se fundamentó el uso defraudatorio del contrato de trust, y por consiguiente la responsabilidad contractual de los Estados en calidad de parte demandada, al ser los constituyentes y beneficiarios del trust usado de forma defraudatoria. También se demostró el cumplimiento de

las obligaciones del demandante y las pretensiones de condena en contra de la demandada.

Concluimos por consiguiente que para entender a las partes de una convención o de una cláusula, no se requiere que expresamente haya existido firma del mismo, pues mediante diferentes actos o teorías se las puede vincular, máxime cuando se puede inferir la existencia de conductas de mala fe o defraudatorias como las que se presentaron en el caso concreto.

Así mismo, observamos las diferencias entre la figura jurídica del trust y de la fiducia mercantil, sus usos en el comercio internacional, regulación y normatividad aplicable, y aplicación fáctica en controversias contractuales como la del caso de la competencia.

Palabras clave:

- Trust
- Partes no signatarias
- Cláusula arbitral
- Contrato de concesión
- Responsabilidad

Introducción:

1. Esta controversia se ha generado producto de la imposibilidad de llevar a cabo una construcción que le hubiera significado un gran beneficio económico y social a los países de Marmitania y Costa Dorada. Construcciones Ali-Cate S.A. (de ahora en adelante CAC) fue la constructora encargada de realizar la obra, pero las actuaciones del Trust y de los Estados entorpecieron el desarrollo del proceso, generando no sólo el fracaso de la construcción, sino daños patrimoniales al contratista.

2. En este memorial se demostrará que el Tribunal Arbitral es autorizado para arbitrar

sobre esta controversia, argumentando que la cláusula arbitral es válida **(1)**, que el Estado de Marmitania y también el de Costa Dorado se encuentran vinculados mediante la cláusula arbitral **(2)**, y que el tribunal está investido de competencia para decidir acerca del incumplimiento del contrato de concesión EPC **(3)**.

3. Habiendo demostrado que el tribunal es competente, se procederá a exponer la configuración del Trust defraudatorio contra CAC **(4)**, así como el cumplimiento contractual de la misma en el contrato EPC, y la falta de disposición del derecho de vía por parte de la demandada **(5)**. Producto de lo anterior, las demandadas están obligadas a pagar el anticipo de \$200.000.000 USD, así como todos los perjuicios y daños producidos por la ejecución del contrato EPC **(6)**.

TABLA DE CONTENIDO

TABLA DE CONTENIDO	4
I. ABREVIATURAS	6
II. ANTECEDENTES	7
III. CUESTIONES SOBRE JURISDICCIÓN.....	9
SOBRE LA EXISTENCIA, VALIDEZ Y EJECUTABILIDAD DE LA CLÁUSULA ARBITRAL	9
<i>El pacto arbitral contenido en la cláusula del contrato EPC puede ser ejecutable</i>	11
LOS PAÍSES DE MARMITANIA Y COSTA DORADA SE ENCUENTRAN VINCULADOS POR LA CLÁUSULA ARBITRAL	11
<i>La negativa de los Estados para ser parte en el arbitraje es inadmisibile en virtud de la doctrina del Estoppel</i>	15
<i>De igual forma la cláusula arbitral es aplicable a los países de Marmitania y Costa Dorada por ser terceros beneficiarios del contrato de concesión.</i>	16
EL TRIBUNAL TIENE COMPETENCIA PARA DECIDIR RESPECTO DEL INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL EN EL MARCO DE LA CONCESIÓN (EPC).....	17
<i>El tribunal es competente para declarar la modificación al contrato de concesión (EPC). </i>	17
<i>El origen de la controversia contractual que suscita este arbitraje se da en el desarrollo de las prestaciones del instrumento EPC, el cual es contentivo del arbitral.</i>	18
<i>El postulado Kompetenz-Kompetenz permite a los arbitros tomar decisión acerca de su competencia y evitar una práctica dilatoria generada por la parte demandada.</i>	19
<i>El principio Kompetenz-Kompetence impide el uso de tácticas dilatorias generadas por la parte demandada.....</i>	20
IV. CUESTIONES DE MÉRITO.....	21
<i>El Trust fue usado como una figura jurídica con fines defraudatorios contra CAC.</i>	21
<i>Se configura la responsabilidad de Christian Arrow en calidad de trustee.</i>	22
<i>Se configura la responsabilidad de los Países de Marmitania y Costa Dorada en calidad de beneficiarios del Trust.</i>	23
<i>Las Naciones de Marmitania y Costa Dorada no pueden eximirse de su responsabilidad en la posición contractual acusando la responsabilidad del trustee. ..</i>	23
ALI CATE CUMPLIÓ SUS OBLIGACIONES DE ACUERDO AL EPC Y EL TRUST NO PUSO A DISPOSICIÓN EL DERECHO DE VÍA.....	24
<i>Ali Cate cumplió sus obligaciones de acuerdo a la naturaleza de los contratos EPC y las disposiciones pactadas por las partes.</i>	24
<i>El Trust no puso a disposición el área que comprendía la Concesión y el Derecho de Vía estipulado en la Cláusula 28 del contrato de concesión.....</i>	25
<i>Sobre las modificaciones al contrato o también denominadas “variations” y la revisión del precio.</i>	27

<i>La protección del principio de la apariencia creada o tutela de la confianza.</i>	<i>28</i>
LAS DEMANDADAS ESTÁN OBLIGADAS A PAGAR EL ANTICIPO DE 200 MILLONES DE USD, ASÍ COMO TODOS PERJUICIOS Y DAÑOS OCASIONADOS CON EL DESARROLLO DEL CONTRATO	29
VI. PETITORIO	34
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	37

I. ABREVIATURAS

- CAC - Construcciones Ali-Cate S.A.
- CAM - Cámara de Quito.
- CCEA - Cámara de Comercio Ecuatoriana Americana.
- PU - Principios UNIDROIT en su edición de 2016.
- CIADI - Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones
- CCI - Cámara de Comercio Internacional.
- UNCITRAL - United Nations Commission for the Unification of International Trade Law.
- USD – Dólares de los Estados Unidos de América.

II. ANTECEDENTES

4. A los 4 días del mes abril de 2015 los Estados de Marmitania y Costa Dorada celebran el tratado internacional “Cucusma Ma” por el cual crean un patrimonio autónomo o fiducia, que llamaron Trust al haberse inspirado en derecho inglés sobre el particular, los beneficiarios eran los dos Estados por partes iguales, el objeto consistía en el financiamiento de la cimentación la autopista entre Puerto Pinto y Gilvania. HECHO 7°.

5. El 14 de abril de 2015 se constituye el fideicomiso “Trust” y cada estado depositó los USD 300 millones acordados. HECHO 9°.

6. El 23 de octubre de 2015 se realiza la convocatoria para la licitación referida por el artículo 4° del tratado Cucusma Ma, cuya finalidad era adjudicar la construcción de la autopista entre Puerto Pinto y Gilvania. HECHO 10°.

7. El 23 de diciembre de 2015 se venció el plazo determinado para la posibilidad de presentar nuevas ofertas en la licitación. CONSTRUIDA A PARTIR DEL HECHO 10°. Y, el 4 de marzo de 2016 se realiza la adjudicación de la licitación a CAC. HECHO 11.

8. A los 23 días del mes de abril de 2016: Se suscribió el contrato “de Concesión” por el Trust, como “Concedente”, y CAC, como “Concesionario”. HECHO 12.

9. El 1° de mayo de 2016 se presentaron enfrentamientos entre los Cucús y los obreros, que resultaron en más de 20 heridos y dos muertos. En esta misma fecha los gobiernos de Costa Dorada y Marmitania profieren sendos decretos que ordenan la suspensión de la parte del proyecto que afectará a la Sierra de la Unión por 3 meses. HECHO 15.

10. El 5 de julio de 2016 CAC envía una comunicación al Trust y a los ministerios de obras públicas y transporte tanto de Marmitania y Costa Dorada diciéndoles que, en razón de los decretos, iba a tomar las medidas necesarias para suspender los trabajos. HECHO 16.

11. 23 de julio de 2016 se vence el término para que el Concedente entregue materialmente al Concesionario el terreno correspondiente al Área de la Concesión y del Derecho de Vía. CONSTRUIDO A PARTIR DE LA DISPOSICIÓN NÚMERO 28 DEL CONTRATO DE CONCESIÓN. HECHO 12.

12. El 1° de agosto de 2016 se vence el término de suspensión de 3 meses de los decretos proferidos por los gobiernos de Costa Dorada y Marmitania. CONSTRUIDO A PARTIR DEL HECHO 15.

13. El 14 de agosto de 2016 el Trust responde al Concesionario requiriendo que continúe con los trabajos en las zonas que no afectaren la Sierra de la Unión. HECHO 17.

14. El 31 de agosto de 2016 CAC responde que hará sus mejores esfuerzos para seguir con las obras que no afecten la Sierra de la Unión. En el mensaje precisa que la reorganización de esos trabajos le causaría costos adicionales a CAC, que según dice entender el Concesionario deben ser cubiertos por el Trust, y propone que al concluir los trabajos que pueden ser ejecutados el Trust pague un anticipo de USD 200 millones sobre el precio del contrato. HECHO 18.

