



XII COMPETICIÓN INTERNACIONAL DE
ARBITRAJE Y DERECHO MERCANTIL

RESULTADOS XII Edición Moot Madrid 2020

Premio al mejor equipo en la fase oral:

(Entregado por Sr. D. Ignacio Tirado, Secretario General de la UNIDROIT)

Primer Premio: Pontificia Universidad Católica del Perú

Segundo Premio: Universidad Francisco Marroquín

Tercer Premio:

Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas
Universidad de ESAN

Mención de Honor

Universidad del Norte
Universidad Nacional Mayor de San Marcos
IE University
Universidad Pontificia de Comillas

Premio al equipo más completo en Rondas Generales:

(Entregado por la Sra. D^a María del Pilar Perales Viscasillas, Directora del Moot Madrid.)

Primer Premio: Universidad de ESAN

Segundo Premio: IE University

Tercer Premio: Escuela de Práctica Jurídica de la Universidad Complutense de Madrid

Mención Honorífica: Universidad de Zaragoza

Premio Eric E. Bergsten al mejor orador individual en rondas generales:

(Entregado por la Sra. Doña Urquiola De Palacio, Presidenta de la Corte de Arbitraje de Madrid)

Primer Premio: Bardo Rohalty Untiveros Rivero - Universidad Nacional Mayor San Marcos

Segundo Premio: Paulo César Castañeda Montalván - Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas

Tercer Premio: Óscar Luengo Palos - Universidad de Zaragoza

Mención Honorífica:

Liliya Leshchyshak – Universidad Carlos III de Madrid
Sebastián Farias Tapia - ESAN
Beatriz Alegre Villaroya – Universidad de Zaragoza
Diego Losada Sierra - Escuela de Práctica Jurídica Complutense.
Benjamín Velasco Onrubia - Universidad de Valencia.
Luisa Galiana San Gil - IE University.
Marcos Maciel - Escuela de Práctica Jurídica Complutense.
José Luis Pérez de Ayala - Universidad Pontificia de Comillas (ICADE).

Premio Albert H. Kritzer al mejor escrito de demanda:

(Entregado por la Sra. D^a Melanie Riofrío, Secretaria General del Centro Internacional de Arbitraje de Madrid)

Primer Premio: Universidad de Chile

Segundo Premio: Universidad de Almería – Universidad Complutense de Madrid

Tercer Premio: Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas

Mención Honorífica:

Universidad Autónoma de Madrid
Universidad de Pompeu Fabra
Universidad de la República-Uruguay
Universidad de Valencia

Premio al mejor escrito de contestación a la demanda:

(Entregado por el Sr. D. Seguimundo Navarro, Vocal de la Junta del Club Español del Arbitraje)

Primer Premio: Universidad Pompeu Fabra

Segundo Premio: Universidad de Valencia

Tercer Premio: U. Nacional del Rosario – Universidad del Norte

Mención Honorífica:

Universidad de Almería
Universidad de Chile
Universidad Complutense de Madrid
Escuela de Práctica Jurídica UCM

COMISIONES DE CALIDAD DE LOS ESCRITOS:**Escrito de Demanda:**

Mauricio Inostroza Sáez, Profesor de Derecho Comercial en la Universidad de Concepción, (Chile)
Edgardo Muñoz, Profesor Titular de Derecho Mercantil en la Universidad Panamericana (México)
David Probst, Experto en Derecho del Comercio Internacional en la Secretaría General, de la CNUDMI

Escrito de Contestación a la Demanda:

Paula Costa y Silva Catedrática de Derecho Procesal Universidad de Lisboa (Portugal)
Jorge Oviedo Albán Profesor Investigador de la Universidad de La Sabana, (Colombia)
Pedro Portellano, Profesor Titular de Derecho Mercantil, Universidad Autónoma de Madrid

**MOOT MADRID 2020 - XII COMPETICIÓN INTERNACIONAL
DE ARBITRAJE Y DERECHO MERCANTIL**

**MEMORÁNDUM
DE LA PARTE DEMANDANTE**



**UNIVERSIDAD
DE ALMERÍA**

ESTUDIANTES

Andrea Isabel Orellana Toapanta | Juan Manuel Ramírez Cirera

ENTRENADORES

Cristina Cano Ortega | María del Mar Gómez Lozano

En nombre y representación de

Hija de la Fortuna, S.A. (HDF)
Avda. Frestón no. 42
Barataria (Cervantia)
Tel.: (98) 986 46 55 66 / Fax: (98) 986 46 55 67
info@hdf.cer

Retrato en Sepia Co. (RETSEP)
Avda. Shenanigan, 9º B
Offshore Town (Tortuga)
Tel.: (22) 327 79 55 / Fax: (22) 327 79 65
retsep@rs-hdf.cer

DEMANDANTE RECONVENIDA

DEMANDADA EN RECONVENCIÓN

contra

La Casa de los Espíritus, S.A. (CASESP)
Avda. Atahualpa, no. 99
Ciudad de Incaica (Andina)
Tel.: (22) 327 79 58 / Fax: (22) 327 79 68
info@CASESPan

DEMANDADA RECONVINIENTE

Arbitraje CAM 3000-19/CC

“El resto eran tipos barbudos y embarrados, con aire de truhanes; pero allí nadie era lo que parecía: el estibador del muelle podía ser un aristócrata latinoamericano, y, el cochero, un abogado de Nueva York”. Hija de la Fortuna (Isabel Allende)

ÍNDICE

CUESTIONES PROCESALES	13
CUESTIÓN I. EL TRIBUNAL NO ES COMPETENTE PARA CONOCER DE LA DEMANDA RECONVENCIONAL INTERPUESTA POR CASESP FRENTE A RETSEP	13
A) <i>RETSEP no es parte del convenio arbitral que vincula a HDF y CASESP, origen del presente procedimiento</i>	13
B) <i>No procede aplicar la teoría del grupo de empresas para extender el convenio a RETSEP</i>	14
C) <i>Estamos ante contratos independientes y no ante un grupo de contratos</i>	15
D) <i>Ni la cláusula 8.4 del contrato EPC HDF-CASESP ni el art. 9 RCAM permiten (ni pueden permitir) la intervención de un tercero (RETSEP) como parte sin su consentimiento</i>	16
E) <i>El principio de economía procesal no es suficiente para afirmar la competencia</i>	17
F) <i>Si se acepta la competencia de este tribunal para conocer de la demanda reconvenicional respecto de RETSEP, se vulneran sus derechos procesales, posibilitando una acción de anulación del laudo</i>	17
CUESTIÓN II. EL TRIBUNAL ARBITRAL ES COMPETENTE PARA CONOCER DE LA DISPUTA RELATIVA A LA POTENCIAL ASIGNACIÓN DE RESPONSABILIDAD AMBIENTAL CON ARREGLO A LA LEY DE RESPONSABILIDAD AMBIENTAL DE CERVANTIA. DEBE ADMITIRSE LA INTERVENCIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN CERVANTINA COMO TERCERO EN EL PROCEDIMIENTO	18
A) <i>Esta materia, en abstracto, es arbitrable, de acuerdo con la normativa aplicable al presente procedimiento</i>	18
B) <i>Esta materia está comprendida dentro del convenio arbitral HDF-CASESP</i>	18
C) <i>La intervención de la Administración de Cervantia en el procedimiento es perfectamente lícita, y CASESP no se ha opuesto en plazo, por lo que implícitamente ha aceptado la petición de HDF</i>	19
D) <i>El laudo será perfectamente reconocible y ejecutable en Cervantia. Tampoco existen problemas con respecto al reconocimiento y ejecución del laudo en Andina</i>	20
CUESTIÓN III. EL TRIBUNAL ARBITRAL NO ES COMPETENTE PARA RESOLVER EL PROBLEMA RELATIVO AL CONFLICTO DE INTERÉS ALEGADO POR CASESP EN RELACIÓN CON SU RELACIÓN CONTRACTUAL CON MAMPATO ABOGADOS INTERNACIONALES. SUBSIDIARIAMENTE, NO PROCEDE LA REMOCIÓN DE LA SRA. ISABEL ALLENDE COMO LETRADA DE HDF Y RETSEP	21
A) <i>El tribunal arbitral no es competente para imponer sanciones a la representación procesal de una parte. Si el tribunal procediese a hacer tal cosa, se posibilitaría una acción de nulidad del laudo; a su vez, se imposibilitaría su reconocimiento y ejecución</i>	21
B) <i>Si se niega a HDF y RETSEP su derecho a ser representados por un letrado de su elección, se vulneran sus derechos procesales</i>	22
C) <i>La aplicación de las Directrices IBA de 2013 sobre representación de parte y el Código de Buenas Prácticas Arbitrales de 2019 del Club Español del Arbitraje no ha sido pactada por HDF y CASESP. En todo caso, no se cumplen los requisitos de los preceptos relevantes</i>	23
D) <i>CASESP aceptó expresamente que, ante las presentes circunstancias, MAI pudiese representar a una mercantil en la situación y con las características de HDF</i>	23
CUESTIÓN IV. LA CORTE ES COMPETENTE PARA RESOLVER LA CUESTIÓN RELATIVA A LA FALTA DE INDEPENDENCIA O IMPARCIALIDAD DEL ÁRBITRO DESIGNADO POR ESTA PARTE (SR. XXX), DEBIENDO ESTIMAR LA RECUSACIÓN SOLICITADA Y PROCEDER A LA SUSTITUCIÓN DEL ÁRBITRO	24
A) <i>Hechos relevantes relacionados con la cuestión de la independencia e imparcialidad del árbitro propuesto por la parte demandante</i>	24
B) <i>La independencia e imparcialidad del árbitro como garantía del proceso arbitral</i>	24
C) <i>La Corte es el órgano competente para resolver la cuestión relativa a la falta de independencia o imparcialidad del árbitro designado por esta parte</i>	26
D) <i>Las medidas a adoptar por la Corte deben ser, tras la estimación de la recusación solicitada, la sustitución del árbitro, el nombramiento de uno nuevo, la nueva designación del presidente del Tribunal y la reanudación del procedimiento arbitral, que se encuentra suspendido</i>	26
CUESTIÓN V. LOS CONTRATOS DE INGENIERÍA, ADQUISICIONES Y CONSTRUCCIÓN (EPC) Y DE OPERACIÓN Y MANTENIMIENTO (O&M) SUSCRITOS ENTRE HDF Y RETSEP PRESENTADOS POR CASESP NO SON ADMISIBLES COMO PRUEBA EN EL PRESENTE PROCEDIMIENTO	27
Único. <i>Se trata de una prueba documental obtenida ilícitamente. Si se admiten, se vulnera el orden público de Madre Patria, propiciando una acción de nulidad del laudo arbitral</i>	27
CUESTIÓN VI. NO ES PERTINENTE ORDENAR LA PRODUCCIÓN DE INFORMACIÓN RELATIVA A LA RELACIÓN ENTRE HDF Y RETSEP	28

Único. La producción de información propuesta por CASESP es irrelevante. CASESP no ha señalado las razones para producir dicha información ni ha concretado los documentos a que se refiere..... 28

CUESTIONES SOBRE EL FONDO DE LA CONTROVERSIA..... 30

CUESTIÓN VII. EL CONTRATO CELEBRADO ENTRE HDF Y CASESP ES UN EPC. LAS NORMAS APLICABLES AL MISMO SON LA CISG Y LOS PRINCIPIOS UNIDROIT. CASESP HA INCUMPLIDO EL CONTRATO. 30

A) El contrato es de tipo llave en mano..... 30

B) Régimen jurídico aplicable: Convención de Viena y Principios UNIDROIT. 31

a. Disposiciones contractuales.....31

b. Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, de 1980.32

c. Principios UNIDROIT.....35

C) CASESP ha incumplido con sus obligaciones contractuales. 36

a. Cumplimiento de HDF en la entrega de las Utilities y retraso injustificado en el hito de Aceptación Provisional por parte de CASESP.36

b. Incumplimiento contractual de CASESP por defectos de la planta.....37

CUESTIÓN VIII. HDF SE VIO OBLIGADA A INCUMPLIR LA CLÁUSULA DE CONFIDENCIALIDAD; POR LO QUE ES UN INCUMPLIMIENTO JUSTIFICADO..... 39

Único. CASESP puso a HDF en una situación imposible, en la que no cabía otra posibilidad que omitir - de forma justificada- la cláusula de confidencialidad. 39

CUESTIÓN IX. RETSEP NO INCUMPLIÓ SUS OBLIGACIONES CONTRACTUALES PARA CON HDF, Y NO LAS TENÍA DE NINGÚN TIPO HACIA CASESP. 39

CUESTIÓN X. LA NATURALEZA DE LOS INCUMPLIMIENTOS CONTRACTUALES DE CASESP ES ESENCIAL. 40

Único. Con base en todo lo expuesto ut supra, la denegación injustificada de los derechos contractuales de HDF, es decir, la falta de entrega de una planta en perfecto estado de funcionamiento, así como la negativa posterior de CASESP a proceder a la sustitución de la Torre de Absorción, son claramente un incumplimiento esencial. 40

CUESTIÓN XI. PROCEDE ASIGNAR LA RESPONSABILIDAD MEDIOAMBIENTAL, DERIVADA DE LOS DAÑOS PRODUCIDOS POR LAS FUGAS EN LA TORRE DE ABSORCIÓN, A CASESP. PROCEDE LA EJECUCIÓN ÍNTEGRA DE LAS CLÁUSULAS PENALES A FAVOR DE HDF..... 42

A) Asignación de la responsabilidad medioambiental a CASESP. 42

B) Las cláusulas penales incluidas en el contrato y otras cuantías por daños líquidos..... 44

PETICIONES AL TRIBUNAL ARBITRAL..... 46

ABREVIATURAS

ADR	(Cláusula) <i>Alternative Dispute Resolution</i>
art. / arts.	artículo / artículos
c.	contra
CAM	Corte de Arbitraje de Madrid
CASESP	Casa de los Espíritus, S.A
CBBPPAA	Código de Buenas Prácticas arbitrales
CEA	Club Español del Arbitraje
CISG	Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías
CNUDMI	Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional
CNY	Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras
EPC	<i>Engineering, Procurement and Construction</i>
EPCM	<i>Engineering, Procurement, and Construction Management</i>
EUR	Euros
FIDIC	<i>International Federation of Consulting Engineers</i>
HDF	Hija de la Fortuna, S.A.
IBA	<i>International Bar Association</i>
ICC	<i>Cámara de Comercio Internacional de París</i>
LMA	Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional
O&M	Operación y Mantenimiento
p. / pp.	página / páginas
PE	Parlamento Europeo
RCAM	Reglamento de Arbitraje de la Corte de Arbitraje de Madrid
RETSEP	Retrato en Sepia Co.
UNIDROIT	<i>International Institute for the Unification of Private Law</i>

BIBLIOGRAFÍA

ARANGO PERFETTI, Daniel: La extensión del acuerdo arbitral a los no-signatarios en el arbitraje comercial internacional, Publicación: Escuela de Arbitraje Internacional, Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá. Medellín, 2010	Arango, 2010, p. 15
BAKER, Ellis; MELLORS, Ben; CHALMERS, Scott; LAVERS, Anthony. Fidic Contracts: Law and Practice, Informa, Londres, 2009	Baker/Mellors/Chalmers/Lavers, 2009, p. 21
BRUCKSCHWEIGER, Christoph: Possibilities of Arbitral Tribunals to Sanction “Guerrilla Tactics” by Counsel in the absence of a Respective Agreement by the Parties, p. 19.	Bruckschweiger, p. 19.
BURKART, F.: Interpretatives Zusammenwirken von CISG und UNIDROIT Principles, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2000	Burkart, 2000, p. 249-219
CALVO CARAVACA, A. y FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L.: Contratos Internacionales, Tecnos, 1997.	Calvo y Fernández, 1997, p.1745, pár. 8 / p. 1757
CNUDMI: Compendio de jurisprudencia relativa a la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, 2016	CNUDMI, 2016, p. 113.pp 6 / p. 24.
Comentario de la Secretaría de UNCITRAL sobre el art. 23 del borrador de la Convención de UNCITRAL de 1978	Comentario de la Secretaría de UNCITRAL, 1978
Commission on International Arbitration, Final Report on Multiparty Arbitrations, published in 1995, 6 ICC Bulletin 26 (the ‘Delvolvé Report’ Paris, June 1994)	Commission on International Arbitration, 1995, pp. 5.
DÍAZ ALABART, Silvia: La Cláusula Penal en el Derecho Español Contemporáneo, Reus, Madrid -España, 2011	Díaz Alabart, 2011, p. 218
DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L: La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena, Civitas, 1997	Diez-Picazo, 1997, p. 212
DÍEZ-PICAZO, Luis; GULLÓN, Antonio: Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial, Tomo II. 6a Edición, Thomson-Civitas, Cizur Menor, Madrid – España, 2008	Díez-Picazo y Guillón, 2008, p. 457
ESTÉVEZ SANZ, M. y MUÑOZ ROJO, R., “La independencia e imparcialidad del árbitro: una visión práctica comparada”, CIAR Global, Revista de Arbitraje de la Comunidad Iberoamericana, mayo 2017, pgs. 1-29	Estévez Sanz y Muñoz Rojo, 2017, pp. 1-2

FEBLES POZO, N., “Reflexiones en relación con los principios éticos en el arbitraje internacional: la independencia e imparcialidad del árbitro”, <i>Cadernos de Derecho Actual</i> , núm. 11, 2019, pgs. 141-160	Febles Pozo, 2017, p.144./ p.147/ p. 145
FLECHTNER, H. M.: Issues Relating to the Applicability of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG), <i>Legal Studies Research Paper Series, Working Paper n°. 2008-07</i> , 2008	Flechtner, 2008
GALÁN, D.R.: “El ámbito de aplicación en la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías”, <i>Criterio Jurídico</i> , núm. 3, 2003	Galán, 2003, <i>Criterio Jurídico</i> , n°. 3
GARRO, A. y PERALES, P.: “Opiniones del Consejo Consultivo de la Convención de Viena sobre Compraventa internacional de mercaderías (CISG-AC)”, <i>Anuario de Derecho Civil</i> , Tomo LXI, 2008, fasc. III, p. 1440	Garro y Perales, 2008, p. 1440
GOMEZ CALERO, Juan: <i>Contratos Mercantiles con Cláusula Penal</i> , 1a Edición, Civitas, Madrid - España, 1980	Gómez Calero, 1980, p. 53
GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco: <i>Arbitraje</i> , 4ta Edición, Editorial Porrúa, México, 2014	Gonzalez de Cossio, 2014, p. 239
HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, A.: “Los contratos internacionales de construcción “llave en mano”, <i>Cuadernos de Derecho Transnacional</i> , Marzo 2014, vol. 6, n° 1, pp. 161-235/ pp. 167-174	Hernández, 2014, pp. 167-174/ p. 197
KHOO, W.: “Article 3”, en <i>Commentary on the International Sales Law</i> , ed. Giuffrè, Milán, 1987, pp. 41-43	Khoo, 1987, pp. 43
KNUTSON, R. (edit): <i>FIDIC: An Analysis of International Construction Contracts</i> , Kluwer Law, 2005	Knutson, 2005
KRÖLL, S./ MISTELIS, L./ PERALES M ^a .P: <i>UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)</i> , Verlag C.H., Beck, 2011	Kröll/Mistelís/Perales Viscasillas, p. 141
LACRUZ BERDEJO, J.L.: <i>Elementos de Derecho Civil II - Derecho de obligaciones</i> , Vol. 2, 2013	Lacruz Berdejo, 2013, p. 166
LAUROBA LACASA, M ^a : <i>El estándar de incumplimiento esencial en la compraventa internacional</i> , Aranzadi, Navarra, 2013	Lauroba, 2013, p. 1431
O'REILLY, M.: <i>The international journal of arbitration, mediation and dispute management</i> , Editorial Board, Volumen 80, No.2, 2014	O'Reilly, 2014, p. 148
PABLO-ROMERO GIL-DELGADO, M ^a C.: “Avances en la aplicación de los principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales. Cláusulas modelo para los contratantes”, <i>Cuadernos de Derecho Transnacional</i> , vol. 6, núm. 1, marzo 2014, pp. 253-268	Pablo-Romero, 2014, pp. 258-259

PAULSSON, J: Standards of Conduct for Counsel in International Arbitration, Amer. Rev. Int'l. Arb. 214, 1992	
Perales Viscasillas, P.: CISG-AC Opinión nº 4, Contratos para la compraventa de mercaderías que han de ser manufacturadas o producidas y contratos mixtos (Artículo 3 CNUCCIM), 24 de octubre de 2004	Perales, CISG-AC Opinión nº 4
PERALES, M ^a .P.: “Los principios de UNIDROIT y CISG: su mutua interacción”, Serie H. Estudios de derecho internacional público, núm. 27, 1998	Perales, 1998, pp. 187-208/ p. 198
PERALES, M ^a .P.: Contratos para la compraventa de mercaderías que han de ser manufacturadas o producidas y contratos mixtos (Art. 3 CNUCCIM), CISG-AC Opinión nº 4, 2004	Perales, 2004, p. 3/ p. 4 / p. 15.
PERALES, M ^a .P.: El Contrato de Compraventa Internacional de Mercancías (Convención de Viena de 1980), 2001	Perales, 2001, p. 293
Perovi, J.: “Selected Critical Issues Regarding the Sphere of Application of the CISG”, Belgrade Law Review, nº 3, 2011, pp. 181-195	Perovi, 2011, p. 186
Polotto, E.: Los Contratos de construcción bajo la modalidad llave en mano, Ed. Ábaco, Buenos Aires, 2009	Polotto, 2009, p. 104
REDFERN y HUNTER: Lae and Practice of Internacional Commercial Arbitrion, 6th Ed, 2016	Redfern y Hunter, 2016, p. 158/ p. 90
REIG FABADO, Isabel: Régimen jurídico del contrato internacional de ingeniería, Servei de Publicacions, 2003	Reig, 2003, p. 113.
REIG FABRADO, Isabel: El contrato internacional de ingeniería, Editorial Tirant lo Blanch, 2008	Reig, 2008, p. 114
ROGERS, C.A.: Ethics in Internacional Arbitration, Oxford University, 2014	Rogers, 2014, p. 136
SCHLECHTRIEM, P.: Uniform Sales Law - The UN-Convention on Contracts for the International Sale of Goods, ed. Manz, Vienna, 1986	Schlechtriem, 1986
SCHROETER, U.G.: “Vienna Sales Convention: Applicability to "Mixed Contracts" and Interaction with the 1968 Brussels Convention”, Vindobona Journal of International Commercial Law and Arbitration, 2001, pp. 74-86	Schroeter, 2001, p. 76/ pp. 74-86
SCHWENZER Y MUÑOZ: Force Majeure and Hardship in International Sales Contracts, 2008	Schwenzer y Muñoz, 2008, p.758 / p. 753. / p.1228
SERRANO, C.: El contrato internacional de llave en mano. En Cuadernos de derecho para ingenieros. Cuaderno decimotercero: responsabilidad patrimonial y seguros. La Ley, Madrid 2011	Serrano, 2011, p. 153
UNCITRAL: Legal Guide on Drawing Up International Contracts for the Construction of Industrial Works, United Nations, New York, 1988	UNCITRAL: Legal Guide on Drawing

	Up International Contracts for the Construction of Industrial Works, pp. 303-304.
VEYTIA, H. y GARRO, A.: Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales, Roma, 2004	Veytia y Garro, 2004, p.22
VOSER: Multiparty disputes and joinder of third parties. Presented at the ICCA Congress, Dublin, 9 June 2008	Voser, 2008, p. 46-49
WICHARD, J.: Die Anwendung der UNIDROIT-Prinzipien für internationale Handelsverträge durch Schiedsgerichte und staatliche Gerichte, Rabelsz 60, 1996	Wichard, 1996, p. 297

TEXTOS LEGALES

Código de Procedimiento Civil de Madre Patria	
Convención de Nueva York sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras de 1958	CNUDMI
Convención Europea de Derechos Humanos	Consejo de Europa
Ley de Responsabilidad Ambiental de Cervantia	
Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1985 con las enmiendas aprobadas en 2006	CNUDMI
Código de Buenas Prácticas arbitrales, 2019	Club Español del Arbitraje
Estatutos y Reglamento de la Corte de Arbitraje de Madrid, marzo 2015	Corte de Arbitraje de Madrid
Comisión de designación de árbitros de la Corte de Arbitraje de Madrid. Reglas aprobadas por Pleno de la Corte en sesión de 29 de noviembre de 2018	Corte de Arbitraje de Madrid
Nota sobre pautas y recomendaciones para la designación de árbitros, aprobada por el Pleno de la Corte en sesión de 3 de julio de 2018	Corte de Arbitraje de Madrid
Directrices de la IBA sobre Representación de Parte en el Arbitraje internacional, 2013	International Bar Association
Directrices IBA sobre conflictos de interés en arbitraje internacional, 2014	International Bar Association
Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales, 2010	International Institute for the Unification of Private Law
Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, 1980	CNUDMI

JURISPRUDENCIA

- *Chaval c. Liebherr, Corte Superior de Justicia de Brasil, 3 de agosto de 2006*
- *Chloro Controls (I) P Ltd c. Severn Trent Water Purification Inc. y otros, Corte Suprema de India, 28 de septiembre de 2012*
- *Corte de Apelación de la Cámara de Comercio de Grenoble en Resolución de 23 de octubre de 1996*
- *Corte de Casación de Egipto, junio de 2004*
- *Corte de Apelación de Múnich, 3 de diciembre de 2009 (Window production plant case).*
- *Kantonsgericht Zug, Suiza, 14 de diciembre de 2009 (Spinning company case).*
- *Oberlandesgericht Oldenburg, Alemania, 20 de diciembre de 2007 (Industrial tools case) y Oberster Gerichtshof, Austria, 8 de noviembre de 2005 (Recycling machine case)*
- *Oberlandesgericht Oldenburg, Alemania, 20 de diciembre de 2007 (Industrial tools case)*
- *Oberster Gerichtshof, Austria, 8 de noviembre de 2005 (Recycling machine case).*
- *Abu Dhabi Gas Liquefaction Co. Ltd c. Eastern Bechtel Corporation*
- *BKMI y Siemens c. Dutco*
- *Bible c. United Student Aid Funds, Inc.*
- *City of London c. Sancheti*
- *Dow Chemical France v ISOVER Saint Gobain (France) CC Case No. 4131/1982*
- *Fiona Trust (Fiona Trust & Holding Corporation c. Yuri Privalov*
- *Hartford Accident and Indemnity Co. c. Swiss Reinsurance America Corporation*
- *Company Z y otros c. State Organisation ABC*
- *ICC Arbitration Case No. 9781 of 2000 (Waste recycling plant case).*
- *ICSID Case No. ARB/03/25, 18 de septiembre de 2008. Fraport AG Frankfurt Airport Servs. Worldwide c. Filipinas*
- *Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de la Federación Rusa, de 1 de febrero de 2007*
- *Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de la Federación Rusa, de 13 de mayo 2008*
- *Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de la Federación Rusa, de 8 de febrero de 2008*
- *Khatib Petroleum Services International Co. c. Care Construction Co. y Care Service Co.*
- *LG Mainz, de 26 de noviembre de 1998*
- *LG Munich, de 16 de noviembre de 2000*
- *Libananco Holdings c. Turkey*
- *Methanex Corporation c. EEUU*
- *Norman Gabay c. República Islámica de Irán*
- *Peterson Farms Inc. c. C & M Farming Ltd*
- *Pope & Talbot c. Canadá*
- *Premium Nafta Products Ltd y otros c. Fili Shipping Co. Ltd y otros*
- *Stolt-Nielsen SA c. Animal Feeds Intern Corporation*

- *The Bay Hotel and Resort Ltd c. Cavalier Construction Co. Ltd*
- *Glencore Ltd c. Schnitzer Steel Products*
- *Champ c. Siegel Trading Co*
- *Bidermann Indus. Licensing, Inc. c. Avmar N.V.*

CUESTIONES PROCESALES:

Cuestión I. El tribunal no es competente para conocer de la demanda reconvenicional interpuesta por CASESP frente a RETSEP.

1. Tal y como permite el art. 34 RCAM, normativa aplicable al presente procedimiento, de acuerdo con el convenio arbitral y con el art. 1 RCAM¹, esta parte niega la competencia del tribunal para conocer de la demanda reconvenicional interpuesta por ésta frente a RETSEP.

A) RETSEP no es parte del convenio arbitral que vincula a HDF y CASESP, origen del presente procedimiento.

2. Puesto que es Madre Patria el Estado elegido por las partes como *lugar* del presente procedimiento arbitral, y éste ha incorporado a su ordenamiento la LMA en su versión de 2006, constituye ésta la ley procesal aplicable a este procedimiento arbitral.

3. La demandante funda la competencia del tribunal arbitral para conocer de la demanda reconvenicional respecto de RETSEP en el hecho de que ésta es *parte* del contrato. No obstante, en ningún punto explica cuáles son los argumentos que sustentan esto.

4. Debe partirse de la base de que el art. 7.1 LMA establece que “el “*acuerdo de arbitraje*” es un acuerdo por el que **las partes** deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir **entre ellas** respecto de una **determinada relación jurídica**, contractual o no contractual” -el énfasis es nuestro-. Por su parte, el art. 7.2 LMA dice que “el acuerdo de arbitraje deberá constar por escrito”². De hecho, el art. 7.2.c) RCAM exige que, en el anuncio de reconvenición, la demandada reconviniente exprese “una referencia al convenio o convenios arbitrales aplicables a la reconvenición”. Evidentemente, este convenio debería ser idóneo para vincular a RETSEP. Sin embargo, se limita CASESP a referirse a la cláusula 8.4 del contrato EPC HDF-CASESP (que contiene el convenio arbitral), la cual no es idónea para determinar la competencia del tribunal arbitral respecto de RETSEP.

5. El convenio arbitral origen de este procedimiento tan sólo vinculaba a HDF y CASESP. Y ello porque RETSEP es totalmente ajena a la relación contractual que estas dos empresas mantienen. Si, en efecto, se admitiese la competencia de este tribunal sobre la base del contrato EPC celebrado entre HDF y CASESP, se estarían violando principios de los contratos tan fundamentales como el de relatividad contractual -*res inter alios acta*- (de acuerdo con el art. 1.3 de los Principios UNIDROIT³, es decir, *a sensu contrario*, el contrato en ningún caso puede vincular a quien resulta ajeno al mismo) y *pacta sunt servanda* (las disposiciones de un contrato tienen fuerza de ley entre las partes contratantes -y entre nadie más-). Admitir la competencia de este tribunal arbitral sería afirmar que el mismo o, peor aún, CASESP tienen poder para novar el contrato unilateralmente, cuando es notorio que esta posibilidad no puede admitirse⁴.

6. En definitiva, únicamente aquellos que son parte de un convenio arbitral pueden participar en el arbitraje en calidad de demandante o -como se pretende en este caso- demandado (salvo que se admita la intervención de terceros como parte en el arbitraje, lo cual tampoco es posible, tal y como se defenderá). Y es que admitir la inclusión de RETSEP como parte en este procedimiento supone contravenir la propia esencia del arbitraje, que encuentra su base en la

¹ En particular, el art. 34.3 *in fine* RCAM permite la impugnación de la competencia del tribunal en la presente actuación procesal; es decir, la contestación a la reconvenición: “[...] *a más tardar, en la contestación a la demanda o, en su caso, a la reconvenición*”.

² En el mismo sentido se pronuncia el art. 2.1 de la CNY de 1958: “*Cada uno de los Estados Contratantes reconocerá el acuerdo **por escrito**...*”. El énfasis es nuestro.

³ “*todo contrato válidamente celebrado es **obligatorio para las partes***” -el énfasis es nuestro-

⁴ Art. 1.3 Principios UNIDROIT: “[El contrato] *Sólo puede ser modificado o extinguido conforme a lo que él disponga, por acuerdo de las partes o por algún otro modo conforme a estos Principios*”.

voluntad de las partes⁵. Para poder admitir un arbitraje multiparte, como propone CASESP, es necesario que el convenio arbitral se exprese inequívocamente en tal sentido y que éste haya sido concluido por todas las partes. Tal y como concluyó la Comisión de la CCI sobre Arbitraje Internacional en su informe final sobre arbitrajes multiparte⁶, “*en una relación multilateral, ya involucre un único contrato o contratos separados, resulta necesario pactar una cláusula de arbitraje multiparte*” (traducción libre)⁷. Se trata pues de una cláusula totalmente diferente a la forma estándar de los convenios arbitrales que fundan la mayoría de los procedimientos arbitrales.

7. En conclusión, RETSEP resulta ajeno al convenio arbitral y, por ende, no puede ser parte en este procedimiento.

B) No procede aplicar la teoría del grupo de empresas para extender el convenio a RETSEP.

8. Según cierto sector doctrinal, es posible extender un convenio arbitral a mercantiles no firmantes del mismo cuando exista un grupo de empresas del que se derive “*una única realidad económica*” (en términos del caso *Dow Chemical*⁸), cuando exista, además, un ánimo de defraudar; amén de una voluntad implícita de quedar vinculado por el convenio arbitral suscrito por otra empresa del grupo⁹.

9. Así, la demandada manifiesta gran interés por hacer ver al tribunal que RETSEP mantiene una relación de dependencia para con HDF, entendemos, a falta de mención expresa, que con el objeto de que el tribunal arbitral se declare competente en virtud de esta teoría¹⁰.

10. Tradicionalmente, se ha considerado que el ya mencionado caso *Dow Chemical* es la resolución que abandera esta cuestión¹¹. Sin embargo, la CCI, posteriormente, se pronunció (*Caso CCI No. 11405/2001*) arguyendo que no existía ninguna regla general en el derecho del arbitraje internacional francés que permitiese que empresas no firmantes del acuerdo, pertenecientes a un mismo grupo, quedasen vinculadas por un acuerdo arbitral del que resultan ajenas. En el mismo sentido, los tribunales suizos (*Peterson Farms Inc. c. C & M Farming Ltd*) y británicos (*City of London c. Sancheti*) se han opuesto a esta posibilidad, entendiendo que el hecho de tener una conexión legal o comercial con una de las partes del arbitraje no es suficiente.

⁵ Según se ha indicado, “el consentimiento de las partes es un prerequisite para el arbitraje internacional; dicho consentimiento debe estar incluido en un convenio arbitral” (traducción libre). Ver Redfern y Hunter, 2016, p. 90.

⁶ Commission on International Arbitration, 1995, p. 5.

⁷ Para Redfern y Hunter (2016, p. 158), ésta no es tarea fácil, ya que requiere una gran comprensión de la naturaleza de la relación entre las diferentes partes, así como una cuidadosa redacción.

⁸ *Dow Chemical France c. ISOVER Saint Gobain*.

⁹ Debe entenderse que esta doctrina es contraria a la propia naturaleza del grupo de empresas, que no es otra que la de mantener autonomía jurídica entre las sociedades que lo conforman (*principio de independencia de la personalidad jurídica*) e impedir así que la responsabilidad de uno de sus miembros se extienda al resto (*principio de separación de patrimonios*). Es decir, admitiendo esta teoría, se ataca frontalmente la causa -legítima- por la que, en esencia, en la práctica mercantil se constituyen grupos de empresas.

¹⁰ En la contestación a la solicitud de arbitraje y anuncio de reconvencción del Caso Moot Madrid (p. 30, párr. 18), CASESP se refiere a HDF y RETSEP como un grupo de sociedades: “[...] *lo que ocurrió posteriormente en el proyecto no hizo sino confirmar los recelos iniciales de CASESP relativos principalmente a la falta de profesionalidad de un grupo de sociedades...*”. Lo mismo hace en el correo electrónico DOCUMENTO DE LA RESPUESTA N°5 (p. 39): “[...] *vosotros (o el cliente, vuestra matriz)...*”.

¹¹ En ella, se presentó una demanda no sólo por la parte que había suscrito el convenio arbitral, sino también por su matriz estadounidense y otra filial, francesa, del mismo grupo.

11. Así las cosas, se ha argumentado¹² que el laudo en el caso *Dow Chemical* y la sentencia de la Corte de Apelación de París que lo confirma han sido malinterpretados, y, de facto, no sustentan la mencionada doctrina del grupo de empresas, entendiéndose que la decisión del tribunal estaba basada en la intención común de las partes, y que ésta puede ser explicada desde el punto de vista del requisito tradicional del consentimiento en arbitraje internacional¹³.

12. De este modo, resulta imposible sostener la teoría del grupo de empresas en este caso. RETSEP no forma parte de un grupo de empresas liderado por HDF: la realidad es que, tal y como se desprende de los datos incluidos en el Registro Oficial de Cervantía (cuyo objeto es precisamente dar publicidad a esta información de cara a terceros), RETSEP está participada tan sólo en un 25% por HDF; de modo que debe negarse rotundamente la existencia de un grupo de sociedades. Es evidente que las meras conjeturas manifestadas por CASESP no pueden determinar la aplicación de esta teoría. Además, incluso en el caso de que efectivamente conformasen un grupo de empresas, no procedería la aplicación de esta doctrina; y ello porque se incumplen el resto de requisitos: ni existe un ánimo de defraudar, ni mucho menos se ha prestado consentimiento por parte de nuestra representada (ni siquiera implícito). La voluntad de ésta es claramente contraria a ello, como se desprende, entre otros, del hecho de que la cláusula de ley aplicable incluida en el contrato EPC celebrado entre HDF y RETSEP dirija al derecho de Cervantía y no al de Andina (cosa que hace el contrato EPC celebrado entre HDF-CASESP), así como la inclusión de un requisito extra en el convenio arbitral: debían transcurrir 56 días entre la notificación de la disputa para poder iniciar el procedimiento arbitral.

C) Estamos ante contratos independientes y no ante un grupo de contratos.

13. Esta parte es conocedora del desarrollo de cierta doctrina, abanderada por las resoluciones en los casos *Khatib Petroleum Services International Co. c. Care Construction Co.*; *Care Service Co.*; y *Chaval c. Liebherr*, que puede llegar a determinar la extensión del convenio arbitral a mercantiles no firmantes del mismo cuando existen varios contratos con un vínculo extraordinariamente estrecho (*inter-twined contracts*), entendido como un *grupo de contratos*.

14. Para constatar la existencia de tal vínculo, es necesario referirnos a circunstancias objetivas: la causa de los contratos en cuestión. Siguiendo con este razonamiento, los contratos EPC celebrados entre HDF y CASESP, de un lado, y HDF y RETSEP, de otro, son completamente independientes, como prueba el hecho de que la conclusión de un contrato EPC entre HDF y RETSEP responde a la causa de asegurarse¹⁴ de que, en caso de problemas, HDF tendría un abanico más amplio de actores a los que exigir responsabilidad. Precisamente lo que quería evitarse era una situación así, en la que CASESP elude la responsabilidad derivada del incumplimiento del contrato EPC.