15. El 3 de septiembre de 2016 el Trust se limita a acusar recibo de la comunicación del 31 de agosto de 2016. HECHO 19.

16. El 14 de abril de 2018 termina la duración del fideicomiso "Trust" ante la renuencia por parte de las Naciones de Marmitania y Costa Dorada de celebrar el tratado internacional que permita la continuación de la existencia del Trust. CONSTRUIDA A PARTIR DEL HECHO 8°.

17. El 5 de diciembre de 2018 se concluyen los trabajos de los dos grupos distribuidos por el Concesionario para trabajar entre Puerto Pinto y el inicio de la Sierra, y en el sector entre Gilvania y el comienzo de la Sierra. En esta misma fecha solicita al Trust el pago de los USD 200 millones de anticipo. HECHO 20. A su vez, en esta misma calenda, un trabajador de la corporación del sector financiero ante la que se constituyó el Trust responde que el término de este ya había vencido y que por ende había dejado

de existir. HECHO 21.

18. El 10 de marzo de 2019 CAC se comunica con las Naciones de Marmitania y Costa Dorada solicitándoles el pago de los USD 200 millones de anticipo. HECHO 22.

19. El 2 de agosto de 2019 los Estados contestan en una carta la solicitud de CAC del 10 de marzo de 2019, negándose a pagar el dinero.

20. Debido a dicha negativa el 28 de noviembre de 2019 CAC presenta una Solicitud de Arbitraje ante el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Ecuador, reclamando de Costa Dorada y Marmitania el pago del anticipo de USD 200 millones, más daños y perjuicios.

III. CUESTIONES SOBRE JURISDICCIÓN

21. En este apartado se argumentan las razones jurídicas por las cuales el Tribunal Arbitral es competente en virtud de diferentes factores. En primer lugar asume competencia por cuanto el pacto arbitral contenido en la cláusula existe, tiene validez y por ende resulta exigible. En segundo lugar el Tribunal tiene competencia en virtud del factor subjetivo debido a que las partes del presente arbitraje lo son apartados del contrato que consagra el pacto de arbitraje. Finalmente, en tercer lugar se explica cómo el tribunal es competente en virtud del contexto de aplicación material del pacto arbitral.

SOBRE LA EXISTENCIA, VALIDEZ Y EJECUTABILIDAD DE LA CLÁUSULA ARBITRAL

La Cláusula arbitral del contrato EPC existe y es válida

22. El Contrato de Concesión a raíz del cual se suscita la presente controversia fue suscrito por el *Trust* como parte “Concedente” y CAC como “Concesionario”, en dicho contrato dispone la cláusula 38, bajo el título “Jurisdicción y Derecho Aplicable”:

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”. (CASO HECHO 12) resaltado fuera del texto original.

23. De acuerdo a lo aceptado por la doctrina alrededor del mundo, el arbitraje tiene su origen en un acuerdo, y como todo acuerdo para que resulte parte de la realidad jurídica debe efectivamente existir y acatar con plenitud una conglomerado de condiciones respecto a la validez.

24. La consagración escrita de la cláusula de arbitraje resulta medio probatorio más que suficiente para acreditar la existencia del acuerdo arbitral, razón por la cual no es necesario profundizar más en el tema.

25. Así, “Por validez entendemos que el compromiso adquirido cumpla con todos los requisitos formales (existencia) y sustantivos (consentimiento)” (Estévez & Muñoz, 2017, p. 15). La finalidad de la exigencia de la concurrencia de dichos elementos no es otra diferente a buscar garantizar la exigibilidad del cumplimiento de la misma debido a la plena generación de efectos jurídicos por parte del acuerdo arbitral, y, en este caso concreto para sustraer las controversias de las jurisdicciones ordinarias de Marmitania y Costa Dorada y poder llevarlas a la justicia arbitral en Feudalia.

26. En virtud de la normativa aplicable a la presente controversia, se pone de presente que la existencia y validez de la cláusula arbitral debe revisarse bajo el tenor de lo preceptuado en el artículo 7° de la Ley de Arbitraje de Feudalia, cuyo texto resulta ser en su literalidad el adoptado en la Ley Modelo de Arbitraje Internacional de la UNCITRAL. En el caso particular de la legislación de Feudalia, se ha optado por la opción II de las enmiendas introducidas en el año 2006, y por esta razón la validez de cláusula arbitral no requiere de formalidad alguna para surgir a la vida jurídica, ya que se encuentra amparado por el denominado principio de libertad de forma (Perales Viscasillas, 2014, p. 674). Por esta razón el examen de validez de la presente cláusula ha de centrarse en el consentimiento de las partes para ser partes del arbitraje.

28. La voluntad de CAC surge en virtud del acto de rubrica del texto contractual de concesión con el *Trust*, mientras que la voluntad de los Estados de Marmitania y Costa Dorada proviene, como se demostrará más adelante, de manifestaciones voluntarias y conscientes por parte de los Estados de hacer parte del Contrato de Concesión y por ende ser partes de los arbitrajes que tengan lugar en razón de dicho Contrato, como lo es el presente.

29. En virtud a que se comprueba que existió un acuerdo respecto a la presencia de un pacto arbitral para la solución a los conflictos relativos al contrato de concesión previamente mencionado y frente al mismo existió declaración del querer real de las partes, la cláusula del instrumento contractual de concesión existe y es válida.

El pacto arbitral contenido en la cláusula del contrato EPC puede ser ejecutable

30. Comprobada la validez de la cláusula arbitral y atendiendo al numeral tercero del artículo segundo de la Convención de Nueva York, que establece la improcedencia de la cláusula arbitral cuando el acuerdo del cual surja es “nulo, ineficaz o inaplicable”, es posible concluir que la cláusula es ejecutable, al convertirse en una auténtica fuente de obligaciones para las partes, signatarias y no signatarias del acuerdo arbitral.

LOS PAÍSES DE MARMITANIA Y COSTA DORADA SE ENCUENTRAN VINCULADOS POR LA CLÁUSULA ARBITRAL

Marmitania y Costa Dorada se erigen en el contrato que contiene la cláusula arbitral como partes no signatarias.

31. Las partes signatarias del contrato de concesión son el *Trust* y CAC, sin embargo, los países de Marmitania y Costa Dorada se configuran como partes no signatarias en la medida en que con sus actuaciones intervinieron directamente o determinaron el sentido de la decisión del *Trust* en la negociación y ejecución del contrato. Así, por ejemplo, generaron en CAC una confianza legítima para adecuar el término del *Trust* al plazo dado para la culminación de la obra contratada entre el *Trust* y CAC, deber que desatendieron al no prolongar la vigencia del *Trust*.

32. A través del Trust Marmitania y Costa Dorada buscaron la creación de un patrimonio autónomo, que tenía la única finalidad de gestionar y adelantar la administración de la realización de una infraestructura. CAC, quién fue contratada para esta labor, desde las negociaciones del contrato de concesión manifestó a los administradores del Trust su preocupación por la asimetría entre la fecha de finalización del Trust y la fecha prevista para culminar la obra (Aclaraciones al caso PUNTO 1.11), sin embargo, CAC decidió continuar con la negociación del proyecto al recibir un parte de tranquilidad por parte del representante del Ministerio de Obras Públicas y Transporte de Marmitania, quien manifestó que “la duración está fijada por un tratado, y habrá que modificarlo por esa vía, para lo cual ya está en conversaciones con el Presidente, de Costa Dorada” (Aclaraciones al caso PUNTO 1.11).

33. Lo anterior fue conocido en un audio de WhatsApp enviado por el Ministro a Arrow, funcionario del Trust, y que este último puso de presente al representante de Ali-Cate durante las negociaciones para brindarle seguridad respecto a las obligaciones que estaba contrayendo el Trust. Esa confianza estuvo fundada en una carta firmada por los Ministros de Obras Públicas y Transporte de Marmitania y Costa Dorada, dirigida al Trust, en la que expresaron que “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” (Aclaraciones al caso PUNTO 1.10), y de la que CAC tuvo conocimiento por la exposición que de ella hizo el señor Arrow (Aclaraciones del caso, PUNTO 1.10).

34. Además, los Estados también se pronunciaron frente la obligación que les nacía de la cláusula 28, para que el Trust pudiera poner a disposición de CAC el terreno requerido para la construcción de la obra. Al respecto, los Estados aseguraron hacer todo lo posible por garantizarlo. Así se generó de manera objetiva en CAC la confianza de que los Estados compartían los compromisos del Trust.

35. Al no proferirse el tratado correspondiente que permitiera la prórroga de la duración del Trust, al no haberse asegurado la disposición del territorio sobre el que se construiría, y al ello ser determinante para que no se hubiera cumplido con la totalidad de la obra, los Estados determinaron el resultado de un contrato del que pretenden no haber sido partes.