15. Así las cosas, el conocido caso *Adgas*¹⁵ es extraordinariamente similar al objeto de esta *litis*. Adgas era el propietario de una planta en la que se producía gas licuado en el Golfo Árabe. Esta sociedad inició un procedimiento arbitral en Inglaterra contra los principales contratistas de un contrato de construcción internacional, alegando que uno de los principales

¹² Redfern y Hunter, 2016, p.91.

¹³ Resoluciones posteriores han puesto el acento en este mismo elemento: el consentimiento inequívoco (por ejemplo, *Chloro Controls P Ltd c. Severn Trent Water Purification Inc.*); en este caso, el tribunal se refirió reiteradamente a la intención real de las partes para fundar su decisión. Y es que ni siquiera existe un consentimiento “implícito” o “tácito”; RETSEP no ha participado ni en la negociación ni en la conclusión ni en la ejecución del contrato.

¹⁴ Así lo comunica debidamente HDF a CASESP (ver Caso Moot Madrid, p. 62, párr. 6: “Es decir, la configuración de los deberes y responsabilidades de las partes estaba pensada para dar a HDF más opciones a la hora de decidir sobre una eventual reclamación de responsabilidad...”).

¹⁵ Caso *Abu Dhabi Gas Liquefaction Co. Ltd c. Eastern Bechtel Corporation*.

tanques de almacenamiento, contruidos precisamente para almacenar el gas, estaba defectuoso (situación análoga a los problemas con la Torre de Absorción, parte del *proprietary equipment* del contrato EPC HDF-CASESP). El contratista principal negó su responsabilidad (como hace aquí CASESP), y añadió que, en caso de que efectivamente el tanque estuviese defectuoso, ello sería responsabilidad de un subcontratista japonés. Así, Adgas inició un arbitraje frente al contratista principal y, paralelamente, éste inició otro frente al mencionado subcontratista. No quedó más remedio porque el subcontratista japonés (en el caso que nos atañe, RETSEP) no dio su consentimiento para ser parte en el procedimiento principal. Además, a ello se opuso Adgas (en este caso, HDF)¹⁶. Sobre este caso tuvo oportunidad de pronunciarse el Tribunal de Apelación de Inglaterra, que, si bien manifestó su opinión de que, en términos de economía procesal, sería deseable haber resuelto ambas disputas en un único procedimiento, admitió que el tribunal no tenía poder alguno para ordenar la consolidación sin el consentimiento de todas las partes. Una vez más, volvemos a encontrarnos con el requisito del consentimiento, como ocurrirá con cualquier otro razonamiento que quiera buscarse para afirmar la competencia del tribunal arbitral.¹⁷

D) Ni la cláusula 8.4 del contrato EPC HDF-CASESP ni el art. 9 RCAM permiten (ni pueden permitir) la intervención de un tercero (RETSEP) como parte sin su consentimiento.

16. Dice CASESP en su escrito de respuesta a solicitud de arbitraje y anuncio de reconvencción que la cláusula 8.4 del contrato (sobre “Consolidación”) permitiría la intervención de un tercero (RETSEP) como parte en el procedimiento¹⁸. Resulta evidente y, para esta parte, ofensivo, que CASESP invoque la cláusula 8.4 para tratar de hacer ver que el contratista (CASESP), en virtud de la misma, puede determinar la intervención de RETSEP. Como puede observarse, del tenor literal de la misma¹⁹ se desprende que ésta es una potestad de la que sólo el Empleador (HDF) disfruta; y ello, evidentemente, siempre y cuando exista consentimiento por parte del tercero. HDF y CASESP en ningún caso pueden acordar obligar a un tercero a someterse a lo pactado entre ellas (reiteramos, el principio de relatividad contractual, al amparo del art. 1.3 Principios UNIDROIT, lo impide).

17. Pero todo ello no acaba aquí: dice la demandada reconviniente que “*la cláusula arbitral [correspondiente al contrato O&M HDF-RETSEP] es análoga a la prevista en el contrato EPCM*”²⁰. Vuelve a resultar, a nuestro juicio, ofensiva esta afirmación. En primer lugar, porque

¹⁶ A todo ello hay que añadir que, al igual que en el presente caso, en ambas relaciones contractuales se habían incluido diferentes cláusulas de ley aplicable.

¹⁷ En este mismo sentido, véase el caso *Hartford Accident and Indemnity Co. c. Swiss Reinsurance America Corporation*, en el cual los tribunales estadounidenses reconocieron la existencia de cierto riesgo de decisiones contradictorias, pero afirmaron que esto no daba al referido tribunal “*poder alguno para modificar contratos privados*” (traducción libre). Esta reticencia de los tribunales estatales a omitir la voluntad de las partes en este tipo de casos -aquí, para consolidar varios procedimientos que podrían dar origen a pronunciamientos contradictorios- es igualmente expresada en *Stolt-Nielsen SA c. Animal Feeds Intern Corporation, Glencore Ltd c. Schnitzer Steel Products*, y *Champ c. Siegel Trading*.

¹⁸ Caso Moot Madrid, p. 32: “*En todo caso, la cláusula arbitral del contrato de EPCM permite traer a terceros en dicho contrato al procedimiento arbitral*”.

¹⁹ El tenor literal de esta disposición es el que sigue (el énfasis es nuestro): “8.4.1 Si hay alguna disputa (la “Primera disputa”): (a) plantea cuestiones que son sustancialmente las mismas, o están relacionadas con, o se relacionan con cuestiones planteadas en cualquier otra disputa o diferencia que surja bajo o fuera de este Contrato: acto o cualquier acuerdo con los Contratistas de Obras Asociados relacionados a este proyecto (una “disputa relacionada con el proyecto”), luego, a pesar de que los árbitros pueden haber sido acordados o nombrados en relación con la Primera Disputa o la Disputa relacionada con el Proyecto, el Empleador puede... [...] requerir que la Primera Disputa sea referida y finalmente resuelta por el tribunal arbitral designado o que se designe con respecto a dicha Disputa relacionada con el proyecto, o que la Disputa relacionada con el proyecto sea referida y finalmente resuelta por el tribunal arbitral designado o ser nombrado con respecto a la Primera Disputa, (ya sea el “Tribunal Conjunto”)”.

²⁰ Caso Moot Madrid, p. 32.

ella encuentra su origen en la obtención ilícita de un contrato privado y confidencial; y, en segundo lugar, porque resulta falaz: ¿cómo puede sostenerse que dos acuerdos arbitrales son “análogos” cuando i) la cláusula de ley aplicable, fundamental en este tipo de acuerdos, dirige a un derecho estatal completamente diferente (al derecho de Andina en el contrato EPC HDF-CASESP; al derecho de Cervantia en los contratos EPC y O&M HDF-RETSEP), y ii) los requisitos para iniciar el arbitraje²¹ son diferentes? Es evidente que no sólo no son *análogos*, sino que son en todo punto incompatibles. Por igual motivo, tampoco el art. 9.2 RCAM, que meramente se limita a recoger esta *posibilidad*, resulta suficiente al no cumplirse los requisitos más elementales; a falta de consentimiento, un precepto así no puede obligar a RETSEP a participar en el procedimiento^{22 y 23}.

E) El principio de economía procesal no es suficiente para afirmar la competencia.

18. Es cierto que la doctrina referente a esta materia ha admitido tradicionalmente un argumento en virtud del cual, razones de economía procesal podrían decantar la competencia del tribunal, pero ello siempre de forma *accesoria*. Es decir, ante todo, debe existir consentimiento, eje fundamental de la existencia del arbitraje mismo. En ningún caso este tipo de razones, puramente de eficiencia, pueden ser preponderantes.

19. En definitiva, no existiendo de ningún modo consentimiento de RETSEP por el cual pueda afirmarse que ésta autorizó su presencia en el procedimiento como demandada, no resulta posible hallar ningún otro tipo de razonamiento que pueda llevarnos a afirmar la competencia del tribunal arbitral para conocer de las cuestiones suscitadas respecto de mi representada.

F) Si se acepta la competencia de este tribunal para conocer de la demanda reconventional respecto de RETSEP, se vulneran sus derechos procesales, posibilitando una acción de anulación del laudo.

20. Si este tribunal accediese, en contra de todo lo expuesto, a incluir a RETSEP en este procedimiento, se propiciaría una acción de nulidad del laudo arbitral, al amparo de lo dispuesto en el art. 34.2.a).iii) LMA, teniendo en cuenta que “*el laudo se refiere a una controversia no prevista en el acuerdo de arbitraje o contiene decisiones que exceden los términos del acuerdo de arbitraje*”. Además, existe un segundo motivo para determinar esta nulidad: RETSEP no ha participado en la composición del tribunal arbitral (en concreto, el art. 34.2.a).iv) LMA incluye como motivo “*que la composición del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo entre las partes*”²⁴), puesto que los miembros del tribunal fueron designados por HDF y CASESP. Todo ello amén de la más que posible violación del orden público de Madre Patria (art. 34.2.b.ii) LMA²⁵.

²¹ En la cláusula de resolución de disputas incluida en los contratos EPC y O&M HDF-RETSEP se dice que “[...] *el arbitraje puede iniciarse a partir del quincuagésimo sexto día después del día en que se dio la notificación de insatisfacción*”. Nada se dice en este sentido en el contrato EPC HDF-CASESP.

²² En este mismo sentido, como bien reconocía la Comisión de Arbitraje Internacional de la CCI en su informe final sobre arbitrajes multiparte (1994), “*The difficulties of multi-party arbitrations all result from a single cause. Arbitration has a contractual basis; only the common will of the contracting parties can entitle a person to bring a proceeding before an arbitral tribunal against another person and oblige that other person to appear before it. The greater the number of such persons, the greater the degree of care which should be taken to ensure that none of them is joined in the proceeding against its will*”.

²³ En efecto, “la jurisdicción de un tribunal arbitral para permitir la intervención de terceros en un arbitraje es limitada. Esta jurisdicción deriva de la voluntad de las partes del convenio arbitral y, por tanto, la intervención es, generalmente, sólo posible con el consentimiento de todas las partes involucradas” (traducción libre) (REDFERN y HUNTER, p. 94). En este sentido, véase el caso *The Bay Hotel and Resort Ltd c. Cavalier Construction Co. Ltd*.

²⁴ Véase Voser, 2008, pp. 46-49.

²⁵ En este sentido, en el caso *BKMI y Siemens c. Dutco*, los tribunales franceses entendieron que el derecho de las partes a designar un árbitro forma parte del orden público francés (Estado que también ha ratificado la Convención Europea de Derechos Humanos; pudiendo asimilar, por ende, su orden público con el de Madre Patria).

Cuestión II. El tribunal arbitral es competente para conocer de la disputa relativa a la potencial asignación de responsabilidad ambiental con arreglo a la Ley de Responsabilidad Ambiental de Cervantia. Debe admitirse la intervención de la Administración cervantina como tercero en el procedimiento.

21. Puesto que las peticiones correspondientes a esta materia fueron introducidas por mi representada en la contestación al anuncio de reconvencción y no en la solicitud inicial de arbitraje, quiere dejar claro esta parte que ésta es una posibilidad expresamente recogida por el RCAM.²⁶ No sólo es posible dirimir en este procedimiento la disputa relativa a la responsabilidad medioambiental que pueda corresponder a las distintas partes del presente arbitraje, sino que, además, resulta en todo punto necesario. Esta materia se encuentra comprendida dentro del convenio arbitral que concluyeron las partes, y no existe ningún problema que impida la resolución arbitral.

A) Esta materia, en abstracto, es arbitrable, de acuerdo con la normativa aplicable al presente procedimiento.

22. Hay que partir de la base de que la LMA ha venido otorgando cierta amplitud a la variedad objetiva que un arbitraje comercial celebrado bajo sus reglas puede albergar. En este sentido, en la *nota a pie de página 2* de su art. 1, relativo al ámbito de aplicación de la norma, se dice que “*debe darse una interpretación amplia a la expresión “comercial” para que abarque las cuestiones que se plantean en todas las relaciones de índole comercial, contractuales o no*”. Es decir, la LMA posee un ámbito de aplicación que pretende ser lo más amplio posible, tratando de recoger en su seno todas aquellas cuestiones que de algún modo puedan tener relación con un arbitraje comercial. La CNY no se pronuncia contrariamente a esto, sino que, por contra, sigue este mismo criterio²⁷.

23. El caso *Company Z y otros c. la organización estatal ABC -de la República de Utopía-* versó sobre la cuestión de la arbitrabilidad en un supuesto similar al presente. El laudo que puso fin a la disputa determinó que era necesario distinguir aquellos supuestos en que se enjuiciaba una decisión gubernamental medioambiental en particular, como manifestación de su soberanía -lo cual es, a todas luces, inarbitrable-, de las consecuencias financieras que podrían derivarse de ello bajo el contrato objeto de controversia, lo cual era perfectamente posible someter a arbitraje. Y es que, siguiendo con esta idea, aquí no se pretende cuestionar ninguna decisión que involucre un ejercicio de soberanía por parte de un Estado, sino simplemente determinar cuál es el juego de la responsabilidad -puramente económica- que, al amparo del contrato concluido entre HDF y CASESP, puede derivarse de una conducta determinada. Y es que una cosa es regular la existencia de los supuestos en que concurrirá responsabilidad medioambiental y las consecuencias derivadas de ello, tarea que corresponderá al poder legislativo cervantino, y otra bien distinta es, una vez determinada la regulación, concretar quién, dentro del contrato EPC, debe hacerse cargo de las consecuencias económicas derivadas de una infracción de la misma.

B) Esta materia está comprendida dentro del convenio arbitral HDF-CASESP.

24. Para una mejor comprensión de esta idea, procede exponer el tenor literal del convenio arbitral (cláusula 8.4 del contrato EPC) concluido entre HDF y CASESP (la negrita es nuestra): “***Toda controversia derivada de este contrato o que guarde relación con él, incluida cualquier***

²⁶ En concreto, el art. 27 RCAM recoge la posibilidad de formular nuevas reclamaciones.

²⁷ “Cada uno de los Estados Contratantes reconocerá el acuerdo por escrito conforme al cual las partes se obliguen a someter a arbitraje todas las diferencias o ciertas diferencias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto a una determinada relación jurídica, contractual o no contractual, concerniente a un asunto que pueda ser resuelto por arbitraje” (art. 2 CNY) -la negrita es nuestra-. Este texto normativo es de aplicación para el reconocimiento y ejecución del laudo arbitral en Cervantia y Andina al haber sido ratificado por ambas.

*cuestión relativa a su existencia, validez, interpretación, cumplimiento o terminación, será **resuelta definitivamente mediante arbitraje...***”.

25. En primer lugar, resulta indiscutible que el arbitraje no resulta aquí una opción para las partes, sino que es de carácter obligatorio (“*será resuelta definitivamente*”); es decir, en aquellas materias comprendidas dentro del convenio arbitral, las partes están obligadas a dirimir sus diferencias mediante arbitraje. Además, de acuerdo con el Informe final del grupo de trabajo sobre la cláusula de arbitraje modelo de la CCI (1991), la cláusula ha sido redactada de forma amplia, de modo que las partes se aseguraban de que efectivamente cualquier disputa que se derivase de su relación sería dirimida mediante arbitraje (“*derivada de este contrato o que guarde relación con él*”). De hecho, en los últimos tiempos, se ha tendido a interpretar los convenios de forma cada vez más amplia²⁸.

26. De este modo, puesto que la voluntad de HDF y CASESP fue i) someter obligatoriamente a arbitraje las disputas que pudieran surgir entre ambas mercantiles, y ii) que estas disputas fuesen todas aquellas que pudieran potencialmente surgir, sin exclusión de ninguna; y, dado que esta materia es arbitrable en abstracto; no puede sino concluirse que el tribunal arbitral ha de resolver la asignación de responsabilidad medioambiental derivada de la relación HDF-CASESP.

C) La intervención de la Administración de Cervantia en el procedimiento es perfectamente lícita, y CASESP no se ha opuesto en plazo, por lo que implícitamente ha aceptado la petición de HDF.

27. Como es sabido, HDF, en su escrito de respuesta al anuncio de reconvencción, solicitó al tribunal que admitiese la intervención de la administración cervantina en el procedimiento arbitral²⁹³⁰. La misma resulta imprescindible i) para determinar la asignación de la responsabilidad medioambiental que, eventualmente, se derive del procedimiento administrativo sancionador, y ii) como muestra de buena fe, posibilitando que la Administración acceda a autorizar la reapertura de la planta de fertilizantes cuanto antes, lo cual redundaría en una reducción en el daño causado a HDF.

28. Partiendo de lo expuesto, resulta necesario añadir un elemento de la máxima importancia, y es que CASESP ha renunciado a su derecho a impugnar las peticiones de mi representada en esta materia. En la Comunicación S-4 de la Corte, de fecha 27 de septiembre de 2019, la Corte de Arbitraje de Madrid otorgó a CASESP un plazo de 5 días³¹ para que ésta se opusiese a la intervención de la Administración de Cervantia. Sin embargo, el escrito de respuesta a las alegaciones y solicitud adicionales fue firmado en Incaïna, Andina, con fecha 5 de octubre de 2019. De este modo, esta oposición se formuló en el plazo de 8 días, y no en el

²⁸ Por ejemplo, véase el caso *Premium Nafta Products Ltd y otros c. Fili Shipping Co. Ltd y otros*, en el que se sostuvo una posición proarbitraje. En este sentido, la expresión “o que guarde relación con él” (del inglés, “in connection with”), ha sido analizada en el caso *Fiona Trust c. Yuri Privalov*. En el mismo, tribunal determinó que, si un empresario hubiese querido excluir del ámbito de aplicación del convenio arbitral una determinada materia (en el presente supuesto, la asignación de la responsabilidad medioambiental), simplemente tendría que haberlo dejado patente en el momento de acordar el convenio: era razonable y no gravoso para él hacerlo y, sin embargo, decidió no realizar exclusiones de ningún tipo.

²⁹ El art. 36.2 de la Convención Europea de Derechos Humanos, identificada con el orden público de Madre Patria, dice que “*En interés de una buena administración de justicia, el Presidente del Tribunal podrá invitar a cualquier Alta Parte Contratante que no sea parte en el asunto **o a cualquier persona interesada distinta del demandante, a que presente observaciones por escrito o a participar en la vista***”. El énfasis es nuestro.

³⁰ Ésta es una posibilidad que admite el art. 9.2 RCAM, como bien reconoce la Corte de Arbitraje de Madrid en la Comunicación S-5 del presente procedimiento arbitral, en la cual dice ésta que el competente para admitir la intervención de la administración cervantina será, una vez constituido el tribunal arbitral, éste.

³¹ “[...] *Asimismo, la Corte toma nota de la petición de HDF y RETSEP para que la Administración de Cervantia intervenga en el arbitraje, y confiere a CASESP el plazo de 5 días para que remita los comentarios que a su derecho convengan con relación a esa petición*”.

de 5. Al haberse transgredido los límites temporales, hay que entender, en aplicación tanto de la LMA como del RCAM, que CASESP ha renunciado a su derecho a objetar (en términos de la LMA) y que ha renunciado, tácitamente, a la impugnación (en términos del RCAM)³². Esta idea se encuentra reforzada y responde a lo dispuesto en el art. 4 RCAM, relativo a los plazos³³.

29. De este modo, puesto que i) la intervención como interesado y testigo en materias de hecho de la Administración de Cervantia resulta esencial a los efectos ya expuestos; y ii) CASESP ha admitido tácitamente esta petición, el tribunal arbitral debe admitirla.

D) El laudo será perfectamente reconocible y ejecutable en Cervantia. Tampoco existen problemas con respecto al reconocimiento y ejecución del laudo en Andina.

30. A los efectos que aquí nos interesan, debe manifestarse que esta parte es sabedora, en primer lugar, de que la LMA reconoce, como motivo de nulidad del laudo arbitral (art. 34 LMA), la contravención del orden público, entendida como vulneración del orden constitucional, por un lado; y que, según la ley de este Estado (en este caso, Madre Patria), el objeto de la controversia no sea susceptible de arbitraje, por otro. Según la jurisprudencia relevante del Tribunal Supremo de Madre Patria, “*El orden público susceptible de protección bajo la Ley de Arbitraje comprende la tutela de los derechos y libertades fundamentales reconocidos en la Convención Europea de Derechos Humanos*”. Sin embargo, en este caso, se respetan escrupulosamente todas las disposiciones de la Convención. Asimismo, estos mismos motivos se esgrimen respecto de una posible denegación del reconocimiento y ejecución del laudo arbitral (en este caso, en Cervantia), y ello tanto en la LMA (art. 36) como en la CNY (art. 5).

31. Así las cosas, resulta palmario que aquí no puede afirmarse que se dé ni una ni otra circunstancia. El novedoso art. 15 de la Ley de Responsabilidad Ambiental de Cervantia recoge expresamente la posibilidad de someter estas cuestiones a arbitraje³⁴. Es precisamente la ley cervantina la que el tribunal, al amparo de lo dispuesto en el art. 21.1 RCAM, debe aplicar para resolver sobre la asignación de responsabilidad medioambiental (y ello por ser la ley “*más apropiada*”; máxime teniendo en cuenta que los efectos del laudo, en lo que atañe a esta cuestión, habrán de ejecutarse en Cervantia y no en Andina). Resulta obvio que se cumplen, en la disputa HDF-CASESP, todos los requisitos exigidos por la norma.

32. En esta línea, es evidente que no puede contravenirse el orden público de un Estado (en este caso, Cervantia) por hacer valer una posibilidad que expresamente recoge la ley del mismo, siempre y cuando ésta no haya sido declarada inconstitucional (lo que no ha ocurrido con

³² En efecto, según el art. 4 LMA, “*Se considerará que la parte que prosiga el arbitraje conociendo que no se ha cumplido alguna disposición de la presente Ley de la que las partes puedan apartarse o algún requisito del acuerdo de arbitraje y no exprese su objeción a tal incumplimiento sin demora injustificada o, si se prevé un plazo para hacerlo, dentro de ese plazo, ha renunciado a su derecho a objetar*” (el énfasis es nuestro); por su parte, el art. 22 RCAM dice que “*Si una parte, conociendo la infracción de alguna norma de este Reglamento o de la Ley de Arbitraje, siguiera adelante con el arbitraje sin denunciar prontamente dicha infracción, se considerará que renuncia a su impugnación*” (el énfasis es nuestro). Y es que, como bien recoge el art. 20.5 RCAM, “*Todos aquellos que participen en el procedimiento arbitral actuarán conforme al principio de buena fe y procurarán que el arbitraje se tramite de manera eficiente y sin dilaciones*”.

³³ Este artículo dispone que “La Corte y los árbitros velarán en todo momento por que los plazos se cumplan de forma efectiva y procurarán evitar dilaciones”.

³⁴ Así, dice este precepto legal que (el énfasis es nuestro) “En aquellos casos donde la atribución de responsabilidad, especialmente entre varios operadores, revista especial complejidad, y/o dependa de consideraciones ajenas a las previstas en la presente ley, lo que incluye, pero no se limita, a consideraciones propias del Derecho Privado de contratos, responsabilidad extracontractual, o Derecho societario, la Administración podrá, a su discreción, autorizar que la atribución de dicha responsabilidad se dirima en procedimientos separados, ante los tribunales ordinarios, o mediante mecanismos alternativos de resolución de controversias”. Además, añade que “La Administración podrá, igualmente, adoptar la solución de atribución de responsabilidad derivada de procedimientos ya en curso cuando se inicie el expediente sancionador”.

respecto a la Ley de Responsabilidad Ambiental de Cervantia); como también es claro que no puede argumentarse que el arbitraje haya resuelto materias de las que no podría haber conocido, y ello exactamente por la misma razón.

33. Por lo que respecta al reconocimiento y ejecución del laudo en, eventualmente, Andina, tampoco existe ningún problema. Y ello porque la resolución arbitral no habrá de ser reconocida y ejecutada, por lo que respecta a esta materia, en dicho Estado, y el art. 36 LMA reconoce la posibilidad de reconocer y ejecutar, separadamente, las distintas cuestiones (art. 36.a).iii) LMA y art. 5.c) CNY).

Cuestión III. El tribunal arbitral no es competente para resolver el problema relativo al conflicto de interés alegado por CASESP en relación con su relación contractual con Mampato Abogados Internacionales. Subsidiariamente, no procede la remoción de la Sra. Isabel Allende como letrada de HDF y RETSEP.

A) El tribunal arbitral no es competente para imponer sanciones a la representación procesal de una parte. Si el tribunal procediese a hacer tal cosa, se posibilitaría una acción de nulidad del laudo; a su vez, se imposibilitaría su reconocimiento y ejecución.

34. Como es ampliamente conocido, y de acuerdo con BRUCKSCHWEIGER³⁵, los tribunales arbitrales se caracterizan por el hecho de ser instituciones de carácter privado, cuyo fundamento competencial reside en un convenio arbitral concluido entre dos o más partes. Por lo tanto, no poseen “poderes de autoridad” (*authoritative powers*), inherentes a los tribunales pertenecientes a la jurisdicción ordinaria. Prueba de ello es que un tribunal arbitral no tiene la capacidad de ejecutar, por medio de la fuerza o amenazando con la imposición de sanciones penales o de otra índole, un laudo arbitral dictado por él mismo³⁶.

35. A partir de este razonamiento se antoja sencillo concluir que, en el presente caso, el tribunal arbitral no puede ser competente para conocer de un hipotético conflicto de interés entre CASESP y Mampato Abogados Internacionales -en adelante, MAI- y, en su caso, imponer sanciones. Todo ello ha sido pacíficamente defendido por la jurisprudencia y doctrina; por ejemplo, en el caso *Norman Gabay c. República Islámica de Irán*, el tribunal arbitral entendió que no tenía autoridad para imponer sanciones o medidas disciplinarias frente a un letrado por la presentación de pruebas falsas. En este sentido, la necesidad de que exista una concesión expresa de poderes, como bien dice ROGERS³⁷, se ilustra de forma extraordinaria en el caso *Pope y Talbot c. Canadá*, donde el tribunal reconoció que no tenía poder jurisdiccional para sancionar a un abogado de forma directa³⁸. Así, el fundamento consensual del arbitraje imposibilita la existencia de un poder inherente del árbitro para desarrollar e imponer reglas de conducta sobre representación letrada³⁹.

36. Especialmente ilustrativo sobre este extremo es el caso *Fraport AG Frankfurt Airport Servs. Worldwide c. Filipinas*, en el cual una parte solicitó la exclusión del procedimiento del abogado de la contraparte sobre la base de que este mismo representante había actuado en su defensa (la de la contraparte) en un procedimiento relacionado, y precisamente alegando potenciales incumplimientos del deber de confidencialidad, al igual que ha hecho CASESP. Sin embargo, el tribunal concluyó que no tenía ningún tipo de responsabilidad deontológica y que,

³⁵ Bruckschweiger, p. 19.

³⁶ En este mismo sentido, los poderes del árbitro se limitan a aquellos concedidos por las partes, y raramente éstas otorgan al mismo la potestad de imponer sanciones sobre su representación letrada. De este modo, el abogado de una parte nunca puede ser expresamente sancionado o removido del procedimiento por un tribunal arbitral.

³⁷ Rogers, 2014, p. 136.

³⁸ En este mismo sentido, véase también el caso *Bidermann Indus. Licensing, Inc. c. Avmar N.V.*

³⁹ Como bien expone PAULSSON, “los árbitros son nombrados para resolver una disputa entre las partes, no para vigilar la conducta de sus representantes, y, por lo tanto, no pueden decidir sobre una denuncia de violación de un código de conducta” (traducción libre).

por ende, carecía de poder para decidir sobre una alegación de mala conducta. Por todo ello, y aun teniendo en cuenta que la Sra. Isabel Allende cumple con todas las directrices emanadas de su colegio de abogados, tampoco está autorizado el tribunal arbitral para instar ningún tipo de sanción por parte del mencionado Colegio, tal y como solicita CASESP.

37. Además, la carta de compromiso de prestación de servicios que unía a CASESP y MAI no solo no incluía un convenio arbitral, sino que, a mayor abundamiento, incluía una cláusula de sometimiento exclusivo a los tribunales de Cervantia para la resolución de cualquier controversia derivada del contrato. De este modo, CASESP pretende ahora incumplir la mencionada cláusula y obligar a MAI a someter una cuestión derivada de dicho contrato al conocimiento del tribunal arbitral, lo que conllevaría una clara vulneración del derecho de defensa de esta última y, por ende, abriría la puerta a una posible violación del orden público de Madre Patria.

38. En cualquier caso, si este tribunal arbitral afirmase su competencia respecto de esta materia, estaría excediendo sus poderes, por lo que i) cabría interponer una acción de nulidad del laudo que eventualmente se derive de este procedimiento, al amparo de lo dispuesto en el art. 34.2.a).iii) LMA (pues éste contendría decisiones que exceden los términos del acuerdo de arbitraje, y, además, no podrían separarse del resto de decisiones) y, en su caso, art. 34.2.b).ii) (contrariedad con el orden público); y ii) supondría la imposibilidad de reconocer y ejecutar el laudo arbitral, con base en el art. 5.1.c) CNY (de nuevo, por contener decisiones que exceden de los términos del compromiso o de la cláusula compromisoria, y no existir posibilidad de separación de aquellas que no exceden estos términos), y, eventualmente, art. 5.2.b) CNY (contrariedad con el orden público).

B) Si se niega a HDF y RETSEP su derecho a ser representados por un letrado de su elección, se vulneran sus derechos procesales.

39. En el improbable caso de que el tribunal arbitral afirmase su competencia para conocer de esta materia, debe tenerse en cuenta la siguiente exposición sobre el fondo del asunto.

40. En un procedimiento arbitral, al igual que en un procedimiento ante la jurisdicción ordinaria, las partes tienen derecho a comparecer representadas mediante un abogado de su elección. Es éste un derecho de carácter procesal y garantía mínima de cumplimiento del derecho de defensa que asiste a las partes en contienda. Esto es recogido en el art. 256 del Código de Procedimiento Civil de Madre Patria⁴⁰. El incumplimiento de esta regla, de nuevo, podría posibilitar una acción de nulidad del laudo arbitral e impedir su reconocimiento y ejecución, y ello por vulneración del orden público.

41. Como dice el art. 19 RCAM, “*Las partes podrán comparecer representadas o asesoradas por personas de su elección...*” (el énfasis es nuestro). Es claro que la persona elegida por HDF para ejercer su defensa en este caso fue la Sra. Isabel Allende. Y ello con mucha anterioridad a que ésta cambiase de firma jurídica (del despacho *Allende, Gordon y Ripper*, del cual era socia, a MAI), lo que denota la escrupulosa buena fe con la que HDF ha actuado en todo momento. Y es que existen motivos que en todo caso justifican el especial interés que esta parte tiene en el mantenimiento de su representación: en primer lugar, la extraordinaria confianza que tanto HDF como RETSEP tienen depositada en la Sra. Isabel Allende, elemento de especial importancia en una relación de las del tipo abogado-cliente; y, en segundo lugar, porque la Sra. Isabel Allende es capaz de hablar fluidamente el idioma Testudín, que es la lengua oficial de Tortuga (lo cual es de suma importancia para RETSEP), único en el mundo. De hecho, sólo otra gran firma internacional comparable a MAI dispone de un abogado con la categoría de socio que pueda actuar apropiadamente en dicho idioma.

⁴⁰ Según esta disposición, “las partes podrán designar libremente a sus representantes y defensores entre los Procuradores y Abogados que reúnan los requisitos exigidos por las leyes”.

C) La aplicación de las Directrices IBA de 2013 sobre representación de parte y el Código de Buenas Prácticas Arbitrales de 2019 del Club Español del Arbitraje no ha sido pactada por HDF y CASESP. En todo caso, no se cumplen los requisitos de los preceptos relevantes.

42. En el escrito de solicitud de doña Paula Frías al tribunal arbitral de fecha 14 de octubre de 2019, toda la base legal que alega CASESP para sostener su petición es que *“La conducta aquí descrita es claramente contraria a la ética que debe inspirar la actuación letrada, como al efecto disponen los textos relevantes en la materia, en particular, las Directrices de la IBA sobre Representación de Parte en el Arbitraje Internacional (2013) y el reciente Código de Buenas Prácticas Arbitrales del Club Español del Arbitraje de 2019 (CCBBPP/CEA)”*⁴¹.

43. Sin embargo, parece dar por hecho la demandada que ambos textos son derecho aplicable al fondo del asunto, cuando tal cosa no ha sido pactada entre HDF y CASESP. Existe la posibilidad, sin embargo, de que, al amparo del ya invocado art. 21.1 RCAM, los árbitros estimen que éstas son las normas más adecuadas para resolver este particular, pero, en todo caso, éste es aún un extremo por decidir. Esto mismo es reconocido por las propias Directrices de la IBA⁴². Sin embargo, en este caso, no se ha modificado la representación letrada (la cual desde el principio ostentó la Sra. Allende), por lo que no hay nada que *aceptar*; además, el conflicto de interés con el árbitro Sr. XXX ya existía previamente, puesto que, entre otras cosas, MAI ya había trabajado para CASESP.

44. Exactamente el mismo razonamiento aplica al Código del Club Español del Arbitraje. Así, aunque fuese de aplicación este texto, no se cumplirían los requisitos relativos a esta cuestión. En efecto, el art. 2 de la Sección IV dice que *“Una vez nombrados los árbitros, si se producen modificaciones en la representación letrada inicialmente designada, los árbitros podrán, oídas las partes y mediante decisión motivada y con la finalidad de salvaguardar la integridad del procedimiento, rechazar dichas modificaciones. Se entenderá que se menoscaba la integridad del procedimiento en las siguientes circunstancias: a) Si la parte que promueve el cambio actúa con ánimo dilatorio o en abuso de proceso; o b) Si existe un conflicto de interés entre el nuevo abogado y cualquiera de los árbitros”*. De nuevo, ni se ha modificado la representación letrada, ni se ha actuado con ánimo dilatorio o en abuso de proceso; y el conflicto de interés con el árbitro Sr. XXX ya existía.

D) CASESP aceptó expresamente que, ante las presentes circunstancias, MAI pudiese representar a una mercantil en la situación y con las características de HDF.

45. La mercantil con sede en Andina aceptó, de forma expresa, al suscribir las condiciones generales de la carta de compromiso de prestación de servicios, que en unas circunstancias como las que se dan en el presente caso, MAI pudiese asumir la representación letrada de un nuevo cliente (en este caso, HDF y RETSEP)⁴³. Esta barrera de información ha sido instalada satisfactoriamente en MAI, tal y como informó la Sra. Isabel Allende con fecha 21 de octubre

⁴¹ Caso Moot Madrid, p. 80 *in fine*.

⁴² En este sentido, según la Directriz 1: “Las Directrices aplicarán donde, y en la medida en que las Partes así lo acuerden, o el Tribunal Arbitral, después de consultarlo con las Partes, desee recurrir a ellas...”. Pero es que, aunque fuesen de aplicación, no se cumplirían los requisitos. Siguiendo con la Directriz 5, “Una vez constituido el Tribunal Arbitral, una persona no debe aceptar la representación de una Parte en el arbitraje si existe una relación entre dicha persona y un Árbitro que crearía un conflicto de intereses, a menos que ninguna de las Partes objete una vez se efectúe la correspondiente revelación”.

⁴³ En efecto, la Cláusula 19 de la Carta, sobre confidencialidad y divulgación de información, dispone que “Mediante la firma del presente contrato, usted acepta que nuestro deber de confidencialidad queda satisfecho si se establecen en tiempo y forma las medidas de seguridad adecuadas (como una barrera de información efectiva) para garantizar que el acceso a su información confidencial relevante dentro de Mampato Abogados Internacionales esté restringido. Cuando se aplican tales medidas, usted acepta que no intentará impedir que actuemos para otros clientes debido a que conservamos su información confidencial” (el énfasis es nuestro).

de 2019, en la respuesta a la solicitud de CASESP⁴⁴ lo cual se recoge en la declaración jurada presentada por la Sra. Francisca Llona, oficial de cumplimiento y socia de Mampato en Orellana.

46. Por su parte, la Cláusula 20, relativa a conflictos de interés⁴⁵, refleja que el poder decisorio recae sobre MAI, quien ha decidido actuar para HDF y RETSEP y no para CASESP, y en ningún caso sobre el cliente (CASESP).

47. De este modo, CASESP, con su postura, no pretende sino i) incumplir lo expresamente pactado en contrato con MAI; y ii) incurrir en comportamiento contradictorio (*venire contra factum proprio*), lo cual, en virtud del art. 1.8 Principios UNIDROIT, está expresamente prohibido (“*Una parte no puede actuar en contradicción a un entendimiento que ella ha suscitado en su contraparte y conforme al cual esta última ha actuado razonablemente en consecuencia y en su desventaja*”).

48. En conclusión, sobre la base de todo lo expuesto, i) el tribunal arbitral no puede entrar a conocer sobre el fondo de esta cuestión; y ii) en el improbable caso de que lo hiciese, deben desestimarse las peticiones de CASESP.

Cuestión IV. La Corte es competente para resolver la cuestión relativa a la falta de independencia o imparcialidad del árbitro designado por esta parte (Sr. XXX), debiendo estimar la recusación solicitada y proceder a la sustitución del árbitro.

A) Hechos relevantes relacionados con la cuestión de la independencia e imparcialidad del árbitro propuesto por la parte demandante.

49. El árbitro Sr. XXX es designado por HDF el 15 de agosto de 2019, incluyendo su designación una declaración de independencia, imparcialidad y disponibilidad “limpia”; es decir, sin ninguna revelación de circunstancias que pudieran afectar a la misma. Según consta en las diversas comunicaciones de la CAM, no se realizaron alegaciones a la designación del co-árbitro de la demandante y, por tanto, fue confirmado mediante comunicación de la CAM de 27 de septiembre de 2019, invitando asimismo a los árbitros para que propusieran un tercer árbitro, que actuaría como presidente del Tribunal Arbitral.

50. El hecho que genera la duda sobre la independencia o imparcialidad de este árbitro es la comunicación por éste, el 12 de octubre de 2019, de las relaciones anteriores que había tenido con MAI. Es muy relevante también para determinar la independencia del árbitro el correo electrónico que remite a las partes, al Tribunal y a la Cámara con fecha 13 de octubre de 2019, en el que se ponen de manifiesto las relaciones mantenidas con el bufete de la parte demandada. Las actuaciones culminan con la solicitud de recusación del árbitro por el representante legal de HDF/RETSEP.