36. En consecuencia, con su omisión determinaron la terminación del Trust, por lo que los bienes y obligaciones que constituyeron el patrimonio autónomo se restituyeron a los patrimonios de los Estados, quienes también eran beneficiarios, a prorrata de su inversión. De acuerdo con las consideraciones que dieron lugar al Trust constituido por Marmitania y Costa Dorada, este tenía como finalidad limitar su responsabilidad al asignar a un tercero la administración de una serie de recursos para cumplir determinado fin común y que finalmente les fueran devueltos en forma de un resultado, en este caso la obra. Sin embargo, dicha exención de responsabilidad no puede aceptarse cuando es por la misma voluntad de los Estados, quienes son constituyentes y beneficiarios del patrimonio autónomo, que el Trust dejó de existir.

37. Es por esto que, dicha omisión es suplida entonces por “la regla general de responsabilidad de los sujetos envueltos en transacciones comerciales, según la cual, en ausencia de una regla que excluyese su responsabilidad, los terceros contratantes podrían contar con que los fundadores (...) responderían por los actos de esta última” (Ramírez Gómez, 2014, p. 172).

38. Debe tenerse en cuenta que:

Esta regla fluye de principios generales del derecho y de la buena fe. Puede hallar soporte si se asemeja la presente situación con la existente durante el siglo pasado, donde las organizaciones comerciales eran formadas sin una clara base legal (sea que se considerara o no que poseían personería jurídica). Como regla general, los miembros fundadores o los miembros de estos cuerpos eran tomados como responsables salvo que hubiesen excluido su responsabilidad en una forma que no pudiese escapar o pasar inadvertida para terceras partes (Westland Helicopters Ltd. Vs Arab Organization for Industrialization, et al, 1984, p. 64)

39. Así, en razón de los actos realizados por los Estados para impulsar las negociaciones, como asegurar al Trust que se ampliaría su vigencia y que liberarían de obstáculos la entrega del terreno, que generaron la confianza en CAC para aceptar el contrato de concesión y la no renovación de la vigencia del Trust, CAC los trató como auténticas partes del contrato, a lo que los Estados nunca se opusieron. Dicha

situación se evidencia en que ante la emisión de los decretos tendientes a suspender la ejecución de la obra, CAC informó tanto a los Estados como al Trust de la suspensión de las obras.

40. Como la conducta de los Estados antes de la solicitud de la constitución del tribunal arbitral en ningún momento fue tendiente a desconocer el contrato, o asegurarse de mantener la limitación de su responsabilidad, tampoco fue tendiente a asegurar que las controversias que pudieran suscitarse respecto al Trust o a la construcción de la carretera fueran adelantadas en sus jurisdicciones internas; tan es así que para administrar los recursos crearon una entidad de carácter supranacional (*Tratado Cucusma Ma, Art. 1*), y “cuando la intención de los Estados es atribuirle un carácter supranacional al ente creado, no es posible determinar que se deba regir por las leyes de un lugar en particular, como sí puede hacerse en escenarios de particulares” (Ramírez Gómez, 2014, p. 171).

41. La calidad de parte no signataria de la concesión de los Países de Costa Dorada y Marmitania se ve reforzada además por los antecedentes del contrato de Concesión, en donde expresamente se menciona el contrato de Trust, dentro del cual si bien hay una expresión que hacía referencia a la limitación de responsabilidad, esta solo se presentaría en la medida en que el Trust mantuviera su vigencia, sin la presencia de este es ilógico que se pretendiera que permaneciera vigente la exención de responsabilidad en favor de los Estados cuando aún hay situaciones jurídicas sin resolver.

42. Una vez terminada la vigencia del Trust por voluntad de los Estados, se entiende que las obligaciones contraídas por el primero se encuentran ahora en cabeza de los segundos pues ha sido su voluntad que no siguiera existiendo un tercero que administrara los recursos dispuestos en un patrimonio autónomo para la obra, y al haber acompañado e intervenido en la negociación y ejecución del pacto de concesión se entienden partes de la concesión en reemplazo del Trust, pues son ellos quienes de manera sustancial presentan el interés en la ejecución de dicho contrato al ser constituyentes y beneficiarios del Trust, siendo este último el mero vehículo utilizado para lograr su cometido.

43. Se entiende que los Estados son partes del convenio arbitral ante:

La existencia de un contrato escrito, que incluye una cláusula compromisaria, que no fue suscrito por alguna de las partes o por ninguna de ellas y que las partes ejecutan. En este caso podrían no estar presentes una oferta expresa y una aceptación de la misma índole pero sí una oferta y una aceptación tácitas constituidas por la ejecución del contrato continente de la cláusula compromisaria (Sanabria Gómez, 2005, p. 161).

44. Para concluir es importante recordar que en el ámbito arbitral el reconocido caso de Dow Chemical contra Isover Saint Gobain planteó que para hacer aplicable la posibilidad de hacer extensivo el pacto arbitral de la cláusula a quienes no son signatarios “se requiere que la compañía haya tenido un papel relevante en el *iter contractual*, ya sea en las negociaciones precontractuales, en la celebración, ejecución o terminación del contrato que contiene la cláusula arbitral” (Dow Chemical vs. Isover Saint Gobain, 1982, p. 22). Así, en el caso concreto resulta evidente la crucial participación de los Estados en el *iter contractual* en la medida en que en la fase precontractual fue la seguridad brindada por los Estados la que llevó a CAC a suscribir el Contrato, mientras que durante la ejecución del Contrato decidieron hacerse parte del mismo dejando de renovar la duración del Trust, y al no haber utilizado un mecanismo jurídico idóneo para limitar su responsabilidad y su activo interés en el desarrollo del contrato CAC, atendiendo a los principios de buena fe y protección de la apariencia creada, tiene fundamentos objetivos para considerar que los Estados de Marmitania y Costa Dorada deseaban ser partes de la concesión y por tanto acogerse al pacto arbitral.

La negativa de los Estados para ser parte en el arbitraje es inadmisibile en virtud de la doctrina del Estoppel

45. Aceptar la negativa de los Estados de ser parte en el arbitraje no tiene sentido pues resulta prohibido por la doctrina del estoppel. Alegan los Estados que no son parte del contrato ni del convenio arbitral por el hecho de no ser signatarios del mismo, cuestión ya desvirtuada previamente a través de sus acciones y omisiones, pero adicionalmente alegan un incumplimiento por parte de la obligación esencial de

entregar la autopista en funcionamiento dentro del plazo contractual (*Hechos del caso. 27*), ante lo cual el contrato debe darse por terminado *ipso iure*, según los Estados.

46. En este sentido debe recordarse que “Con el nombre de estoppel se conoce aquella doctrina según la cual, dentro de un proceso, una persona está impedida para hacer una alegación - aunque sea cierta - que esté en contradicción con el sentido objetivo de su declaración o de su anterior conducta” (Díez-Picazo, 1963, p. 61).

47. Es decir que, de acuerdo con lo dispuesto por el principio *res inter alios acta*, referente al principio de la relatividad del contrato, no pueden los Estados alegar un incumplimiento contractual de un contrato del cual no son parte como fundamento para asegurar que el contrato terminó y por dicha razón no pueden ser sometidos a conocimiento de los honorables árbitros, y decir al mismo tiempo que no son parte de dicho contrato.

48. A la luz de las conductas y omisiones previamente expuestas es clara la calidad de los Estados de partes no signatarias del contrato de concesión, y en virtud de esto pretenden hacer valer un presunto incumplimiento contractual, que de antemano sea dicho es inexistente y no configura la terminación *ipso iure* del contrato, para no atender la presente controversia arbitral, cuestión que no es aceptada en virtud del acto

De igual forma la cláusula arbitral es aplicable a los países de Marmitania y Costa Dorada por ser terceros beneficiarios del contrato de concesión.

49. Subsidiariamente, en caso de que el honorable tribunal, por alguna razón, no reconozca a los Estados de Marmitania y Costa Dorada su condición de parte del contrato, debe ponerse de presente que estos son terceros beneficiarios del contrato, y en virtud de esa condición les es aplicable la cláusula arbitral, razón por la cual carece de fundamento todo argumento presentado por los Estados para no aceptar la jurisdicción y competencia del tribunal arbitral.

50. La calidad de tercero beneficiario parte de lo que la doctrina y la justicia arbitral han llamado *Extension under third party beneficiary doctrine* (Loban, 27), dicha doctrina

parte del presupuesto de que “el contrato, o mejor, sus efectos, sí pueden alcanzar a terceros en la medida en que ello les reporte un provecho o beneficio el cual aceptan libre y voluntariamente sea de forma expresa o implícita.”

51. En virtud de la naturaleza misma del contrato de Trust es evidente que hay una utilidad para un “tercero” que en este caso son los Estados, pues la razón de ser del contrato de concesión no es otra diferente que la construcción de una autopista que permitirá una mejora sustancial en las relaciones económicas de los dos Estados, así como beneficiarios de la administración de recursos realizada por el Trust es completamente lógico que las diferencias que surjan con el mismo se resuelvan de acuerdo al contrato que permite la consolidación del beneficio, en este caso la carretera, y dicho contrato ha resuelto la solución de disputas mediante el mecanismo arbitral. Sin embargo, se reitera que del análisis objetivo de las conductas de los Estados se puede deducir que son auténticas partes del instrumento contractual que consagra el pacto arbitral.

EL TRIBUNAL TIENE COMPETENCIA PARA DECIDIR RESPECTO DEL INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL EN EL MARCO DE LA CONCESIÓN (EPC).