B) La independencia e imparcialidad del árbitro como garantía del proceso arbitral.

51. Como cuestión previa debe indicarse que el RCAM exige, en el art. 11.2, dos declaraciones del árbitro⁴⁶. Siguiendo lo preceptuado en esta norma, el árbitro, que había

⁴⁴ “[...] Por eso, desde Mampato en la oficina de Orellana, sede principal del despacho, y que centraliza las cuestiones globales de compliance de la firma, se pusieron en marcha protocolos para prevenir la revelación o mal uso de esa información”.

⁴⁵ Se expresa en los siguientes términos: “[...] Sujeto a nuestro cumplimiento con la cláusula 19 (Confidencialidad y divulgación de información), podremos seguir actuando para ambos clientes siempre que cada uno de ustedes nos dé un consentimiento informado para que actuemos. Si dicho consentimiento no es otorgado por ambas partes, entonces dependerá de nosotros, y nuestros intereses decidir si debemos continuar actuando para usted, o sólo para el cliente o para ninguno, tomando cuenta de las restricciones legales, las reglas profesionales y la responsabilidad de usted y del otro cliente”.

⁴⁶ Estas declaraciones son: 1ª) “declaración de independencia e imparcialidad” (en la que debe hacer constar por escrito cualquier circunstancia que pudiera considerarse relevante para su nombramiento, especialmente las que pudieran suscitar dudas sobre su independencia o imparcialidad) y 2ª) una “declaración de disponibilidad”

realizado una declaración “limpia”, debió en realidad haber puesto en conocimiento de las partes y de la Corte los hechos relevantes que dio a conocer con posterioridad. Aunque las relaciones previas a las que se hace referencia no son directas con las partes, sí lo son con los abogados que las representan, lo que ha sido incluido según las Directrices IBA en el “Listado Rojo renunciante”⁴⁷.

52. Es decir, que, en este asunto, aunque la actuación del co-árbitro parece diligente, al poner en conocimiento de las partes y del Tribunal Arbitral la posible causa de falta de independencia al conocer la nueva representación legal de la parte demandante, tal declaración cabría calificarla de extemporánea, pues como *barrister* debía haber informado de las personas con las que había trabajado, para asegurar una mayor transparencia de la información y el cumplimiento de sus deberes. Existe un claro riesgo en estos casos para el proceso arbitral, lo que justifica la retirada del árbitro⁴⁸.

53. Así, según el art. 12.1, *in fine*, LMA: “*el árbitro, desde el momento de su nombramiento y durante todas las actuaciones arbitrales, revelará sin demora tales circunstancias a las partes, a menos que ya les haya informado de ellas*”. Es decir, existe una obligación previa del árbitro de poner en conocimiento de las partes dichas circunstancias. En el mismo sentido, el artículo 11.3 RCAM dispone que “*el árbitro deberá comunicar de inmediato, mediante escrito dirigido tanto a la Corte como a las partes, cualesquiera circunstancias de naturaleza similar a las señaladas en el apartado anterior que surgieran durante el arbitraje*”⁴⁹.

54. También el CBBPPAA/CEA contempla este deber de imparcialidad e independencia de los árbitros, exigiendo estas cualidades que el árbitro tenga voluntad y capacidad para desempeñar su función sin favoritismo hacia ninguna de las partes y que el árbitro mantenga una distancia objetiva no sólo frente a las partes, sino también frente a la disputa (el árbitro recusado, según su declaración de 13 de octubre, había seguido instrucciones de la oficina de MAI en Orellana relacionadas con un contrato de construcción) y frente a otras personas implicadas en el arbitraje⁵⁰. De ahí la relevancia de esta cuestión en el procedimiento arbitral, pues se deben observar estos principios éticos de independencia e imparcialidad⁵¹.

55. Por tanto, como garantía de la validez y eficacia del proceso arbitral, HDF recusa a su propio árbitro, actuación que viene avalada por el art. 12.2, *in fine*, del RCAM⁵².

56. No obstante, cabría considerar como negligente la actuación del árbitro, que debería haber declinado su nombramiento como tal, al existir dudas sobre su independencia e imparcialidad. Así, según el CBBPPAA/CEA, todo candidato a árbitro tiene un deber de abstención desde la propuesta de su nombramiento hasta la conclusión del procedimiento arbitral, que le obliga a rechazar el nombramiento como tal si él mismo alberga dudas sobre su voluntad o su capacidad para desempeñar su función sin tener favoritismo hacia alguna de las partes o si existen circunstancias que den lugar a dudas justificadas sobre su imparcialidad o

(indicando que sus circunstancias personales y profesionales le permitirán cumplir con diligencia el cargo de árbitro y, en particular, los plazos previstos en el Reglamento).

⁴⁷ Apartado 2.3, p. 24.

⁴⁸ En este sentido, véase Redfern y Hunter, que cita los casos *Hrvatska Elektroprivreda c. República de Eslovenia* y *Brescia Calcio SpA c. West Ham United FC Plc*.

⁴⁹ En el mismo sentido, también, los arts. 12 y 12 bis de la LMA y las Directrices IBA, 2014, p. 5.

⁵⁰ Como se ha indicado, “la obligación de los árbitros de ser y mantenerse independientes e imparciales es uno de los principios fundamentales de todo proceso”, de modo que “la ausencia de cualquiera de estos requisitos puede provocar la recusación del árbitro, generar su responsabilidad, la anulación del laudo y —en última instancia— la viabilidad misma del arbitraje como mecanismo de confianza para la resolución de controversias” (Estévez Sanz y Muñoz Rojo, 2017, pp. 1-2). En el mismo sentido, Febles Pozo, 2017, p. 144.

⁵¹ Febles Pozo, 2017, p. 145.

⁵² “Una parte sólo podrá recusar al árbitro nombrado por ella, o en cuyo nombramiento haya participado, por causas de las que haya tenido conocimiento después de efectuada la designación”.

independencia, a los ojos de un tercero razonable e informado (74, 75). Cabe destacar que este Código de Buenas Prácticas recoge como circunstancias de abstención que el candidato o el árbitro trabajen en el despacho de abogados que representa a una de las partes [77, letra b)]⁵³. A pesar de realizar el árbitro una actividad profesional independiente, las circunstancias declaradas en las comunicaciones por correo electrónico de 12 y 13 de octubre, son suficientemente representativas de su falta de independencia, lo que debería haberle llevado a solicitar la abstención, siguiendo el comportamiento ético que le resulta exigible. Así, los vínculos con los abogados de las partes resultan fuera de toda duda (CBBPP/CEA, 84, 13 a 20, en especial, esta última vinculación). Es decir, conforme a las Directrices IBA 2014, el árbitro debería negarse a seguir actuando [p. 6, 2, letras a) y b)].

C) La Corte es el órgano competente para resolver la cuestión relativa a la falta de independencia o imparcialidad del árbitro designado por esta parte.

57. Según el art. 13.1 de la LMA, sobre procedimiento de recusación, “*Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 3) del presente artículo, las partes podrán acordar libremente el procedimiento de recusación de los árbitros*”. El hecho de que las partes estén sometidas al RCAM parece que implica someterse al procedimiento de recusación de árbitros allí previsto, como consecuencia del principio de autonomía de la voluntad al que se alude en el art. 13.1 LMA⁵⁴. Habría que entender que la remisión a los criterios del RCAM lo es también al procedimiento previsto en ellas para la recusación de los árbitros, sobre la base de lo previsto en la cláusula arbitral del contrato, que es idéntica al convenio arbitral tipo del RCAM.

58. Al ser de aplicación el RCAM a este arbitraje, según su art. 15 (recusación de árbitros), corresponde a la Corte tomar esta decisión⁵⁵. No queda por tanto duda de que, al haberse designado la CAM como administradora del arbitraje, y haber quedado sometido el mismo a su Reglamento, es la Corte, al no constar acuerdo en contrario, la que debe decidir sobre la recusación planteada⁵⁶.

D) Las medidas a adoptar por la Corte deben ser, tras la estimación de la recusación solicitada, la sustitución del árbitro, el nombramiento de uno nuevo, la nueva designación del presidente del Tribunal y la reanudación del procedimiento arbitral, que se encuentra suspendido.

59. Aunque la formulación de la recusación según el RCAM no implica que se suspenda el curso de las actuaciones, sí se acordó ésta por los árbitros hasta ese momento designados (véase Orden Procesal 1, de 7 de noviembre de 2019), tras la comunicación presentada por el presidente del Tribunal con fecha 25 de octubre de 2019.

60. Procede estimar la recusación, tal y como ya se indicaba en la Orden Procesal 2, dado que las declaraciones del árbitro recusado plantean suficientes dudas sobre su imparcialidad. Prosperando la recusación solicitada, la medida que procede adoptar, según el art. 16.1 del RCAM es la sustitución del árbitro recusado, procediendo al nombramiento de uno nuevo, pudiendo la parte demandante de arbitraje proponerlo⁵⁷. En este caso, habrá que tener en cuenta

⁵³ Sobre este aspecto, Febles Pozo, 2017, p. 147.

⁵⁴ Según la nota explicativa de la secretaría de la CNUDMI acerca de la LMA (p. 32), el criterio adoptado en la Ley Modelo “reconoce la libertad de las partes para determinar, haciendo referencia a un conjunto de normas de arbitraje o mediante un acuerdo especial, el procedimiento que se seguirá, respetando los requisitos fundamentales de equidad y justicia”.

⁵⁵ Así, el apartado 1 de esta disposición establece que “La recusación de un árbitro, fundada en la falta de independencia, imparcialidad o cualquier otro motivo, deberá formularse ante la Corte mediante un escrito en el que se precisarán y acreditarán los hechos en que se funde la recusación. Salvo acuerdo en contra de las partes, corresponderá a la Corte decidir sobre las recusaciones formuladas”.

⁵⁶ También en este sentido, el CBBPP/CEA, Anexo 15, considera a la Corte como órgano competente.

⁵⁷ En el mismo sentido, el CBBPP/CEA, Anexo 16.

que el nombramiento, dada la pluralidad de partes demandantes, deberá ser propuesto de manera conjunta por los demandantes (art. 14.1 del RCAM)⁵⁸. Asimismo, se deberá proceder a la reanudación del procedimiento arbitral en el momento en el que el árbitro recusado deje de ejercer sus funciones (art. 16.4 RCAM)⁵⁹.

61. Ha de indicarse, por último, que la estimación de la falta de independencia e imparcialidad de este árbitro afecta a la constitución del tribunal (nombramiento del presidente del tribunal), por lo que, en realidad, la Corte debería nombrar de nuevo a los dos miembros del Tribunal arbitral. Además, estas decisiones sobre la recusación y la sustitución serán firmes (CBBPP/CEA, Anexo 10.5).

Cuestión V. Los contratos de Ingeniería, Adquisiciones y Construcción (EPC) y de Operación y Mantenimiento (O&M) suscritos entre HDF y RETSEP presentados por CASESP no son admisibles como prueba en el presente procedimiento.

Único. Se trata de una prueba documental obtenida ilícitamente. Si se admiten, se vulnera el orden público de Madre Patria, propiciando una acción de nulidad del laudo arbitral.

62. Los contratos EPC y O&M concluidos entre HDF y RETSEP que han sido aportados al procedimiento como documentos de la respuesta nº15 y 16, respectivamente, han sido obtenidos ilegalmente. Ello queda patente en la justificación del modo de obtención de los mismos que hace CASESP en su escrito de respuesta a la solicitud de arbitraje y anuncio de reconvencción, que no cabe sino calificar de ilícito⁶⁰: “*Esta parte ha tenido acceso al contenido de dichos contratos, de los que se incluye un extracto...*”.

63. En efecto, se trata de contratos confidenciales y que atañen tan sólo a las partes que los han celebrado (es decir, a HDF y RETSEP), como bien le transmitimos a CASESP en nuestro escrito de respuesta a la demanda reconvenccional⁶¹. Estamos ante acuerdos que detallan aspectos técnicos y comerciales de su actividad, cuya divulgación puede ser especialmente dañina para las partes involucradas. Precisamente por ello resulta primordial mantener su carácter confidencial y reservado a las partes.

64. Dice el art. 6 de la Convención Europea de Derechos Humanos, texto con el que se identifica el orden público de Madre Patria, en relación con el derecho a un proceso equitativo, que “*Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal independiente e imparcial...*” (la negrita es nuestra). En este sentido, en el caso *Methanex Corporation c. EEUU*, el tribunal arbitral inadmitió determinadas pruebas -documentales, a mayor abundamiento- obtenidas ilícitamente con el objeto de preservar el derecho a un proceso equitativo, que corresponde a las dos partes en contienda. El tribunal argumentó que las partes se deben mutuamente y al Tribunal el deber general de comportarse de buena fe y de respetar la igualdad de armas entre ellas, así como los principios de igualdad de trato y de equidad procesal⁶². Y es que, efectivamente, si el tribunal decide admitir los contratos EPC y O&M reseñados, se estaría vulnerando el art. 6 de la

⁵⁸ En el mismo sentido, CBBPP/CEA, Anexo 18.1).

⁵⁹ En el mismo sentido, CBBPP/CEA, Anexo 16.4).

⁶⁰ Caso Moot Madrid: p. 32, pár. 33.

⁶¹ Caso Moot Madrid: p. 62, pár. 7.

⁶² Así, concluyó que Methanex había violado esta norma y, por tanto, transgredido los principios básicos de justicia e imparcialidad. Idéntico criterio se siguió en el caso *Libananco Holdings c. Turquía*: el tribunal ponderó la importancia del deber de confidencialidad y la obligación de todas las partes de proceder de manera justa y de buena fe, ordenando la exclusión del procedimiento de las pruebas procedentes de una serie de comunicaciones que tenían carácter confidencial. En el caso *Bible c. United Student Aid Funds, Inc.* se admitieron como prueba documentos obtenidos de filtraciones de WikiLeaks. El tribunal sostuvo como argumento para proceder de ese modo el hecho de que los mencionados documentos se encontraban en el dominio público. Esta circunstancia, como resulta evidente, no concurre en el presente caso.

Convención Europea de Derechos Humanos y, por ende, el orden público de Madre Patria. Todo ello no conduciría a lugar distinto que al planteamiento de una acción de nulidad del laudo arbitral por esta parte, al amparo de lo dispuesto en el art. 34.2.b).ii) LMA; al margen de las consideraciones que pudieren corresponder, en su caso, respecto del reconocimiento y ejecución del mencionado laudo en los Estados relevantes, de acuerdo con lo dispuesto en la CNY.

65. El mismo razonamiento siguen las Reglas de la IBA sobre la práctica de prueba en el arbitraje internacional de 2010, cuya aplicación por los árbitros, en virtud del art. 21.1 RCAM, es posible y oportuna⁶³. De nuevo, nos topamos con la necesidad de garantizar la justicia, igualdad⁶⁴ y equidad entre las partes, que se vulneraría en caso de admitir la prueba objeto de contienda.

66. Asimismo, la conducta de CASESP es contraria a la *doctrina de las manos limpias* (*clean hands doctrine*), que evalúa la participación de la parte que aporta la prueba ilícita en la obtención de la misma. Es obvio que, en este caso, la prueba no puede haberse obtenido sin la participación directa de CASESP.

67. En conclusión, no es posible admitir los contratos EPC y O&M celebrados entre HDF y RETSEP, puesto que ello conllevaría la vulneración del orden público de Madre Patria y, por ende, nos conduciría al planteamiento de una acción de nulidad del laudo arbitral.

Cuestión VI. No es pertinente ordenar la producción de información relativa a la relación entre HDF y RETSEP.

Único. La producción de información propuesta por CASESP es irrelevante. CASESP no ha señalado las razones para producir dicha información ni ha concretado los documentos a que se refiere.

68. El art. 29.3 RCAM, relativo a las pruebas, dice que “Corresponde a los árbitros decidir, mediante orden procesal, sobre la admisión, pertinencia y utilidad de las pruebas propuestas o acordadas de oficio”. Este precepto debe conjugarse con el art. 20.5 RCAM, sobre las reglas de procedimiento: “Todos aquéllos que participen en el procedimiento arbitral actuarán conforme al principio de buena fe y procurarán que el arbitraje se tramite de manera eficiente y sin dilaciones”. De ello se desprende i) que los árbitros pueden valorar la pertinencia y utilidad de las pruebas propuestas (*relevancia*) para decidir sobre su eventual producción; y ii) que las partes deben evitar cualquier comportamiento que ponga en peligro la eficiencia y celeridad del procedimiento -cuando, entiéndase, no concurre causa suficiente que lo justifique-.

69. Idéntico criterio siguen las ya mencionadas Reglas de la IBA sobre la práctica de prueba en el arbitraje internacional de 2010⁶⁵.

⁶³ El art. 9.2, relativo a la admisibilidad de la prueba, dice que “El Tribunal Arbitral podrá excluir, a instancia de parte o de oficio, la prueba o la exhibición de cualquier Documento por cualquiera de las siguientes razones: [...] (b) existencia de impedimento legal o privilegio bajo las normas jurídicas o éticas determinadas como aplicables por el Tribunal Arbitral; [...] (g) consideraciones de economía procesal, proporcionalidad, justicia o igualdad entre las Partes que el Tribunal Arbitral estime suficientemente relevantes” (el énfasis es nuestro). Por su parte, el art. 9.3 dice que “Al evaluar la existencia de impedimentos legales o privilegios bajo el artículo 9.2 (b), y en la medida en que sea permitido por cualesquiera normas jurídicas o éticas obligatorias cuya aplicación fuera determinada por el Tribunal Arbitral, éste puede tomar en consideración: [...] (e) la necesidad de mantener la equidad e igualdad entre las Partes” (el énfasis es nuestro).

⁶⁴ También presente en el RCAM (art. 20): “Con sujeción a lo dispuesto en el presente Reglamento, los árbitros podrán dirigir el arbitraje del modo que consideren apropiado, observando siempre el principio de igualdad de las partes y dando a cada una de ellas suficiente oportunidad de hacer valer sus derechos” (el énfasis es nuestro).

⁶⁵ El ya introducido art. 9, relativo a la admisibilidad de pruebas, se expresa en los siguientes términos: “1. El Tribunal Arbitral determinará la admisibilidad, relevancia, importancia y valor de las pruebas. 2. El Tribunal Arbitral podrá excluir, a instancia de parte o de oficio, la prueba o la exhibición de cualquier Documento,

70. Además, puesto que nos encontramos en sede de *producción de prueba* (en términos de las reglas de la IBA, *solicitud de exhibición de documentos*), hay que añadir que tampoco se cumplen los requisitos que dicho texto menciona para proceder a estimar tal cosa, pues no se da ninguna de las circunstancias contempladas en el artículo 3⁶⁶.

71. En su escrito de respuesta a la solicitud de arbitraje y anuncio de reconvenición, CASESP solicitó al tribunal arbitral que “*declarase admisible ordenar la producción de información relativa a la relación entre HDF y RETSEP*”⁶⁷. Sin embargo, ni en este escrito ni en ninguno de los posteriores concreta CASESP qué tipo de información quiere que se produzca, ni en manos de quién está. Lo más que hace es exponer numerosas conjeturas infundadas sobre la relación entre las dos mercantiles a las que represento, con las que no trata sino de trasladar su responsabilidad derivada de su incumplimiento del contrato EPC hacia RETSEP. De hecho, la propia demandada reconviniente exterioriza la única evidencia que ha podido encontrar: “*De la información del registro de Cervantia se desprende que HDF posee un 25% del capital de RETSEP*”⁶⁸. Como es sabido, la información que se desprende de un registro público, salvo prueba en contrario, tiene presunción de veracidad.

72. Volviendo al asunto de la oportunidad de ordenar la producción de prueba en esta materia, resulta manifiestamente complicado, incluso empleando la mayor de las diligencias, como ha hecho esta representación procesal, encontrar un solo motivo para sostener dicha oportunidad. ¿Cuáles serían las consecuencias de que se demostrase que RETSEP es una suerte de filial de HDF -cosa, tal y como se refleja en el registro de Cervantia, absolutamente incierta-? ¿Eliminaría o reduciría este hecho la responsabilidad de CASESP por su incumplimiento contractual? Evidentemente, como a buen seguro entenderá el tribunal, la respuesta no puede sino ser contundentemente negativa; y ello al margen de que dos mercantiles, aun perteneciendo al mismo grupo de empresas, mantienen personalidades jurídicas separadas.

73. En definitiva, i) esta solicitud de producción de información se basa, únicamente, en conjeturas; ii) CASESP no ha concretado cuál es la información que desea que se produzca, qué documentos desea obtener; iii) si RETSEP formase con HDF un grupo de empresas, el régimen de responsabilidad exigible a CASESP -objeto de este procedimiento- no variaría ni un ápice⁶⁹, por lo que nos encontramos ante una proposición de producción de prueba irrelevante -cuyo único efecto sería provocar dilaciones innecesarias a este procedimiento

declaración, testimonio oral o inspección por cualquiera de las siguientes razones: (a) Falta de relevancia suficiente o utilidad para la resolución del caso...” (el énfasis es nuestro). De acuerdo con O'REILLY (2014, p. 148), “tenderíamos a afirmar la relevancia de la prueba en el arbitraje internacional cuando ésta tiene una conexión lógica con lo que la misma pretende probar en el caso concreto” (traducción libre).

⁶⁶ Su art. 3 dice lo siguiente: “Una Solicitud de Exhibición de Documentos deberá contener: (a) (i) una descripción de cada Documento cuya exhibición se solicite que sea suficiente para identificarlo, o (ii) una descripción suficientemente detallada (incluyendo el asunto de que se trate) de la concreta y específica categoría de Documentos requeridos que razonablemente se crea que existen. [...] (b) una declaración de por qué los Documentos requeridos son relevantes para el caso y sustanciales para su resolución...” (el énfasis es nuestro). CASESP no ha dado cumplimiento a ninguna de estas conductas. Por último, el art. 3.7 dice que “El Tribunal Arbitral podrá ordenar a la Parte a quien se dirija dicha Solicitud que presente cualquiera de los Documentos solicitados [...] respecto del cual el Tribunal Arbitral decida que: (i) los aspectos que desea probar la Parte que los solicita son relevantes para el caso y sustanciales para su resolución, (ii) ninguna de las objeciones contempladas en el Artículo 9.2 es de aplicación, y (iii) los requisitos del Artículo 3.3. han sido cumplidos...” (el énfasis es nuestro).

⁶⁷ Caso Moot Madrid: p. 34.

⁶⁸ Caso Moot Madrid: p. 29, pár. 14.

⁶⁹ Como expone esta parte en su escrito de respuesta a la demanda reconvenicional (Caso Moot Madrid: p. 62, pár. 6), “[...] la configuración de los deberes y responsabilidades de las partes estaba pensada para dar a HDF más opciones a la hora de decidir sobre una eventual reclamación de responsabilidad. Por ello, resulta irrelevante la relación que pueda existir entre HDF y RETSEP, por lo que el tribunal debe negarse a la petición de prueba solicitada por CASESP”.

arbitral, lo cual proscribiera el RCAM-; iv) cabe añadir, aunque CASESP no se refiera en ningún punto a ello, que tampoco tendría efectos en cuanto a una imposible extensión del convenio arbitral a RETSEP, puesto que la existencia de consentimiento sigue siendo imperativa, como exponemos en el apartado correspondiente de este escrito. Por todo ello, interesamos se desestime la solicitud de producción de prueba propuesta por CASESP.

CUESTIONES SOBRE EL FONDO DE LA CONTROVERSIA:

Cuestión VII. El contrato celebrado entre HDF y CASESP es un EPC. Las normas aplicables al mismo son la CISG y los Principios UNIDROIT. CASESP ha incumplido el contrato.

A) El contrato es de tipo llave en mano.

74. Estamos ante un contrato de los denominados “llave en mano”, en el que la asunción de responsabilidad global por la realización del proyecto recae en CASESP, considerando que el riesgo tanto en el diseño y construcción son determinantes en el contrato⁷⁰ y que están vinculados con las particularidades de la concreta transacción que tienen por objeto⁷¹. Así se refleja en la cláusula 10.1.1 del contrato, en la que la empresa contratista garantiza al empleador que *“ejecutará las obras y los servicios ejerciendo toda la habilidad, cuidado, diligencia y previsión adecuadas, utilizando las maneras, técnicas y prácticas que se esperan de un contratista internacional de primera clase...”*.

75. En este tipo de contratos, modalidad del contrato de obra⁷², el contratista se obliga frente al cliente a instalar y entregar una fábrica o planta industrial en condiciones de ser utilizada⁷³. Esta finalidad puede verse reflejada en la cláusula 9.2.1 del contrato, que determina su objeto, estableciendo que las obligaciones de la parte demandada en relación con el proyecto cubren *“la prestación de las Obras y Servicios en relación con el diseño, la ejecución y la finalización y las pruebas de rendimiento... la adquisición de bienes y equipos, gestión de proyectos, control de costes presupuestarios, supervisión de construcción, montaje, puesta en marcha y prueba e inspección de las Unidades”*. En esta cláusula queda reflejada la intención común de las partes, por lo que la interpretación del contrato debe hacerse conforme a ésta; pero, si dicha intención no pudiese conocerse, el contrato se interpretará conforme al significado que le habrían dado en circunstancias similares personas razonables de la misma condición que las partes (art 4.1 Principios UNIDROIT y art. 8.2 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, de 1980 -en adelante, CISG, o Convención-).

76. El contrato celebrado entre HDF y CASESP posee todas las características propias del régimen de responsabilidad de los contratos llave en mano. CASESP asumió la tarea de entregar una planta de fertilizantes en perfecto estado de funcionamiento. Así, la cláusula 11.1.1 del contrato establece que el *“EPCM acepta que asume el riesgo de eventos, acciones y circunstancias, naturales o causadas por el hombre, que pueden afectar al cumplimiento de sus obligaciones bajo el Contrato”*. En esta misma línea, la cláusula 10.1.2 establece que el EPCM procederá de manera regular y diligente con el cumplimiento de sus obligaciones. En la medida en que la obligación de una de las partes implique un deber de alcanzar un resultado específico, esa parte está obligada a alcanzar dicho resultado (art. 5.1.4 Principios UNIDROIT).

⁷⁰ No hay una definición universal única de estos contratos, pero su origen se encuentra en los países en vías de desarrollo, pues su falta de tecnología y medios técnicos necesarios para la ejecución de obras exigía la intervención de contratistas extranjeros (Serrano, 2011, p. 153).

⁷¹ Calvo y Fernández, 1997, p.1745, p. 8.

⁷² Es evidente que el contratista asume una obligación global de resultado, tal y como reconoce la mayoría de la doctrina en materia de contratación internacional (Reig, 2008, p. 114).

⁷³ Reig, 2003, p. 113.

77. En 1999, la Federación Internacional de Ingenieros Consultores -en adelante, FIDIC- elaboró su *Silver Book*, que incluye el modelo de contrato de llave en mano más extendido en la práctica internacional. Según la nota introductoria a la primera edición, se usa para proyectos de plantas industriales donde se requiere un mayor grado de certeza del plazo de entrega, y en los que el contratista asume una responsabilidad completa por el diseño y la ejecución del proyecto⁷⁴. Este modelo inspira, sin duda, algunas cláusulas del contrato; y, en la medida en que incluyeron diversas de sus cláusulas en el mismo, se deduce que las partes quisieron que se interpretara en el mismo sentido.

78. Las cláusulas 24.2 y 24.3 del contrato podrían considerarse como una traducción de las cláusulas 11.1, 11.2. (a), 11.4 del FIDIC *Silver Book*, estableciendo los mismos parámetros para la solución de defectos. También la responsabilidad ambiental establecida en la cláusula 28 del contrato refleja la esencia de la cláusula 4.18 del mencionado Libro, en la medida en que establece que el contratista tomará todas las acciones razonables para proteger el medio ambiente (tanto dentro como fuera del sitio) para limitar el daño y asegurar que se cumpla con las regulaciones medioambientales prescritas en las leyes aplicables; en este caso, las de Cervantia; siendo responsable el contratista de todo daño resultante de su incumplimiento. Finalmente, los cambios, obras y servicios establecidos en las cláusulas 32 a 32.10 del contrato EPC son sin duda tomados de las cláusulas 13.1, 13.2 y 13.3 del FIDIC *Silver Book*.

79. Para la elaboración del contrato se utilizó como base un modelo de contrato EPCM empleado con frecuencia por CASESP, por lo que, pese a su *nomen iuris* (“EPCM”), debe atenderse la voluntad de las partes a la hora de determinar la naturaleza contractual: las cosas son lo que son y no lo que las partes dicen que son. HDF y CASESP estuvieron de acuerdo en que, con las adaptaciones necesarias, resultaría este modelo adecuado a sus necesidades. Así, cláusulas de extrema relevancia, relativas a la responsabilidad sobre los subcontratistas, así como a las limitaciones de responsabilidad, precio, y forma de pago, fueron objeto de una negociación más específica e intensa por las partes⁷⁵; y, como se ha expuesto en párrafos anteriores, son el reflejo de un contrato EPC.

B) Régimen jurídico aplicable: Convención de Viena y Principios UNIDROIT.

80. Como se recogió en la solicitud de arbitraje, se solicita que se declaren aplicables al contrato la CISG y los Principios UNIDROIT, lo cual viene justificado en las siguientes alegaciones:

a. Disposiciones contractuales.

81. Prevé la cláusula 4.3 del contrato EPC que “*Este contrato constituye el acuerdo completo entre el Empleador y EPCM con respecto a la materia objeto del mismo, y sustituye todos los compromisos, arreglos, acuerdos y contratos anteriores (ya sean escritos u orales) realizados entre las Partes o celebrados con respecto a ellos antes de la fecha del Contrato, excepto en la medida en que se incorporen en este documento*”.

82. El presente contrato está regido, en primer lugar, por la autonomía de la voluntad de las partes contratantes al no existir una norma imperativa en cuanto a la regulación de los contratos EPC que deba ser de aplicación preferente. Esto también se desprende de la propia CISG y de los Principios UNIDROIT, cuya aplicación se justifica seguidamente. En concreto, el carácter dispositivo de la Convención se refleja en el art. 6 de la misma, al permitir que las partes excluyan su aplicación o establezcan excepciones a cualquiera de sus disposiciones o modifiquen sus efectos. En el mismo sentido, lo prevé el art. 1.5 de los Principios UNIDROIT, que, además, anteriormente reconocen que las “*partes son libres para celebrar un contrato y para determinar su contenido*” (art. 1.1), que “*todo contrato válidamente celebrado es*

⁷⁴ Baker/Mellors/Chalmers./Lavers, 2009, p. 21.

⁷⁵ Caso Moot Madrid: p. 102, resp. 12

obligatorio para las partes” y que sólo “*puede ser modificado o extinguido conforme a lo que él disponga, por acuerdo de las partes o por algún otro modo conforme a los Principios UNIDROIT*” (art. 1.3).

b. Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, de 1980.

83. En la Guía Legal para la Redacción de Contratos Internacionales de Construcción de Obras Industriales de la UNCITRAL (pp. 303-304), se dice que las partes pueden desear tomar nota sobre que la Convención es aplicable a los contratos de compraventa cuando las partes tengan sus domicilios sociales en diferentes Estados y esos Estados sean partes de la Convención, o cuando las normas de Derecho Internacional Privado lleven a la aplicación de las normas de un Estado contratante, como, por ejemplo, cuando las partes eligen la ley del Estado contratante (art. 1). Añade que, aunque el art. 3 excluye la aplicación de la Convención a ciertos contratos, las partes pueden querer aclarar expresamente que la CISG será aplicable a los mismos. En este caso, según la cláusula 7 sobre “Ley aplicable” del contrato, “*El presente Contrato y todas sus obligaciones, así como las obligaciones no contractuales resultantes del, o conectadas con el mismo, se regirán por lo dispuesto en el Derecho de Andina, así como por los principios aplicables a los contratos comerciales internacionales*”. Por tanto, ambos contratos están sometidos a las leyes de Andina, que ha ratificado la Convención (al igual que Cervantia), y a los principios aplicables a los contratos internacionales.

84. Como la Convención tiene carácter dispositivo, las partes pueden de forma expresa excluir su aplicación (art. 6) o también hacerlo de forma tácita⁷⁶. Según la jurisprudencia, aunque la exclusión pueda ser implícita, la voluntad de las partes tiene que ser cierta, prevaleciendo en caso de duda, el principio de aplicabilidad de la Convención. Se aplica el principio de la “*opting out*” y no de la “*opting in*”, por lo que el hecho de simplemente prever que se aplicará el derecho sustantivo de un país (de Andina, en nuestro caso), no constituye un válido “*opting out*” para que no sea aplicable la Convención (Caso *Waste recycling plant*). En este caso, como las partes no han excluido expresamente la aplicación de la Convención al contrato, ni puede deducirse una voluntad contraria implícita a la misma, debe entenderse aplicable por remisión a la normativa de Andina (firmante de la CISG).

85. Aunque los arts. 3.1 y 3.2 CISG regulan supuestos distintos, para evitar que se cuestione la aplicabilidad de la Convención al presente contrato, procedemos a fundamentar que se encuentra fuera de las exclusiones realizadas en dichos preceptos y que, por tanto, procede la aplicación de la CISG. Como punto de partida, debemos tener en cuenta que debe valorarse la operación completa y que, en caso de duda sobre la posible aplicación o no de la Convención, la interpretación debe ser favorable a la aplicación de ésta⁷⁷.

86. En primer lugar, el art. 3.1 de la Convención dispone que se considerarán compraventas “*los contratos de suministro de mercaderías que hayan de ser manufacturadas o producidas, a menos que la parte que las encargue asuma la obligación de proporcionar una parte sustancial de los materiales necesarios para esa manufactura o producción*”⁷⁸ (el énfasis es nuestro). Tradicionalmente, la jurisprudencia y la doctrina han cuestionado la interpretación

⁷⁶ La exclusión tácita requiere el cumplimiento de dos requisitos: “que la voluntad de las partes sea real, en el sentido que ella se pueda deducir con seguridad del conjunto de circunstancias que rodean al contrato” y “que la voluntad de las partes sea consciente, es decir que no se pueda demostrar que las partes, en manera alguna, ignoraban que el contrato estaba sujeto a la regulación convencional” (Galán, 2003, *Criterio Jurídico* n.º 3).

⁷⁷ Perales, 2004, p. 4, *CISG-AC Opinión* n.º 4

⁷⁸ La CNY también prevé en su artículo 6.2 que “*se asimilan a las compraventas los contratos que tengan por objeto el suministro de mercaderías que hayan de ser manufacturadas o producidas, a menos que quien las encargue asuma la obligación de proporcionar una parte esencial de los materiales necesarios para dicha manufactura o producción*”.

que debe hacerse de “parte sustancial” de los materiales entregados por el que realiza el encargo, debiendo valorarse dos elementos: el valor de los materiales y su función (naturaleza de los materiales y el particular interés de las partes)⁷⁹. Ha primado el criterio del “valor económico” (sin que deba medirse conforme a porcentajes de valor predeterminados, sino sobre la base de un análisis global) frente al de la “esencialidad”, que sólo entrará en juego cuando el del “valor económico” no puede o debe aplicarse por ser inapropiado en el caso concreto; y siendo irrelevante si las mercaderías son fungibles o no, estandarizadas o fabricadas por encargo, etc.⁸⁰ La necesaria entrega de las “utilities” por parte HDF no puede ser entendida como “parte sustancial”, puesto que ese tipo de “elementos accesorios” que son necesarios para un test de aceptación están excluidos de tal consideración, según la doctrina⁸¹.

87. Debe aclararse que, según cierto sector doctrinal, los contratos en los que se transfiere “know-how” también están regidos por la CISG; y que, en estos contratos mixtos, el “know-how” se tendrá en cuenta sólo si es necesario para la manufactura y producción de las mercaderías y si realza el valor de los materiales⁸². En este caso, el “know-how” viene de mano de CASESP (previa transferencia de tecnología por su filial Trueba), lo que refuerza el valor de los bienes entregados por ésta. Por tanto, conforme a la interpretación dada del art. 3.1 CISG, nada impide la aplicación de la Convención al presente contrato.

88. En segundo lugar, la Convención excluye su aplicación a los contratos en los que predominan las obligaciones de las partes de “suministrar mano de obra o prestar otros servicios” (art. 3.2.)⁸³, por lo que, como regla general, se suelen excluir los “contratos llave en mano”⁸⁴. Sin embargo, no se puede afirmar que todos los contratos de construcción o de infraestructura sean excluidos de la aplicación de la Convención, sino que hay que realizar un estudio específico para comprobar si el test del art. 3.2 CISG se cumple⁸⁵, analizando detenidamente qué obligaciones son las predominantes en el contrato: los servicios y trabajo, o la entrega de bienes.

89. Este tipo de contrato es considerado “*como de obra, cuando el comprador (propietario) proporciona todos o una parte sustancial de los materiales; cuando es el vendedor (contratista) quien los proporciona, se contemplan diferentes soluciones: contratos de compraventa, contratos de obra, o incluso contratos mixtos sui generis*”⁸⁶. En los contratos en los que están presentes obligaciones mixtas, se corre el riesgo de que los tribunales no traten el contrato de forma unitaria; pero parte de la doctrina entiende que, en la medida de lo posible, como las obligaciones estarán estrechamente conectadas entre sí, deberían ser tratadas como un solo contrato⁸⁷. Algunos autores consideran que el art. 6 CISG permite a las partes modificar el art. 3.2 en el sentido de que, aunque la obligación preponderante no fuera la entrega de las

⁷⁹ Schroeter, 2001, pp. 74-86.

⁸⁰ Perales, 2004, p. 2.

⁸¹ Schroeter, 2001, p. 76.

⁸² Perales, 1998, p. 187-208.

⁸³ El art. 3.2 CISG establece que “*La Convención no se aplicará a los contratos en los que la parte principal de las obligaciones de la parte que proporcione las mercaderías consista en suministrar mano de obra o prestar otros servicios*”. En la misma línea, la CNY prevé en su art. 6.1. que “*La presente Convención no se aplicará a los contratos en los que la parte principal de las obligaciones del vendedor consista en suministrar mano de obra o prestar otros servicios*”.

⁸⁴ En estos, no sólo se pide la realización de un concreto proyecto industrial, sino que también precisa la capacidad tecnológica requerida para su explotación; por lo que el know-how y la experiencia profesional necesarias los suelen poseer muy pocas empresas (Hernández, 2014, pp. 167-174).

⁸⁵ Perales, 2004, p. 15.

⁸⁶ Garro y Perales, 2008, p. 1440.