52. Los honorables árbitros se encuentran investidos de competencia para avocar conocimiento en el presente caso originado en el incumplimiento del contrato de concesión EPC. CAC demostrará que el centro de interés de la litis se presenta entorno al contrato EPC, y que por lo tanto el tribunal es competente para conocer de todos los aspectos relacionados al contrato, incluyendo las modificaciones al mismo.

El tribunal es competente para declarar la modificación al contrato de concesión (EPC).

53. De acuerdo al derecho aplicable elegido por las partes, el *pacta sunt servanda* rige como principio en el comercio internacional, y su significado en el marco contractual prescribe que una vez surgido el contrato el mismo regula de forma estricta la relación entre las partes. De acuerdo a esto, las partes pactaron en el contrato de concesión la cláusula arbitral previendo cualquier conflicto (como efectivamente sucedió) y refiriendo expresamente a la Cámara de Comercio de Quito (*Caso N°12 y/o Cláusula*

38 del Contrato EPC).

54. La autonomía privada de la voluntad, en cuanto principio, rige esencialmente en el derecho privado, en este caso en el derecho comercial internacional. Si bien es cierto que bajo esa disposición quienes acuerdan pueden voluntariamente realizar cambios o modificaciones en disposiciones contractuales, la existencia del *pacta sunt servanda* busca preservar la obligatoriedad del contrato como ley para las partes (*Kreditanstalt für Wiederaufbau v. Inversiones Errázuriz Limitada*). En este caso, la cláusula también hace parte del acuerdo de partes y debe preservarse su obligatoriedad.

55. El Estatuto Arbitral de la mencionada institución establece en su artículo segundo que “**Todo conflicto o controversia** que se someta a arbitraje o a mediación en el CAM de la CCEA se entenderá sometido a este Reglamento, y se tramitará y resolverá de acuerdo con la Ley de Arbitraje y Mediación y a las demás normas que para tal efecto se dictaren” (Cámara de Comercio Ecuatoriana, 2010, p. 6). La redacción del artículo incluye la sumisión de cualquier conflicto a las reglas de la CAM de la CCEA, y teniendo en cuenta que ya se demostró la validez de la cláusula arbitral y la sumisión expresa a este tribunal arbitral, no cabe duda de que el tribunal tiene competencia para declarar la efectiva modificación del contrato de concesión EPC.

El origen de la controversia contractual que suscita este arbitraje se da en el desarrollo de las prestaciones del instrumento EPC, el cual es contentivo del arbitral.

56. El centro de interés que motiva este proceso arbitral tiene origen justamente en el incumplimiento del Trust y los Estados dentro de la relación contractual con CAC. Debe tenerse en cuenta que se trata de un asunto contractual del cual puede disponer la parte, y por tanto es un asunto arbitrable (*Salcedo, 76*).

57. Tratándose de un conflicto de origen contractual, conviene mencionar que es esto lo que suscita interés para las partes y que debe ser resuelto por el tribunal, pues se encuentra en estrecha relación con el objeto del contrato (*Arrubla, 89*). El hecho de que los estados argumenten su no inclusión en este proceso arbitral, no debe dejar de

lado el verdadero motivo que dió origen a la controversia y que sustancialmente es relevante para el caso e igualmente en punto de la redacción del laudo arbitral.

58. La primacía del derecho sustancial sobre el derecho procesal es un principio universalmente reconocido (*Perez, 14*) y en el presente proceso su aplicación es muy importante teniendo en cuenta que es el contrato de concesión EPC lo que sustancialmente relaciona a las partes, y por consiguiente genera los deberes y obligaciones jurídicamente relevantes (*Alstom Brasil Energia E Transporte LTDA v. Mitsui Sumitomo Seguros S.A.*) independientemente de los aspectos procesales controvertidos por la parte demandada.

El postulado Kompetenz-Kompetenz permite a los arbitros tomar decisión acerca de su competencia y evitar una práctica dilatoria generada por la parte demandada.

59. El principio Kompetenz-Kompetenz permite discutir todos los aspectos relacionados con la controversia por el tribunal arbitral (*Haakon Lorentzen, Erling Sven Lorentzen e Lorentzen Empreendimentos SA c. Hugo Pedro de Figueiredo*). Si bien es cierto que existen asuntos que no son susceptibles de ser sometidos a arbitramento (*González De Cossío, 99*) en este caso el conflicto si puede estar sometido a este tribunal al tratarse de un contrato de concesión EPC celebrado en el marco del derecho comercial internacional, con partes competentes para obligarse y también en virtud de la ley aplicable escogida por las mismas. (*J. Paulsson, 95*)

60. Otro principio que fundamenta la competencia del tribunal, es el denominado *principio pro arbitri*, este es un principio de interpretación efectiva que ha sido globalmente reconocido como rector de los acuerdos de arbitraje. La interpretación que debe preferirse de la cláusula arbitral es aquella que protege la producción de sus efectos, sobre cualquier interpretación que los limita. (*Fouchard, /Gaillard,/Goldman, 293*). Después de haberse expuesto la inclusión de los terceros no signatarios del pacto arbitral (como lo son los estados demandados), bajo este principio y el Kompetenz-Kompetenz, se encuentran fundamentos jurídicos adicionales para la procedencia de este proceso arbitral.

El principio Kompetenz-Kompetence impide el uso de tácticas dilatorias generadas por la parte demandada.

61. Es pertinente advertir que el principio de Kompetenz-Kompetence tiene especial preponderancia en la presente controversia, debido a que se puede estar frente a una táctica dilatoria por parte de los estados en el rol de demandados (Llaín,149).

62. El mencionado principio le permite a los árbitros resolver acerca de su competencia justamente evitando ese tipo de maniobras de mala fe que buscan atacar el acuerdo sobre el pacto arbitral. Como lo refiere la mencionada autora:

De esta manera, los árbitros pueden combatir tácticas dilatorias tendientes a cuestionar la validez del acuerdo arbitral y, por ende, la competencia del tribunal arbitral, de manera que pueden decidir sobre su propia competencia y continuar con el proceso arbitral, aunque la parte que pretende retardar el proceso acuda a instancias jurisdiccionales (Llaín, 2015, p. 155).

63. La práctica de las tácticas dilatorias de los procesos arbitrales es una cuestión recurrente en el arbitraje. Al respecto, varios doctrinantes lo han remarcado, mencionando que el principio Kompetenz-Kompetence tiene un doble efecto, uno positivo, que es... (Philippe, 613), y uno negativo, que es... (E. Gaillard, 400).

64. El principio Kompetenz-Kompetence se encuentra previsto en la Ley Modelo de Arbitraje Internacional de la UNCITRAL (adoptada por la Ley de Arbitraje de Feudalia, caso N°30) en el artículo 8 numeral 1, así como en la Convención de Nueva York sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales de 1958 (adoptada por todos los estados, incluido Feudalia, caso N°28) en el artículo II numeral 3.

65. Para efectos de este caso, los Estados y el Trust han realizado múltiples conductas como la constitución del Trust defraudatorio, el desconocimiento de sus actos propios o el incumplimiento de la disposición del derecho de vía. Siguiendo esa línea, desconocer la cláusula arbitral es otro de los actos que demuestran su mala fe y la intención de entorpecer el desarrollo del proceso arbitral.

IV. CUESTIONES DE MÉRITO

SOBRE LA CONFIGURACIÓN DEL TRUST DEFRAUDATORIO CONTRA CAC.

66. La figura del Trust constituido por parte de los Estados de Marmitania y Costa Dorada, debido a la negligencia de Christian Arrow en calidad de *trustee* y de los mismos Estados en calidad de *settlers*, se produce la configuración del efecto defraudatorio en contra de CAC.

El Trust fue usado como una figura jurídica con fines defraudatorios contra CAC.

67. El 14 de abril de 2015 los estados de Marmitania y Costa Dorada constituyeron un Trust ante la entidad Arrow & Arch Consulting Co. dando cumplimiento a lo pactado por los mismos Estados días antes en el Tratado de “Cucusma Ma”, se nombró al señor Christian Arrow como *Trustee* a cargo de la administración y representación de dicho Trust, por otra parte se estableció que la finalidad de los bienes constitutivos del *Trust* sería para el proyecto de construcción de la autopista entre las capitales de ambos Estados (Puerto Pinto y Gilvania) y por último, dando cumplimiento a lo pactado en el tratado ya mencionado se pactó dicho Trust por el término de 3 años.

68. CAC dentro del proceso de negociación con el Trust de la concesión para la elaboración de la autopista Puerto Pinto-Gilvania, manifestó su preocupación por la asimetría entre la fecha de vencimiento del Trust, esto es 14 de abril de 2018 y la fecha de entrega de la autopista pactada en el contrato de concesión, a saber a los 23 días del mes abril de 2019, previendo que podrían presentarse dificultades al momento de la ejecución de contrato, no obstante y teniendo en cuenta que dentro de las consideraciones del contrato se tuvo en cuenta la constitución y vencimiento del Trust, el señor Christian Arrow como *Trustee* aseguró por medio de un documento audible proveniente del Ministro de Transporte del Estado de Marmitania, que los Estados como constituyentes y beneficiarios del Trust, eran conscientes de la importancia de la modificación de la duración del Trust.