⁸⁷ Khoo, 1987, p. 43.

mercaderías, el contrato entero podría quedar sujeto a la aplicación uniforme de la Convención⁸⁸.

90. Una de las formas más frecuentes de determinar la naturaleza jurídica de esta clase de contratos es buscar entre las distintas prestaciones que lo integran cuál de ellas es la más importante para aplicar su régimen jurídico al contrato en su totalidad⁸⁹. Esto permite considerar que el contrato “llave en mano” tiene un régimen jurídico unitario, siendo posible encuadrarlo dentro del contrato de compraventa, al primar la entrega de la cosa con las cualidades previstas en el contrato⁹⁰.

91. En este caso, debe entenderse que estamos ante un único contrato, aunque tenga una naturaleza mixta, al prever distintas obligaciones relativas a bienes y servicios, como puede verse en la cláusula contractual 9.2⁹¹. Se ha celebrado un solo contrato; en concreto, un contrato EPC, que, por su propia naturaleza, integra distintos tipos de obligaciones del contratista; y el precio fijado en el contrato es global, es decir, no se ha determinado de forma diferenciada cuál es el importe que corresponde a la entrega del bien, cuál a los servicios accesorios, etc., lo cual dificulta determinar la preponderancia de unas obligaciones u otras atendiendo a porcentajes exactos⁹².

92. Aquí de nuevo, igual que sucedía con el art. 3.1, para hacer la valoración de la “parte principal”, debe atenderse preferentemente al “valor económico” (sin porcentajes de valor predeterminados, sino realizando un análisis global, aunque generalmente si los servicios exceden del 50% del valor de las obligaciones se entiende inaplicable la Convención) y, sólo si es imposible o inapropiado aplicar este criterio, acudir al de la “esencialidad”⁹³. El valor de los servicios tiene que ser comparado con el valor del contrato entero y no sólo con el precio de los bienes⁹⁴. Además, para determinar si la obligación de suministrar mano de obra o servicios es o no la principal, deben tenerse en cuenta otros factores que no sean estrictamente económicos, como pueden ser las circunstancias referidas a la celebración del contrato, la finalidad del mismo y el interés de las partes en las distintas formas de cumplimiento⁹⁵.

93. En este sentido, encontramos precedentes de aplicación de la CISG a contratos llave en mano, en las que se establece que es aplicable a los mismos, excepto cuando la obligación diferente de la entrega de las mercaderías predomina desde un punto de vista económico (Caso *Spinning company*). En el caso de la planta de producción de ventanas, al igual que sucede en el contrato aquí objeto de disputa, el valor de los servicios acordados supone una pequeña parte de los costes totales de la planta, y la obligación característica de fabricar la planta no tiene

⁸⁸ Schlechtriem, 1986.

⁸⁹ Hernández, 2014.

⁹⁰ Al respecto, la doctrina reconoce que, si estamos ante un contrato para el suministro de bienes y servicios, la CISG se aplica al contrato en su totalidad, salvo que las partes pretendieran concluir dos contratos separados. Los tribunales deben tener en cuenta como factores relevantes “la denominación y el contenido completo del contrato, la estructura del precio, y la importancia otorgada por las partes a las diferentes obligaciones del contrato” (Perales, 2004, p. 15).

⁹¹ Esta cláusula establece el objeto del contrato en los siguientes términos: “[...] las obligaciones de EPCM cubren la prestación de las Obras y Servicios en relación con el diseño, la ejecución y la finalización y las pruebas de rendimiento de las Unidades, incluida la prestación de servicios relacionados con la ingeniería, la adquisición de bienes y equipos, gestión de proyectos, control de costes presupuestarios, supervisión de construcción, montaje, puesta en marcha y prueba e inspección de las Unidades [...]”.

⁹² Sobre la importancia del precio global para determinar la aplicación de la CISG pueden verse LG Munich, 16 de noviembre de 2000 (Alemania), sobre un contrato para la entrega e instalación de accesorios eléctricos de pizzería; o LG Mainz de 26 de noviembre de 1998 (Alemania) en la que las partes acordaron la producción y entrega de un cilindro para la producción de papel tissú.

⁹³ Perales, 2004, p. 3

⁹⁴ Perovi, 2011, p. 186.

⁹⁵ CNUDMI, 2016, p. 24.

menos peso que su montaje y puesta en marcha (caso *Window production plant*). También en un contrato sobre una planta de reciclaje de residuos se consideró aplicable la CISG (caso *Waste recycling plant*).

94. Los contratos en los que el contratista sólo provee los servicios de construcción no están cubiertos por la CISG, pero aquellos en que el contratista también suministra los materiales, maquinaria, equipo o una planta entera, como en este caso, caen dentro del ámbito de aplicación de la misma, salvo que prevalezcan el valor de la remuneración del trabajo y los servicios. En los contratos “*turnkey*” en muchos casos el valor de los servicios o del trabajo excede el del equipo, pero en casos como el presente, en el que la maquinaria es sofisticada y cara (como la Torre de Absorción suministrada), la ratio se ve alterada, puesto que el valor de la planta entregada es más alto que el de los servicios y trabajo prestados (siguiendo a KNUTSON⁹⁶).

95. Por tanto, si realizamos el test del art. 3.2 CISG, se debe entender aplicable la Convención teniendo en cuenta que los servicios desarrollados en el marco del contrato son relativamente no importantes, son accesorios, en comparación con la obligación de fabricar una planta de producción de fertilizante técnicamente complicada y comparativamente muy costosa (Schroeter, en relación al caso *Window production plant*).

96. Finalmente, los tribunales (casos *Industrial tools* y *Recycling machine*) y la doctrina⁹⁷ han determinado que corresponde a la parte que quiere excluir la aplicación de la Convención a un contrato con base en el art. 3.2 (en este caso, CASESP) la prueba de que el suministro de mano de obra o la prestación de servicios constituye la parte principal de las obligaciones.

c. Principios UNIDROIT.

97. Respecto a la aplicación de los Principios UNIDROIT a la presente controversia, es necesario recordar que la cláusula 7, sobre “Ley aplicable”, del contrato establece que el mismo se regirá por lo dispuesto en el Derecho de Andina, “*así como por los principios aplicables a los contratos comerciales internacionales*”.

98. En el Preámbulo de los Principios UNIDROIT se establece que “*Estos Principios pueden aplicarse cuando las partes hayan acordado que su contrato se rija por principios generales del derecho, la “lex mercatoria” o expresiones semejantes*”. Además, añade que “*Estos Principios pueden ser utilizados para interpretar o complementar instrumentos internacionales de derecho uniforme*”. Esto da cabida a la posible aplicación de los Principios UNIDROIT como mecanismo de interpretación e integración de la CSIG.

99. Dicha confluencia en cuanto a la aplicación en una misma transacción entre la Convención de Viena y los Principios UNIDROIT también viene siendo considerada como posible por la doctrina⁹⁸, que aboga por “*la aplicación de los Principios de UNIDROIT en el sentido de ayudar a la interpretación o la suplementación de las lagunas de la Convención en particular y, en general, de cualquier texto uniforme de carácter internacional*”⁹⁹.

100. En este sentido, el art. 7.2 CISG prevé una regla integradora para cubrir las eventuales lagunas sobre cuestiones que no estén expresamente resueltas en ella, según la cual “*se dirimirán de conformidad con los principios generales en los que se basa la presente Convención o, a falta de tales principios, de conformidad con la ley aplicable en virtud de las*

⁹⁶ Knutson, 2005.

⁹⁷ Flechtner, 2008.

⁹⁸ Así, se ha destacado que el ámbito de aplicación de los Principios es más amplio que el de la CISG, al aplicarse a los contratos mercantiles internacionales en general, pudiendo además complementar ciertos aspectos no regulados por la Convención, como las cuestiones de validez, cuya aplicación de los Principios evitaría la necesidad de tener que aplicar el derecho nacional no uniforme (lo cual viene respaldado por un principio general contemplado en la propia CISG (art. 7.1) que es el de la “uniformidad”) [Perales, 2001].

⁹⁹ Perales, 1998, p. 198

normas de derecho internacional privado”¹⁰⁰; o, al menos, se ha considerado su posible aplicación integradora de la CSIG cuando se trate de algunos de los principios generales en los que ella se basa¹⁰¹.

101. Y, por último, debemos recordar que CASESP (aunque sin prever la aplicación preferente de la Convención de Viena) también solicita la aplicación de los Principios UNIDROIT, por lo que al no ser una cuestión controvertida por la otra parte procede la aplicación de los mismos.

C) CASESP ha incumplido con sus obligaciones contractuales.

a. Cumplimiento de HDF en la entrega de las Utilities y retraso injustificado en el hito de Aceptación Provisional por parte de CASESP.

102. En el contrato se requería que el empleador, 6 meses antes de la fecha prevista para el cumplimiento del hito de aceptación provisional (cuando se esperaba el hito de *Mechanical Completion*), pusiese a disposición del contratista unas determinadas *Utilities* (agua, vapor, electricidad) en la cantidad requerida para poder llevar a cabo las pruebas de funcionamiento. Éstas, cumpliendo con lo establecido en la cláusula 12.6 del contrato, fueron puestas a disposición de CASESP entre el 12 y el 15 de mayo de 2017. El hito de *Mechanical Completion* se alcanzó finalmente en septiembre de 2017.

103. Según lo estipulado en el contrato, CASESP, junto con los subcontratistas de su grupo, se comprometió a cumplir el “hito de Aceptación Provisional de la Planta” en el plazo de 48 meses desde la firma del contrato (15 de enero de 2014); es decir, en enero de 2018; pero el mismo no se alcanzó hasta abril de 2018, lo que HDF puso de manifiesto a CASESP a través de D^a Elizabeth Sommers, en sendos correos electrónicos a D^a Clara del Valle¹⁰².

104. Tomando como definición de incumplimiento la establecida en el art. 7.1.1 Principios UNIDROIT, y dado que CASESP no ha cumplido con su obligación en el plazo estipulado, ha incurrido en incumplimiento de una de las obligaciones principales del contrato. En esta línea, la cláusula 8.2 del *Silver Book* de FIDIC establece que la obligación que asume el constructor de terminar el trabajo en el plazo establecido es una de las más importantes en un contrato de construcción¹⁰³.

105. El contrato concluido entre HDF y CASESP contiene cláusulas relativas a la indemnización por retraso en la entrega, con un importe que asciende, en el caso que nos atañe, a 12.000.000 de euros. En dicha cláusula (nº 27.2 del contrato), las partes acordaron una penalización por incumplimiento del plazo de finalización del hito de Aceptación Provisional de la planta por importe de 1.000.000 de euros por semana de retraso. Como esta parte ha puesto de manifiesto, el retraso producido desde enero de 2018 hasta abril del mismo año en la entrega de la Aceptación Provisional es imputable única y exclusivamente a la demandada. Teniendo en cuenta el apartado segundo de la cláusula 27 del contrato, es oportuno mencionar que carece de fundamento cualquier alegación en que se pretenda acusar a HDF del retraso, ya que, pese a las diversas comunicaciones con la demandada vía correo electrónico a partir del 9 de abril 2017, en mayo del 2017 las *utilities* estaban a disposición de CASESP, 6 meses antes de la

¹⁰⁰ Al respecto ha considerado tradicionalmente la doctrina que la aplicación de los Principios es posible según este precepto, al entender que los “principios generales en que se basa la Convención” comprenden los Principios UNIDROIT, lo cual ha venido respaldado en numerosas ocasiones por las decisiones arbitrales. Por citar algunas, Court d’Appel de la Chambre de Commerce de Grenoble en Resolución de 23 de octubre de 1996; Resolución 12460 de Cámara de Comercio Internacional (2004); International Court of Arbitration of the Chamber of the Russian Federation de 1 de febrero de 2007, 8 de febrero de 2008 y 13 de mayo 2008.

¹⁰¹ Pablo-Romero, 2014, pp. 258-259.

¹⁰² Caso Moot Madrid: Documento de la solicitud nº 5 y 6.

¹⁰³ Muestra de la relevancia de la misma es que los Red, Yellow, Gold y Silver Books de FIDIC incluyen una cláusula que expresa esta obligación (Baker/Mellors/Chalmers/Lavers, 2009, p. 21).

fecha prevista para el cumplimiento del hito de aceptación provisional, tal y como fue estipulado en el contrato¹⁰⁴.

b. Incumplimiento contractual de CASESP por defectos de la planta.

106. El 10 de diciembre de 2018, D^a Elizabeth Sommers, en cumplimiento de lo establecido en la cláusula 24.2. (a) del contrato, se puso en contacto con D^a Clara del Valle para comunicar la apertura de un expediente administrativo sancionador a causa de la contaminación derivada de la planta, requiriendo urgentemente un plan de acción para proceder. La respuesta resultó sorprendente e incomprensible, ya que demostraba una despreocupación y desentendimiento total del asunto, constituyendo un evidente incumplimiento de la cláusula 24.2.2 del contrato, que establece que “*para cualquier parte de las Obras que sea defectuosa, deficiente, inadecuada... EPCM se asegurará de que el defecto relevante se rectifique*”. Tras llevar a cabo una inspección de la planta, HDF comprobó que la contaminación se debía a un defecto en la construcción; concretamente, el problema se encontraba en la Torre de Absorción, lo cual se refleja en el informe del Ing. Sr. Tao Chi'en, informe que fue trasladado, de forma resumida, a CASESP por correo electrónico con fecha 7 de enero de 2019.

107. Es importante que el Tribunal tenga en cuenta que la Torre de Absorción se incluye dentro de la lista de “*Proprietary Equipment*”, suministrada por la demandada. Al ser un equipo propio, sólo la demandada tenía la tecnología y conocimientos necesarios para su correcta instalación y funcionamiento. CASESP y su filial se ocuparon del diseño, y trasladaron a RETSEP las instrucciones necesarias para el montaje; pero no transmitieron ningún tipo de tecnología¹⁰⁵, por lo que cualquier error en la construcción debe serle imputado. El objeto del contrato se encuentra plasmado en la cláusula 9.2.1 del contrato, la cual establece que “*las obligaciones de EPCM cubren la prestación de las Obras y Servicios en relación con el diseño, la ejecución y la finalización y las pruebas de rendimiento... supervisión de construcción, montaje, puesta en marcha...*”: la demandada se ha comprometido con HDF a alcanzar un resultado determinado, por lo que está obligada a realizar todo lo que sea necesario para ello, aunque no esté expresamente estipulado en el contrato¹⁰⁶.

108. Cabe mencionar que la subcontratación no supone una exención de responsabilidad del contratista, de acuerdo con la cláusula 22 del contrato. Por lo expuesto, constituye una de sus responsabilidades la adecuada ejecución de las obras de construcción requeridas para el proyecto¹⁰⁷, tal y como recoge la cláusula 11.9.1 (a). Esta última cláusula, como otras que se expondrán a lo largo de este escrito, cumplen una función complementaria, que sirve para precisar la descripción genérica que inicialmente presenta el contratista al cliente al iniciarse el contrato. La Guía Jurídica de la CISG establece que “*en el caso de un contrato llave en mano [...] la descripción general del objetivo de la construcción puede complementarse con la disposición contractual adicional que obligue al contratista a efectuar cualquier prestación relacionada con la construcción que, aunque no se haya descrito concretamente, resulte necesaria o habitual, teniendo en cuenta la capacidad de producción de las instalaciones que se haya convenido*”¹⁰⁸.

109. Ante la urgente situación y la persistente indiferencia e incumplimiento de la demandada del procedimiento establecido para servicios defectuosos, HDF se vio en la obligación de acudir a RETSEP para que realizase las obras necesarias para el reemplazo de la Torre, en cumplimiento de la cláusula 24.3 del contrato, la cual establece que “*Si EPCM no puede*

¹⁰⁴ Caso Moot Madrid, Solicitud de Arbitraje, p.6.11.

¹⁰⁵ Caso Moot Madrid, p. 104, resp. 19.

¹⁰⁶ Calvo y Fernández, 1997, p 1757.

¹⁰⁷ Contrato EPCM, cláusula 11.9.1. (a) “ser responsable de la ejecución de todas las Obras de Construcción requeridas para el Proyecto”.

¹⁰⁸ CNUDMI, 1988, p. 57.6.

remediar o volver a realizar los Servicios defectuosos...el Empleador puede fijar un tiempo final para llevar a cabo el trabajo correctivo por sí mismo o por otros” (asimismo, en cumplimiento de lo establecido en el art. 7.2.3 Principios UNIDROIT y 46.3 y 47 CISG), lo cual fue comunicado a CASESP el 12 de enero de 2019, momento desde el cual cesaron todo tipo de comunicaciones entre la demandada y nuestra representada. Respecto a la responsabilidad, el art. 36. 2 CISG establece que “*el vendedor será responsable de toda falta de conformidad [...] que sea imputable al incumplimiento de cualquiera de sus obligaciones, incluido el incumplimiento de cualquier garantía...*”, por lo que queda expresamente establecido que la demandada es responsable si la falta es resultante del incumplimiento de cualquier garantía¹⁰⁹.

110. CASESP es una de las empresas de ingeniería y construcción de infraestructuras más reconocidas a escala internacional; de modo que resultan sorprendentes los incumplimientos en los que ha incurrido en el proceso de ejecución de la obra. Partiendo de la concepción de incumplimiento que establece el art 7.1.1 Principios UNIDROIT, su incumplimiento en los deberes de diligencia y supervisión serán demostrados a continuación¹¹⁰.

111. En los reiterados correos que trataban la problemática, CASESP atribuía la responsabilidad a RETSEP, desligándose completamente de todo tipo de responsabilidad. La demandada afirmaba que la instalación de la Torre de Absorción también fue obra de RETSEP, y que “*es posible que el daño se deba a una construcción e instalación incorrecta*”; pero omite mencionar que ella era la responsable de la diligente supervisión de dicha instalación, siendo ella quien garantizaba su correcto funcionamiento y los resultados esperados (según lo establecido en cláusula 24.1 del contrato “*EPCM garantiza que los servicios estarán libres de cualquier defecto*”).

112. Tras la lectura del extracto del informe, cínicamente la demandada manifiesta que es probable que el problema se debiese a un fallo de mantenimiento, ya que el Manual de Operaciones especificaba el tipo de agua con el que debía realizar la refrigeración del equipo, y, al utilizarse un agua de refrigeración con características distintas, la consecuencia sería la corrosión del equipo, lo cual podría haber producido las filtraciones. CASESP presenta como prueba un correo electrónico de fecha 15 de junio de 2018, en el cual D. Esteban Trueba puso de manifiesto a D^a Paulina del Valle que el agua de refrigeración que se planeaba utilizar no era la adecuada, por estar por debajo del rango recomendado (Ph 5-8); pero omite mencionar que las pruebas del hito de *Mechanical Completion* se llevaron a cabo utilizando un Ph 4, alcanzado en septiembre de 2017, cuya finalidad es comprobar que la planta cumple con los valores de calidad y cantidad contratados. De forma posterior, el hito de Aceptación Provisional se alcanzó en abril de 2018, utilizando el mismo Ph.

113. El incumplimiento de la demandada, entonces, es evidente: durante todas las pruebas de rendimiento la demandada conocía y tenía la obligación de conocer el tipo de agua utilizada; de modo que el correo de fecha 15 de junio de 2018 fue una gran sorpresa. Resultaba extraño y confuso que, después de que el funcionamiento se hubiera probado y validado con un Ph4, se advirtiera que existe un riesgo de corrosión. Es sencillamente absurdo que, al darse cuenta de su error, pretendan atribuir la responsabilidad a RETSEP, cuando es evidente su error e incumplimiento.