69. Teniendo en cuenta lo anterior, es correcto afirmar que los Estados de Marmitania y Costa Dorada al momento de ejecución del contrato de concesión conocían de la

necesidad de modificar la fecha de duración del Trust, teniendo en cuenta que como *settlers* de dicho patrimonio autónomo eran aquellos que tenían la posibilidad de modificar dicha disposición, no obstante y aprovechando la buena voluntad mostrada por CAC de continuar con la ejecución del contrato, a pesar de las dificultades presentadas, los Estados de manera negligente omitieron la extensión del término de duración del Trust, posibilidad que tenían como *settlers* del mismo, dicha omisión causaría un efecto defraudatorio que sufriría el concesionario.

70. La anterior afirmación tiene su fundamento en el preámbulo del tratado de “Cucusma Ma” suscrito por los Estados de Marmitania y Costa Dorada, donde versa lo siguiente: *“Considerando que el Trust es un instrumento jurídico idóneo para limitar la responsabilidad de sus beneficiarios”* (Tratado de “Cucusma Ma”), es decir que los Estados constituyentes del Trust designaron esta figura por la limitación de imputación de responsabilidad a sus beneficiarios, no obstante, como constituyentes (o *settlers*) del Trust eran los únicos facultados para realizar dicha modificación, la cual nunca fue hecha a pesar de que CAC continuó con la ejecución del contrato de concesión. Por tal razón se considera que el ánimo con el que los Estados como *settlers* del Trust no modificaron la duración de este fue defraudatorio, en el entendido que Ali-Cate continuaba ejecutando dicho contrato.

Se configura la responsabilidad de Christian Arrow en calidad de trustee.

71. El Trust anglosajón se ha caracterizado por admitir lo que la doctrina ha denominado como una dualidad en el derecho de propiedad, pues el *Trustee* tiene sobre los bienes que constituyen el Trust un derecho real de dominio, así como el beneficiario también tiene sobre esos bienes un derecho de propiedad en razón a los beneficios reportados por los bienes constitutivos del Trust. En ese orden de ideas, al momento de reclamar la efectiva realización de las prestaciones abrogadas en virtud del cumplimiento del objetivo con el cual el *settlor* constituyó el *Trust*, dicha reclamación deberá ser dirigida contra la persona que contenga el derecho de propiedad de dichos bienes.

72. En el caso materia de controversia, los Estados constituyeron a Christian Arrow como *Trustee*, del Trust, es decir que sería quien tendría la gerencia de los activos por

el tiempo de vigencia del Trust. No obstante lo anterior, en virtud de que los Estados decidieron no cumplir con la modificación de duración del Trust, en la presente controversia, si bien Christian Arrow tiene responsabilidad, dicha responsabilidad sería reclamada por las partes que tenían interés en la administración adecuada de los bienes que constituían el Trust, de tal forma que a CAC no le interesaría reclamar dicha responsabilidad por cuanto al día de hoy quien tiene la titularidad de los bienes que constituían el Trust son los Estados de Marmitania y Costa Dorada.

Se configura la responsabilidad de los Países de Marmitania y Costa Dorada en calidad de beneficiarios del Trust.

73. “La característica típica del Trust anglosajón reside en una forma dual del derecho de propiedad, es decir, en la coexistencia de dos derechos de dominio sobre el mismo bien” (Rengifo, 2012, p. 53) es decir, que sobre los bienes que componen el patrimonio autónomo de un Trust tanto el *Trustee*, como el beneficiario tienen derechos sobre dichos bienes, el primero fundamentado en la calidad de administrador de dichos bienes y el segundo en la expectativa de los mismos.

74. No obstante lo anterior los derechos de los que goza el beneficiario sobre los bienes del Trust son naturales al derecho de propiedad:

The beneficiaries’ rights are ‘correlative’ to the Trustees’ duties. Because beneficiaries’ rights relate to Trustees’ duties in this way, information about the duties can be read across to the rights. So rights correlative to Trustees’ proprietary duties are themselves proprietary, ie attached to the Trust property. (Gardner, 2011, p. 266)

75. Los Estados de Marmitania y Costa Dorada incumplieron un deber de conducta fundamentado en la posición de *settlor* y beneficiario, ya que si bien tenían los Estados derecho sobre los bienes que componen el patrimonio autónomo del Trust, es en virtud de esa expectativa que al observar la ejecución del contrato de concesión con CAC debieron extender el término de duración de dicho Trust y como consecuencia de la desatención de ese deber de conducta se produce un daño a CAC.

Las Naciones de Marmitania y Costa Dorada no pueden eximirse de su

responsabilidad en la posición contractual acusando la responsabilidad del trustee.

76. Tomando en cuenta los argumentos expuesto en los apartados previos, los Estados de Costado Dorada y Marmitania no pueden responsabilizar a Christian Arrow como Trustee por los daños ocasionados a CAC, ya que si bien las actuaciones de Christian Arrow contribuyeron a la ocurrencia del daño a CAC, también lo hace la omisión del deber de conducta que recae en los Estados como *settlers* y beneficiarios de dicho Trust, por tal razón no habría lugar a que los demandados se eximieran de responsabilidad alegando que el deber de administración y cuidado de los bienes que componen el Trust recaen en el *Trustee*.

ALI CATE CUMPLIÓ SUS OBLIGACIONES DE ACUERDO AL EPC Y EL TRUST NO PUSO A DISPOSICIÓN EL DERECHO DE VÍA

77. De acuerdo a las disposiciones del contrato y a las prestaciones que caracterizan a los contratos EPC, Ali Cate cumplió sus obligaciones contractuales con el Trust. Por el contrario, éste último no puso a disposición el derecho de vía como prestación contractual de su parte (junto al precio), lo que originó las modificaciones en la construcción. Además de lo anterior, el polo pasivo de esta demanda no reconoce las modificaciones realizadas en el contrato, actuando en contravía del principio de protección de la apariencia creada.

Ali Cate cumplió sus obligaciones de acuerdo a la naturaleza de los contratos EPC y las disposiciones pactadas por las partes.

78. Dentro de las características de los EPC, la doctrina no es unánime en contemplarlos todos, y dado su carácter atípico, es aún más complejo encontrar uniformidad en el tema. Sin embargo:

En este tipo de contratos, el énfasis recae en la responsabilidad global que asume el contratista frente al cliente. Esto no significa, sin embargo, que el contratista asuma todos y cada uno de los riesgos que se derivan de la ejecución del proyecto. Cuestión ésta que dependerá en cada caso concreto de factores de diversa índole, como el tipo de financiación, obra,

injerencia del cliente en la ejecución del proyecto, etc...(Hernández, 2014, p. 174).

79. Como bien se ha puesto de manifiesto, la intrusión del Trust en el desarrollo del proyecto se presentó el requerir a CAC para continuar los trabajos en las zonas que no perjudicaran la Sierra de la Unión. Bien lo ha manifestado la mencionada autora que el contratista no necesariamente debe asumir todos los riesgos por ser un EPC, pues también se está a las disposiciones del contrato y a los acuerdos de las partes. La postura de la no asunción indiscriminada de los riesgos también es soportado por autores como *M. E. Schneider*, (332) y *Wiwen-Nilson* (282).

80. El contrato de EPC no presenta la cláusula "llave en mano" que se caracteriza por expresamente establecer en cabeza del contratista todas las responsabilidades por las prestaciones que debe asumir el contratista y que sería por el global de la obra. La ausencia de la misma genera que "sólo queda el recurso a la interpretación de la voluntad de las partes" (Brabant, 1981, p. 85)

81. Acudiendo entonces a las disposiciones del contrato, CAC cumplió a cabalidad todas sus obligaciones, y también las que "naturalmente le pertenecen a los contratos EPC" (*Henry G. Burnett and Louis-Alexis Bret* pp 97-114).

El Trust no puso a disposición el área que comprendía la Concesión y el Derecho de Vía estipulado en la Cláusula 28 del contrato de concesión.

82. En el desarrollo doctrinal que han tenido los contratos EPC, se han hecho algunas críticas sobre las características del modelo. En ese sentido, se ha destacado por ejemplo "que impiden al cliente llevar a cabo cualquier modificación del proyecto; o **que el contratista repercute siempre los considerables riesgos que asume en el precio, por tanto, no resulta más barato para el cliente**" (Wallace, 1986, p. 407)

83. Para este caso en concreto se aplica sobre el presupuesto del precio, debido a que el Trust requirió a CAC para realizar los trabajos en las áreas que no afectaban la Sierra de la Unión (Caso N°17 y 18). Es claro que fue el Trust quien asumió el riesgo de lo que pudiera suceder con la construcción, pues en principio CAC suspendería la

ejecución, pero el Trust requirió continuar. La voluntad del contratante fue la que impulsó la construcción, y naturalmente lo que hizo CAC fue enviarle el costo del adelanto que implicaba realizar esa labor.

84. El contrato inicialmente estuvo previsto para tener una duración de 3 años desde la suscripción del mismo, lo que puede considerarse como una larga duración para la ejecución de las prestaciones. Ésta extensión genera un deber de auxilio mutuo entre los contratantes para la ejecución de la obra ante las múltiples complejidades que este tipo de proyectos general:

En cualquier caso, la larga duración de los contratos internacionales de construcción hace que, en ellos, sea necesaria una estrecha colaboración y cooperación entre las partes, no sólo en la determinación de los planos y especificaciones técnicas del proyecto sino también en la solución de los distintos problemas que puedan surgir durante la ejecución del contrato. (Hernández, 2014, p. 194)

85. Frente a las actuaciones del Trust y de los Estados, esa colaboración y cooperación en principio pareció darse al buscar las formas de brindar el derecho de vía, sin embargo como se ha expuesto, no fue así toda vez que únicamente pretendieron hacer que CAC llevara a cabo la construcción y no asumir el costo de las modificaciones a que hubo lugar por el mismo requerimiento del Trust.

86. En los acuerdos “llave en mano”, dentro de la complejidad de prestaciones que son propias del modelo contractual, se encuentra el “Design” (*Conproca, S.A. De C.V. v. Petroleos Mexicanos*). En el Design, el contratista tiene un amplio grado de libertad para decidir cómo desarrollará la obra contratada.

87. Aplicando este concepto a los hechos del caso, es importante mencionar que CAC contaba con la facultad de reorganizar los trabajos de construcción en aquellas áreas que no afectaran la Sierra de la Unión (Caso HECHO N°17), independientemente de que el Trust hiciera referencia a ‘continuar’. Sin importar esa diferencia semántica, CAC tenía la facultad de reorganizar, sin embargo también conviene mencionar que ello se debió al requerimiento del Trust para llevar a cabo las obras en las zonas no invadidas por “los Cucús”, por lo que la reorganización tuvo origen en la voluntad

expresada del Trust.

88. Siguiendo con la complejidad de lo que implican las modificaciones de los contratos EPC, se ha descrito que existen algunas cláusulas que permiten adaptarlos nuevas circunstancias que afectan su desarrollo, bien se hayan producido por factores ambientales, económicos, sociales, entre otros. A estas cláusulas se las conoce como "cláusulas de adaptación" y se aplican cuando se configuran situaciones a las que en el comercio internacional se les denominan "Hardship". (P.U. 2016, art 6.2.1 y 6.2.2) En ausencia de estas cláusulas, ni el contratista está obligado a proporcionar algún cambio o mejora (entendiendo que su prestación se tendría un incremento en su onerosidad), ni el contratante tendría derecho a exigirlo (*M. Fontaine, 491*)

89. Lo que debe resaltarse de esta situación es que el contratante, en principio, no tendría derecho a exigirle al contratista la ejecución de una prestación que incrementar excesivamente el valor económico de la ejecución del contrato, puesto esto sería dar lugar a exigencias que fueran en perjuicio del contratista. Sin embargo, la modificación del plan de ejecución de obra se dio como consecuencia del pedido expreso hecho por el Trustee, a falta de un acuerdo expreso, por lo que Ali Cate llevó a cabo la construcción pretendiendo trasladar el sobrecosto al contratista, pues si fue este quien exigió la modificación del plan de obra, entonces, naturalmente, tendría que soportar el pago del sobrecosto.

Sobre las modificaciones al contrato o también denominadas "variations" y la revisión del precio.

90. Sobre este punto ha afirmado Feliciani (1989):

a las variations o modificaciones ordenadas por el cliente en los contratos «llave en mano» es habitual, por el escaso control que éste ejerce sobre la concepción del proyecto, que sea el contratista el que las proponga bien motu proprio como consecuencia de su obligación de informar al cliente de las mejoras que puedan repercutir en una disminución del coste o en un aumento de la eficiencia de la planta industrial, bien previa solicitud del cliente o su representante. (p. 109)

91. Por su parte Hernandez (2014) explica:

“También es habitual que, junto a la modificaciones ordenadas por el cliente relativas al proyecto propiamente dicho, sean tratadas como tales variations: las alteraciones derivadas de los cambios en la ley del país donde se ejecutan las obras; **la suspensión prolongada de las mismas; y los defectos o vicios de las maquinarias y materiales suministrados por el cliente.** (p. 213).

En este caso, las “variations” se produjeron debido a que el Trust no puso a disposición el derecho de vía que le correspondía según el EPC. Producto de esto, fue el cliente quien sugirió continuar las obras, dando lugar a los reajustes lógicos en el desarrollo de las mismas y también en el precio.

92. Y adiciona la misma autora:

Además, el precio alzado admite revisión, es decir, que no tiene por que ser un precio fijo (Fixed Price). En efecto, es práctica común no sólo en los contratos «llave en mano» sino también en el ámbito de la construcción internacional, en general, incluir determinadas cláusulas que tienen por objeto adaptar el precio a las posibles modificaciones que puedan sobrevenir en curso de ejecución, distintas a las derivadas de un error en la valoración de las partes. (Hernández, 2014, p. 206)

93. Para concluir:

En este sentido, las cláusulas como los changes or variations clauses, que prevén un incremento del precio como consecuencia del derecho del cliente a ordenar modificaciones en los trabajos. Esto conduce a afirmar que incluso en los contratos de precio alzado, como generalmente son los contratos «llave en mano», tampoco existe certeza absoluta respecto a la determinación final del precio. (Wallace, 1986, p. 293)

La protección del principio de la apariencia creada o tutela de la confianza.

94. Respecto al principio de buena fe este:

Se trata de un principio vinculado a la seguridad jurídica, a la seguridad

sobre la expectativa y la apariencia, “en virtud del cual recibe protección la confianza del declarante en relación con que haya sido razonablemente comprendido por el receptor y la confianza del destinatario sobre la leal intención del declarante’. (Castresana, 1991, p. 22),

95. Este principio se puede ver reflejado en el art 4.2 de los PU, sobre la interpretación de las declaraciones y otros actos. Al respecto, menciona: “Las declaraciones y otros actos de una parte se interpretarán conforme a la intención de esa parte, siempre que la otra parte la haya conocido o no la haya podido ignorar.” (Principios Unidroit, 2016, p. 6) Y agrega en el numeral 2: “Si el párrafo precedente no es aplicable, tales declaraciones y actos deberán interpretarse conforme al significado que le hubiera atribuido en circunstancias similares una persona razonable de la misma condición que la otra parte” (Principios Unidroit, 2016, p. 6).

96. Las declaraciones y actos del Trustee cuando fue cuestionado por la duración del tiempo del Trust, o el hecho de llevar a cabo la construcción durante un periodo de más de dos años sin que el Trustee manifestara nada al respecto, son actos en los que se entiende el acuerdo o aquiescencia de la parte demanda, en el criterio de cualquier persona razonable. La interpretación de los actos del Trust se ve inmersa en los mencionados principios, y por tanto, el Trust está desconociendo esas disposiciones de la ley aplicada por las partes.

LAS DEMANDADAS ESTÁN OBLIGADAS A PAGAR EL ANTICIPO DE 200 MILLONES DE USD, ASÍ COMO TODOS PERJUICIOS Y DAÑOS OCASIONADOS CON EL DESARROLLO DEL CONTRATO

El recibo del Trust sobre la comunicación de reorganización de trabajos y el anticipo que envió CAC constituye una ejecución de buena fe y acorde a la voluntad de las partes en el marco de la ejecución contractual.

97. El contrato de concesión entre CAC como concesionario y el Trust como concedente, suscrito el 23 de abril de 2016, consagra las obligaciones de cada una de las partes, así mismo establecía una formalidad frente a las adendas a las disposiciones contractuales, las cuales se harían por escrito.

98.Sin embargo, al comienzo de la ejecución del contrato debido a dificultades derivadas de la naturaleza de la construcción y por los lamentables hechos del 1 de mayo de 2016, los Estados de Marmitania y Costa Dorada ordenaron mediante decretos de emergencia la suspensión de los trabajos de construcción, razón por la cual CAC informó al concedente de la suspensión de los trabajos en la autopista.

99.No obstante, el Trust, fiel al cumplimiento del objetivo de construcción de la autopista, solicitó mediante comunicación enviada a CAC el 14 de agosto de 2016, que se reanudaran los trabajos en los 59 kilómetros entre Gilvania y la Sierra de la Unión, y también en los 59 kilómetros entre Puerto Pinto y la Sierra de la Unión, mientras que los Estados negociaban una solución pacífica con los grupos nativos que impedían la construcción de la autopista en los 30 kilómetros de la Sierra de la Unión.

100.CAC manifestó mediante comunicación enviada al Trust y a los ministerios de Marmitania y Costa Dorada el 31 de agosto de 2016 que continuaría la construcción sobre los 118 kilómetros restantes de la vía entre Puerto Pinto y Gilvania. Sin embargo, y gracias a la experiencia de CAC este determinó que la división de los equipos para constituir los dos grupos de construcción acarrearía costos adicionales, los cuales no iba a soportar debido a que el hecho de que los Estados no pudieran garantizar el acceso total de CAC a los 148 kilómetros de la vía entre Puerto Pinto y Gilvania, no era un incumplimiento por parte de CAC, y con el fin de darle cubrimiento a estos costos adicionales sería necesario un adelanto de 200 millones de USD.

101.Como única respuesta a la comunicación enviada por el concesionario el 31 de agosto de 2016, el 3 de septiembre siguiente el Trust acusó recibo de la información que dio CAC. Al CAC no recibir una negativa por parte del Trust, y teniendo en cuenta la solicitud que se le hizo el 14 de agosto de 2016 y el silencio de los Estados de Marmitania y Costa Dorada, constituyentes y beneficiarios del Trust, reanudó la construcción de la autopista entre Gilvania y Puerto Pinto dividiendo los equipos de construcción tal como se había informado.

102.CAC, 2 años y 2 meses después de haber iniciado los trabajos, finalizó la construcción de los 118 kms de autopista entre Gilvania y la Sierra de la Unión y Puerto

Pinto y la Sierra de la Unión, restando los 30 kms. afectados por el problema con los nativos.

103. Ahora, el artículo 1.7 de los PU consagra la buena fe, uno de los principios más importantes dentro del ámbito internacional, y el artículo 1.8 establece la doctrina de los actos propios, que “Implica, como indica Díez Picazo, “un deber de coherencia del comportamiento, que consiste en la necesidad de observar en el futuro la conducta que los actos anteriores hacían prever” (Cremades, 2011, p. 15). Estos protegen las expectativas que una parte ha generado en la otra por medio de los actos desplegados en los tratos preparatorios del contrato y en el cumplimiento del mismo.

104. En el caso concreto, el Trust, el 14 de agosto de 2016, le solicitó a CAC continuar con la ejecución del contrato a pesar de las dificultades para desarrollar las obras en los 30 kilómetros comprometidos en la Sierra de la Unión. Con esto el Trust creó en CAC una expectativa sobre el comportamiento que él debería desplegar para ser consecuente con la solicitud realizada. De ahí que, cuando CAC, hablando desde su experiencia, dio a conocer la posibilidad de que los trabajos de construcción de la autopista pudieran desarrollarse de manera coordinada, dividiendo los equipos de obra, y advirtió sobre el aumento de los costos en la operación y de la necesidad de un adelanto de 200 millones de USD, era esperable que el acuse de recibo y la falta de un rechazo expreso por parte del Trust pudiera entenderse como una aceptación a la modificación del plan de desarrollo de la obra, y, en consecuencia, como el perfeccionamiento de una obligación crediticia a su cargo.

105. Aunado a esto, la duración de la obra, durante 2 años y 2 meses, dio oportunidad a que los Estados o el Trust, responsables por la vigilancia del estado de obra, hubieran realizado algún reclamo o hubieran manifestado su desacuerdo con la forma en la que CAC venía desarrollando la construcción después de que se le solicitó continuar con ella. Sin embargo, ni el Trust ni los Estados lo hicieron. Frente a la ausencia de algún comportamiento expreso y la virtualidad para que la tolerancia de los actos cree un entendimiento entre las partes contractuales, en el laudo del caso *Joseph Charles Lemire & others v. Ukraine*, de 14 de enero de 2010, ante el CIADI, el tribunal consideró:

Mr. Lemire did not require a second examination, and Ukraine reasonably

understood that Claimant felt satisfied with the first examination, and consequently did not carry out a second one. Mr. Lemire cannot now reverse track and argue that respondent defaulted on its contractual obligations. (Joseph Charles Lemire & others v. Ukraine, 2010, p. 154)

106. De esa forma, no reconocer la existencia de una obligación que deje indemne a CAC frente al comportamiento negligente y amañado del Trust y los Estado de Marmitania y Costa Dorada, implicaría desconocer la aplicación directa del principio de buena fe como rector del comportamiento contractual.

107. Así mismo, los artículos 4.1, 4.2 y 4.3 de los PU establecen criterios de interpretación de los contratos. El artículo 4.1 consagra una interpretación subjetiva, que debe ser complementada por una interpretación razonable. El artículo 4.2 subsume la interpretación del contrato a las declaraciones o actos desplegados por las partes durante la relación contractual, para generar un entendimiento en la otra. Por último, el artículo 4.3 incluye, entre otros, “las negociaciones previas entre las partes”, “las prácticas que ellas hayan establecido entre sí” y “los actos realizados por las partes con posterioridad a la celebración del contrato” como criterios de interpretación del contrato. (Principios Unidroit, 2016, p. 6).

108. Así, tal como lo ha considerado el tribunal de arbitramento de la CCI en el laudo del caso N° 14581 (Claimant, Lessor (Ireland) v. Respondent, Ministry A (State X)), “a contract is to be interpreted according to the common intention of the parties even if this differs from the literal meaning of the words.” (Claimant, Lessor (Ireland) v. Respondent, Ministry A (State X), 2012, p. 86) Es decir, la voluntad puede dar lugar a que el contrato se interprete aun en contra de las disposiciones pactadas en la literalidad del contrato.

109. Inclusive, el artículo 2.1.18 de los PU reconoce que un contrato en el que se ha pactado una solemnidad para las adendas puede ser modificado por los actos de las partes, por lo que no se podrá alegar la necesidad de una solemnidad cuando una parte ha actuado en consideración a expectativa razonable generada por los actos desplegados por la otra.

110.En el caso concreto las comunicaciones entre el Trust y CAC acerca de la continuidad de los trabajos, dan lugar a afirmar que ambas partes estaban interesadas en retomar la ejecución de las obras de la autopista entre Puerto Pinto y Gilvania.

111. Adicional a lo anterior, la declaración hecha por el Trust en la comunicación de 14 de agosto de 2016 es una manifestación de voluntad para continuar con la ejecución de las obras a pesar de los inconvenientes presentados en la Sierra de la Unión. Así mismo, la respuesta del Trust y la ausencia de una negativa por parte de los ministerios de transporte de los Estados de Costa Dorada y Marmitania a la comunicación enviada por CAC el 31 de agosto de 2016, tal como la no manifestación de alguna inconformidad por las obras desarrolladas durante 2 años y 2 meses en la construcción de la autopista, da lugar a interpretar que la relación contractual había sido modificada, de tal forma que el Trust, y en su defecto los Estados, le adeudan a CAC los 200 millones de USD.

112.Finalmente, que en el contrato suscrito entre CAC y el Trust se requiriera una solemnidad para su modificación (las adendas), esta exigencia limitaría la modificación del contrato que produjeron los actos del Trust y de los Estados, con los que dieron a entender que aceptaban la propuesta hecha por CAC sobre el cambio en la ejecución de obra, y, en consecuencia, el pago de un anticipo de 200 millones de USD cuando se culminaran los trabajos de construcción de la autopista sobre los 118 kilómetros que no se encuentran comprometidos con la Sierra de la Unión.

113.Desconocer uno solo de los reclamos hechos es ir en contra del principio de la buena fe y de su alcance legítimo.

VI. PETITORIO

114.A la vista de lo anterior, Construcciones Ali-Cate S.A. solicita al tribunal arbitral.

PRIMERO: Que se declare competente para conocer de la presente disputa, toda vez que existe una cláusula arbitral válida y eficaz.

SEGUNDO: Que declare que los Estados de Marmitania y Costa Dorada están vinculados por el pacto arbitral y deben comparecer a este proceso en calidad de demandados.

TERCERO: Que declare el uso fraudulento del Trust por los demandados.

CUARTO: Que se ordene el pago de perjuicios derivados del uso fraudulento del Trust por parte de la demandada.

QUINTO: Que declare la modificación del contrato de concesión en virtud de los actuaciones desarrolladas por la parte demandada durante la ejecución del contrato.

SEXTO: Que se declare el incumplimiento por parte de la demandada de la obligación del pago de los USD \$200.000.000 por concepto de anticipo.

SÉPTIMO: Que se ordene el pago de USD \$200.000.000 por concepto de anticipo de las obras terminadas.

OCTAVO: Que se ordene el pago de los perjuicios causados en virtud del incumplimiento de la obligación de \$200.000.000.

NOVENO: Que se ordene el pago de costa y honorarios profesionales de la defensa.

DÉCIMO: Que se ordene el pago de cualquier otro valor que se acredite y se logre probar que debe ser pagado por la parte demandada.

UNDÉCIMO: Que se ordene el pago de intereses moratorios sobre las sumas por las

que se condene a la parte demandada desde el 5 de diciembre de 2018 hasta que efectivamente se realice el pago de lo debido. La tasa de interés aplicable debe ser la correspondiente al promedio de las tasas de interés vigentes para el préstamo bancario a corto plazo del lugar en el que se debió hacer el pago de la suma debida. En caso que no exista una tasa de interés aplicable, entonces deberá liquidarse aplicando la tasa de interés prime del Estado de Nueva York de los Estados Unidos de Norteamérica.

Resultados:

- Concluimos que efectivamente se puede vincular a partes no signatarias del pacto arbitral siempre y cuando se den los presupuestos fundamentales para configurar alguna de las teorías que permiten esa vinculación. Por ejemplo, se expuso que basados en los actos que realizaron los Estados durante la fase precontractual y de ejecución del contrato, junto a algunas comunicaciones, permiten inferir la manifestación de voluntad tácita que es necesaria según la teoría del consentimiento implícito. Siguiendo esto, se aplicó la doctrina de los actos propios o del estoppel, al entender que existiendo esa manifestación tácita de la voluntad, los Estados contravendrían sus propios actos al pretender desconocer los efectos de la cláusula arbitral que también estarían aceptando tácitamente.
- También se encontró que el uso defraudatorio del trust permite atribuir la responsabilidad contractual a los Estados. Teniendo en cuenta que los Estados fueron tanto los constituyentes como los beneficiarios del Trust, y que el término del Trust se terminaría antes del final de las obras según el contrato de concesión, se argumentó que serían los Estados quienes responderían por los efectos patrimoniales de la modificación al contrato de concesión. En ese mismo sentido, se observó que el contrato se modificó también por los actos realizados por los Estados durante la ejecución del contrato, que la manifestación de la voluntad se entendió realizada por sus conductas y que aunque no suscribieron formalmente el contrato, se celebró la adenda que modificó el contrato.

- También se trató la figura jurídica de los EPC como contratos de construcción con múltiples prestaciones y obligaciones para las partes. Allí se determinó que si bien el contratista asume la gran mayoría de obligaciones para llevar a cabo la obra, su responsabilidad no es total, en primer lugar porque no asume el 100% de las obligaciones (y más aún cuando en el contrato quedaron algunas obligaciones en cabeza del contratante), y segundo debido a que la existencia de causales de exoneración de responsabilidad por eventos de fuerza mayor o caso fortuito pueden justificar el incumplimiento del contratista en ciertos casos y siempre y cuando se cumplan los presupuestos jurídicos de esa figura.
- El principio Kompetenz-Kompetenz, reconocido en el mundo del arbitraje, también puede tener un uso o finalidad destinada a evitar las prácticas dilatorias de la parte que alega la falta de competencia del tribunal. Para el caso concreto, fue aplicado ante la negativa de los Estados de acudir al tribunal arbitral por no haber suscrito formalmente el pacto arbitral, sin embargo su vinculación también fue justificada por las diferentes teorías que ya se han expuesto.
- Como conclusión de la fase de investigación, determinamos las diferencias entre las figuras jurídicas del Trust y la fiducia mercantil, observando en primera medida que en el trust se contempla una dualidad de propiedad distribuída entre el constituyente y el beneficiario, lo que genera ciertos grados de responsabilidad para ambos. En contraste, en la fiducia mercantil es imposible pensar en una doble propiedad. En últimas este fenómeno jurídico responde a las tradiciones de ambas figuras, la primera de naturaleza anglosajona y la segunda del derecho romano-germánico. Destacamos también otras diferencias como la calidad del trustee y del administrador en la fiducia, siendo que el primero casi siempre es una entidad financiera, mientras en el segundo comúnmente lo pueden ejercer diferentes entidades o personas. Ahora bien, para efectos del caso de la competencia, fue útil observar esta diferencia para justificar los argumentos entorno a la responsabilidad de los Estados como parte demandada.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Arrubla Paucar, J. A. (2016). Contratos mercantiles, teoría general del negocio mercantil. Editorial Legis.
- Brabant, A, (1981). Le contrat international de construction. Bruylant.
- Burnett, H. & Louis-Alexis, B. (2017). Mining Development, Operating, and Commercial Disputes, Oxford University Press.
- Castresana Herrero, A. (1991). Fides, bona fides: un concepto para la creación del derecho: Tecnos.
- Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional [CNUDMI]. (2006). Ley Modelo de la CNUDMI sobre arbitraje comercial internacional. CNUDMI. https://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/ml-arb/07-87001_Ebook.pdf
- Corte Suprema de Chile. Primera Sala de la Corte Suprema. Resolución: 43893. Ministros Sres. Sergio Muñoz G., Juan Araya E. y Guillermo Silva G. y Abogados Integrantes Sres. Nelson Pozo y Benito Mauriz. 15 de diciembre de 2009. <http://limaarbitration.net/pdf/arbitraje-global/chile/KfW-v-Inverraz.pdf>
- Cremades, B. M. (2011). La buena fe en el arbitraje internacional. Revista Internacional de Arbitraje (15), 13-41. https://xperta.legis.co/visor/rarbitraje/rarbitraje_c0ddee7c3a060096e0430a0101510096/revista-internacional-de-arbitraje/la-buena-fe-en-el-arbitraje-internacional
- Diez-Picazo, L. (1963). La doctrina de los propios actos: un estudio crítico sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo, Bosch.
- Duncan, W. (1996). Construction Contracts, Sweet & Maxwell.
- Estévez Sanz, M. & Muñoz Rojo, R. (2017) Validez y eficacia del convenio arbitral.
- Feliciani, A. (1989). Turnkey Contracts for heavy plants,
- Fontaine, M, (2013). La redacción de los contratos internacionales. Análisis de cláusulas. Editorial Aranzadi.
- Fouchard, P., Gaillard, E. & Goldman, B. (1996). Traité de l'arbitrage commercial international, Ed. Litec.
- Gardner, S. (2011). An introduction to the Law of Trusts. University of Oxford.
- González De Cossío, F. (2008). Orden Público y Arbitrabilidad: Dúo Dinámico del Arbitraje. Revista Auctoritas Prudentium, (1), 1-21. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5047666>
- Hernández Rodríguez, A, (2014). Los contratos internacionales de construcción "Llave

en mano”, Universidad Carlos III de Madrid.

King & Wood Mallesons. http://ciarglobal.com/wp-content/uploads/2017/01/Validez-y-eficacia-del-convenio-arbitral_MEstevezyRMunoz.pdf.

Laudo CCI N° 11760 /KGA/CCO/JRF. Conproca, S.A. De C.V. v. Petroleos Mexicanos. 17 de diciembre de 2008.

Laudo CCI N° 14581. Claimant, Lessor (Ireland) v. Respondent, Ministry A (State X). 2012.

Laudo CCI N° 20686/RD. Alstom Brasil Energia E Transporte LTDA v. Mitsui Sumitomo Seguros S.A. 7 octubre de 2015.

Laudo CCI N° 3879. Westland Helicopters Ltd. vs. Arab Organization for Industrialization. (5 de marzo de 1984).

Laudo CCI N° 4131. Dow Chemical vs. Isover Saint Gobain. (23 de septiembre de 1982).

Laudo CIADI N°ARB /06/18. Joseph Charles Lemire & others v. Ukraine. 14 de enero de 2010.

Llain Arenilla, S. (2015). El rol del principio de competence-competence en la prevención de tácticas dilatorias en el arbitraje comercial internacional. *International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional*, 12(24), 143-168. <https://doi.org/10.11144/Javeriana.IL14-24.rpcc>

Loban, K. (2009). *Extension of the Arbitration Agreement to the Third Parties*. Central European University.

Organización de las Naciones Unidas [ONU] (2016). *Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales*. ONU. <https://www.unidroit.org/spanish/principles/contracts/principles2016/principles2016-blackletter-s.pdf>

Park, W. (2007). *The Arbitrator's Jurisdiction to Determine Jurisdiction in International Arbitration*, Boston University School of Law. https://scholarship.law.bu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1600&context=faculty_scholarship

Paulsson, J, Rawding, N. & Reed, L. (2011). *The Freshfields Guide to Arbitration Clauses in International*. Kluwer Law International.

Perales Viscasillas, P. (2014). *Derecho Comercial Internacional*, Tomo II. Editorial Temis.

Pérez Ragone, A, (2018). El impacto del diálogo entre derecho sustantivo y derecho procesal. *Revista de Derecho del Estado*. (41), 255-283. <https://revistas.uexnado.edu.co/index.php/derest/article/view/5321>

Philippe, M. (2006). *The Powers of the Arbitrator and of the ICC Court of Arbitration in Relation to their Jurisdiction*. Kluwer Law International.

Ramírez Gómez, J. A. (2016). La vinculación de sujetos no signatarios a los efectos del pacto arbitral. Universidad Externado de Colombia.

Rengifo García, E. (2012). La fiducia Mercantil y pública en Colombia. Universidad Externado de Colombia.

Salcedo Verduga, E. (2001). El arbitraje: La justicia Alternativa. Guayaquil, Editorial Miguez Mosquera.

Sanabria Gómez, A. (2005). La formación del consentimiento con relación al contrato de arbitraje, en El contrato de arbitraje. Legis - Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario.

Schneider, M. E. (1986). Turnkey Contracts: concept, liabilities, claimes. ICLR. Tribunal Superior de Justicia de Brasil. RJ 2015 / 0177694-9. Haakon Lorentzen, Erling Sven Lorentzen e Lorentzen Empreendimentos SA c. Hugo Pedro de Figueiredo. 2015.
<https://www.jusbrasil.com.br/processos/nome/37495956/haakon-lorentzen>

Wallace, D. (1986). Construction Contracts: Principles and Policies in Tort and Contract. London

Wiwen-Nilson. (1990). Supply of Technology and Specifications in Turnkey Heavy Plant Contracts. ICLR.

El presente memorial es producto de la investigación realizada por el equipo de arbitraje del Semillero de Derecho de la Empresa y Arbitraje, dirigida por el doctor Esteban Isaza Ramírez, en el marco de la XIII Competencia Internacional de Arbitraje de la cual la Universidad Santo Tomás fue participante.