114. Lo expuesto no sólo demuestra una actuación negligente por parte de la demandada, sino que, el hecho de que CASESP trate de imputar ahora a RETSEP los daños, constituye un comportamiento que va en contra de sus propios actos (*venire contra factum proprium*)¹¹¹, con

¹⁰⁹ CNUCMI, 2016, p.176, pár. 6.

¹¹⁰ Contrato EPCM, cláusula 9.2.1, 10.1.1, 10.1.2 y 25.3.1.

¹¹¹ Veytia y Garro, 2004, p.22.

base en el art 1.8 Principios UNIDROIT¹¹². El descrito comportamiento de CASESP pudo tener la finalidad de generar una situación confusa respecto a la falta de conocimiento del Ph utilizado, con vista a poder esgrimir esta omisión a su favor. Ello sería contrario a las exigencias de la buena fe contractual¹¹³, consagrada en el art. 1.7 Principios UNIDROIT. En cualquier caso, todo parece indicar que la conducta de la demandada tiene por finalidad el tratar de eximirse de su falta de diligencia, cuando conocía y debía conocer el PH utilizado, y en su momento no notificó que el agua utilizada podría ser perjudicial para la torre de absorción, omitiendo así su deber de supervisión y control.

115. Con lo expuesto se evidencia el grave incumplimiento¹¹⁴ de CASESP con respecto a sus obligaciones de diligencia y supervisión.

Cuestión VIII. HDF se vio obligada a incumplir la cláusula de confidencialidad; por lo que es un incumplimiento justificado.

Único. CASESP puso a HDF en una situación imposible, en la que no cabía otra posibilidad que omitir -de forma justificada- la cláusula de confidencialidad.

116. Ante el incumplimiento de CASESP de los procedimientos establecidos para servicios defectuosos, HDF actuó sin otra alternativa al sustituir la prestación de CASESP por la de otro contratista. Así, se vio obligado a transmitir la información a RETSEP sobre el proceso y el equipo, con el fin de facilitar la ejecución de las tareas de sustitución y reparación; por lo que esta transmisión de información no debe ser considerada como una vulneración de los compromisos de confidencialidad estipulados en la cláusula 18.2 del contrato con CASESP.

117. La actuación de HDF se puede enmarcar en el art. 80 CISG, el cual determina que una parte no puede invocar el incumplimiento de la otra en la medida en que éste haya sido causado por acción u omisión de aquélla; actitud que también se enmarca en el artículo 7.1.2 y 7.4.7 Principios UNIDROIT, ya que fue el incumplimiento de CASESP lo que condujo al quebranto de las obligaciones de HDF; en consecuencia, la parte perjudicada por un incumplimiento tiene el deber de mitigar el daño que se pueda derivar de él.

118. El art. 77 CISG establece que *“la parte que invoque el incumplimiento del contrato deberá adoptar las medidas que sean razonables, atendidas las circunstancias, para reducir la pérdida...”*, fijando la misma obligación de mitigar el daño por la parte que lo sufre. Por su parte, el art. 7.4.8 Principios UNIDROIT dice que *“la parte incumplidora no es responsable del daño sufrido por la parte perjudicada en tanto que el daño pudo haber sido reducido si esa parte hubiera adoptado medidas razonables”*, lo que ampara la actitud de la parte perjudicada de no permanecer inactiva y aguardar el resarcimiento de un daño cuyas consecuencias podía atenuar.

119. Se debe, por último, tener en cuenta la actitud de CASESP, quien se desentendió del cumplimiento de sus obligaciones, pese a la permanente insistencia de HDF y a la clara atribución de responsabilidad que recaía sobre ella.

Cuestión IX. RETSEP no incumplió sus obligaciones contractuales para con HDF, y no las tenía de ningún tipo hacia CASESP.

120. RETSEP se encargó de la instalación de la Torre de Absorción, al igual que de su mantenimiento (sus dos obligaciones principales). Pero todo ello siempre bajo el control y la

¹¹² Art 1.8 UNIDROIT *“Una parte no puede actuar en contradicción a un entendimiento que ella ha suscitado en su contraparte y conforme al cual esta última ha actuado razonablemente en consecuencia y en su desventaja”*.

¹¹³ Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, p. 141.

¹¹⁴ Según DÍEZ-PICAZO (1997, p. 212), para calificar un incumplimiento como grave o esencial, éste “debe afectar a la base o raíz del contrato, que debe ser fundamental, que debe afectar a lo más sustancial del contrato, frustrar el propósito comercial de la empresa o privar sustancialmente al acreedor del beneficio que las partes pretendían que obtuviera”.

supervisión de CASESP, quien le trasladó las instrucciones necesarias para el montaje y su adecuado mantenimiento. De este modo, era la demandada quien garantizaba el correcto funcionamiento e instalación de la mencionada Torre.

121. Así, RETSEP ha demostrado haber cumplido con sus obligaciones y las directrices facilitadas por CASESP -que fue a lo que se comprometió con HDF-, lo que esta misma reconoció con la consecución del hito de *Mechanical Completion*, y, más aún, con la del hito de Aceptación Provisional. Así, CASESP entendió que la planta estaba lista para su puesta en marcha (cláusula 25.2.2), y que todas las unidades se habían completado con éxito, bajo su propia supervisión, procediendo al comienzo de las Pruebas de Ejecución. En definitiva, RETSEP siguió escrupulosamente las directrices de CASESP, quien se encargaba de la ejecución global del proyecto. Por tanto, no es posible plantear un incumplimiento por parte de quien se limitó a seguir las instrucciones de quien debía seguirlas, de acuerdo con la estructura contractual diseñada por HDF.

122. CASESP es una empresa con gran experiencia y reputación internacional en este tipo de proyectos, la cual, además, posee, a través de sus filiales, la tecnología necesaria para llevar a cabo el objeto del contrato (entrega de una planta de fertilizantes). Por tanto, se esperaba un cumplimiento impecable de sus obligaciones. Sin embargo, lamentablemente, como se evidencia en los párrafos 112 a 116 de este escrito, en el presente caso no ha actuado con la diligencia debida, siéndole a ella directa y exclusivamente imputables todos los tipos de incumplimiento, especialmente el suministro de una Torre de Absorción defectuosa, que ha provocado un grave daño medioambiental.

123. Por otro lado, aunque hubiese existido -que no lo ha hecho- un incumplimiento contractual por parte de RETSEP, tal y como se puso de manifiesto en la respuesta a la demanda reconvenicional presentada, la articulación que se realizó entre los distintos contratos y las funciones de las partes de los mismos (los contratos EPC entre HDF-CASESP; y EPC y O&M entre HDF-RETSEP) suponía un solapamiento de los papeles de CASESP y de RETSEP; y ello precisamente con la idea de que, ante un eventual problema derivado de la ejecución del contrato, HDF pudiera accionar los mecanismos oportunos de exigencias de responsabilidad ante cualquiera de ellos. Ante este solapamiento de responsabilidades, que permiten apreciar una responsabilidad solidaria entre los contratistas (CASESP y RETSEP), HDF podía elegir contra quién ejercer las correspondientes acciones legales.

124. Por último, cabe señalar que no existe ni ha existido relación contractual alguna entre RETSEP y CASESP de la que pudieran derivarse obligaciones respecto de esta parte. A pesar de trabajar en un mismo proyecto, su relación era directa con HDF, pero indirecta entre ellas. Por ello, RETSEP no tiene ningún tipo de responsabilidad frente a CASESP.

Cuestión X. La naturaleza de los incumplimientos contractuales de CASESP es esencial.

Único. Con base en todo lo expuesto *ut supra*, la denegación injustificada de los derechos contractuales de HDF, es decir, la falta de entrega de una planta en perfecto estado de funcionamiento, así como la negativa posterior de CASESP a proceder a la sustitución de la Torre de Absorción, son claramente un incumplimiento esencial¹¹⁵. Procede una reducción en el precio.

125. Son estos derechos reconocidos por el art 7.2.3 Principios UNIDROIT. De acuerdo con el art. 25 CISG “*será esencial cuando cause a la otra parte un perjuicio tal que la prive sustancialmente de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato...*”. Este precepto se centra, pues, en el contrato en su conjunto, y la calificación de sustancial no ha de ser

¹¹⁵ CNUDMI, 2016, p. 113.pp 6.

necesariamente medida de forma cuantitativa, ni relacionarse con el daño realmente sufrido¹¹⁶; la Convención centra su atención en la insatisfacción del acreedor o en sus expectativas¹¹⁷.

126. La Secretaría de UNCITRAL sostiene que la determinación acerca de si un perjuicio es esencial debe realizarse a la luz de las circunstancias de cada caso, teniendo en cuenta, por ejemplo, el valor monetario del contrato, el perjuicio causado por el incumplimiento o la extensión en que éste interfiere con otras actividades de la parte perjudicada¹¹⁸.

127. Igualmente han de ser calificados como esenciales el incumplimiento en el plazo de las obligaciones y el deber de diligencia y supervisión¹¹⁹. La conculcación de varias obligaciones contractuales refuerza la esencialidad del incumplimiento, siempre que la parte perjudicada pierda el beneficio principal del contrato. Y es que CASESP no sólo ha incumplido la cláusula nº24 (servicios defectuosos), sino además la nº10 (estándar de cumplimiento), nº11 (responsabilidad del contratista), y nº23 (plazo de las obligaciones).

128. Los incumplimientos expuestos son esenciales y han privado sustancialmente a HDF de los resultados esperados del contrato, tal y como requieren la Convención y los Principios UNIDROIT (art. 7.3.1.a). No puede perderse de vista que se trata de un contrato de Ingeniería, Adquisiciones y Construcción, en el que se esperaba una garantía completa de eficiencia en la implementación del proyecto, y, con base en el art 5.1.4 Principios UNIDROIT, CASESP estaba obligada a alcanzar dicho resultado y emplear la diligencia que pondría en circunstancias similares una persona razonable de la misma condición.

129. Cabe apreciar que *“el hecho de que el incumplimiento de una parte se deba, por ejemplo, a la falta de ejecución de un tercero a quien ésta encomendó la ejecución de la totalidad o de una parte de dicha obligación, o debido a un impedimento más allá del control de la parte, no hace ninguna diferencia para efectos del Artículo 25”*¹²⁰, por lo que, aunque CASESP no haya ejecutado la instalación de la Torre de Absorción, esto no le exime de la responsabilidad civil contractual del incumplimiento que pueda deberse al dolo o culpa de un tercero.

130. Si el Tribunal considerara que el incumplimiento no fuese esencial, esto no evitaría que la demandada estuviera igualmente obligada a reparar los daños ocasionados¹²¹. Lo dicho es concordante también con los principios UNIDROIT, cuyo artículo 7.4.1 refiere que *“Cualquier incumplimiento otorga a la parte perjudicada derecho al resarcimiento”*, no siendo necesario, por tanto, que se trate de un incumplimiento esencial.

131. Esta parte interesa, al amparo de lo dispuesto en el art. 50 CISG y 7.4.1 Principios UNIDROIT, que se proceda a una reducción en el precio, por la *falta de conformidad* de las mercaderías. Nos oponemos a la resolución del contrato (art. 49 CISG y 7.3.1 Principios UNIDROIT) por los graves perjuicios que podría acarrear; así como a la sustitución o reparación (art. 46. 2 y 3 CISG, y 7.2.3 Principios UNIDROIT), dadas las tareas ya acometidas por CASESP. Todo ello al margen del papel de las cláusulas penales -véase la siguiente cuestión-, puesto que, sin perjuicio de observar los límites derivados de las cláusulas 26.2, 27.2 y 27.9 del contrato, son remedios compatibles.

¹¹⁶ Perales, 2001, p. 293.

¹¹⁷ Lauroba, 2013, p.1431.

¹¹⁸ Comentario de la Secretaría de UNCITRAL, 1978.

¹¹⁹ Según Schwenger y Muñoz, en relación con los llamados “incumplimientos múltiples”, “el estándar de un incumplimiento esencial no necesariamente debe alcanzarse mediante un solo incumplimiento”, ya que “si el obligado comete más de un incumplimiento bajo el mismo contrato, tales incumplimientos múltiples juntos pueden equivaler a un incumplimiento «esencial» de contrato, asumiendo que las demás condiciones del Artículo 25 se cumplan también” (2008, p.758).

¹²⁰ Schwenger y Muñoz, 2008, p. 753.

¹²¹ Schwenger y Muñoz, 2008, p.1228.

Cuestión XI. Procede asignar la responsabilidad medioambiental, derivada de los daños producidos por las fugas en la Torre de Absorción, a CASESP. Procede la ejecución íntegra de las cláusulas penales a favor de HDF.

A) Asignación de la responsabilidad medioambiental a CASESP.

132. Como hemos alegado y demostrado anteriormente, CASESP incumplió el contrato concluido con HDF, puesto que, debido a un problema con un equipo crítico para el proceso, la “Torre de absorción”, que se incluye dentro de la lista de “*Proprietary Equipment*”, y que fue suministrada por CASESP, se produjeron unas fugas en el mismo, que han provocado un daño medioambiental. De acuerdo con el informe preliminar de la planta de fertilizantes del ingeniero Tao Chi'en (Documento de la solicitud nº 9), de fecha 3 de enero de 2019, en concreto, el problema reside en unas fugas en dicho equipo, por las que se filtra el producto y se va depositando en el terreno circundante, produciendo una serie de efectos directos en el mismo, pero que también puede llegar a producir una serie de efectos indirectos e inciertos sobre los recursos hídricos de alrededor (en concreto, el río Andieta, que se encuentra a 10 kilómetros de la planta, y que es el principal río de Cervantia). Como consecuencia de todo ello, las autoridades de Cervantia han cerrado la planta y han abierto un expediente sancionador contra HDF, y, en principio, hasta que no se esclarezcan las consecuencias medioambientales y se cierre éste, no se reabrirá, en su caso, la planta, lo cual puede alargarse aproximadamente un año y medio (junio de 2021). Todo esto supone un incumplimiento de las cláusulas del contrato concernientes a la responsabilidad del contratista (nº 10 sobre estándar de cumplimiento, nº 11 sobre responsabilidad del contratista, nº 23 sobre el plazo de las obligaciones y nº 24 sobre servicios defectuosos), sin que la subcontratación suponga una causa de exención de la responsabilidad del contratista (cláusula 22).

133. De acuerdo con el artículo 7.2 de la Ley de Responsabilidad Ambiental 7/2001 de Cervantia (que es la que procede aplicar para resolver esta cuestión, como se defendió en la cuestión II)¹²², el operador que por cualquier actividad económica o profesional haya producido daños medioambientales, tiene el deber de adoptar las medidas apropiadas de evitación de nuevos daños, con independencia de que esté o no sujeto a obligación de adoptar medidas de reparación por aplicación de lo dispuesto en la ley. Por ello, ante la pasividad de CASESP al realizar las reparaciones necesarias en la Torre de Absorción, HDF le tuvo que encomendar dichas labores a RETSEP. De forma correlativa, establece el art. 9.1 un régimen de responsabilidad objetiva para el operador de las actividades enumeradas en el anexo III (donde se incluyen, en el apartado 4.3, las instalaciones químicas para la fabricación de fertilizantes) que cause daños medioambientales como consecuencia de tales actividades, estando obligado a ponerlo en conocimiento inmediato de la autoridad competente y a adoptar las medidas de reparación que procedan, aunque no haya incurrido en dolo, culpa o negligencia. Dichas medidas de recuperación incluyen las necesarias para, de forma inmediata, reparar, restaurar o reemplazar los recursos naturales y servicios de recursos naturales dañados, debiendo someter a la aprobación de la autoridad competente una propuesta de medidas reparadoras de los daños medioambientales causados (art. 10.1 y 2), pudiendo ser incluso ejecutadas directamente por las autoridades si no es posible identificar al operador, hay varios responsables y no es posible una distribución eficaz en el tiempo y en el espacio que garantice la correcta ejecución de las medidas, el operador encargado de la realización de las medidas incumpla su deber de llevarlas a cabo, etc. (art. 11).

134. En el presente arbitraje deben depurarse las eventuales responsabilidades medioambientales conforme al art. 15 de la mencionada Ley. Para determinar la atribución de responsabilidades, establece el art. 12.1 que los operadores de las actividades económicas o

¹²² Caso Moot Madrid: Doc. de la respuesta a la reconvenición nº 2, pp.65-68.

profesionales incluidas en la Ley están obligados a adoptar y a ejecutar las medidas de prevención, de evitación y de reparación de daños medioambientales y a sufragar sus costes, cualquiera que sea su cuantía, cuando resulten responsables de los mismos. Dispone el artículo 13.1 que, en el caso de existencia de una pluralidad de operadores y de que se pruebe su participación en la causación del daño, la responsabilidad será mancomunada.

135. En este caso, el único responsable es CASESP (y, en su caso, también su filial TRUEBA) pues era la encargada de suministrar la Torre de Absorción, que ha sido el equipo que ha provocado las filtraciones y el daño medioambiental objeto de expediente. No se puede imputar la responsabilidad a RETSEP, porque CASESP era la poseedora de los conocimientos técnicos necesarios para la fabricación y puesta en marcha del equipo y le correspondía supervisar las labores ejecutadas por RETSEP, habiendo incumplido también esta labor. Además, conforme al segundo apartado del art. 13 de la Ley medioambiental, en el supuesto de que el operador sea una sociedad mercantil que forme parte de un grupo de sociedades, la responsabilidad medioambiental podrá extenderse igualmente a la sociedad dominante cuando la autoridad competente aprecie utilización abusiva de la persona jurídica o fraude de ley. En este caso, aunque la tecnología la tenía a través de su filial TRUEBA (desconociendo aún qué ha producido exactamente las filtraciones de la Torre de Absorción, pudiendo ser un error de dicha filial), la sociedad dominante del grupo CASESP es igualmente responsable de las fallas presentes en la Torre.

136. En cualquier caso, HDF ha realizado todas las actuaciones posibles para evitar que continúe incrementándose el daño medioambiental y está dispuesta a colaborar con las autoridades para realizar todas las medidas de reparación necesarias, pero sin que le sea imputable la obligación de sufragar los costes de las mismas, en la medida en que, de acuerdo con el artículo 14.1.a), los daños medioambientales se produjeron exclusivamente por la actuación de un tercero ajeno al ámbito de la organización de la actividad (CASESP) e independiente de ella, a pesar de existir medidas de seguridad adecuadas.

137. En el propio contrato celebrado entre HDF y CASESP, se previó el régimen de la responsabilidad medioambiental del EPC. Se ha producido una contaminación [*“presencia en, dentro o debajo de la tierra, el aire o el agua de una sustancia (...) que presenta o tiene el potencial de presentar un riesgo de Daño Medioambiental, (...), o que podría dar lugar a un riesgo de incumplimiento de las Leyes aplicables para la protección del Medio Ambiente”*] y un daño ambiental (*“cualquier impacto adverso, directo o indirecto, real o amenazado, o daño al Medio Ambiente que no esté aprobado o permitido por las Leyes ambientales aplicables”*) dentro de los términos previstos en el propio contrato (cláusula 1, definiciones). Dentro del estándar de norma de ejecución del contrato, CASESP asumía el cumplimiento de sus obligaciones bajo el contrato, de acuerdo con los requisitos de *“salud, seguridad y medio ambiente”* (cláusula 10.1.5). Ante la posibilidad de iniciación de un expediente sancionador en materia medioambiental por las autoridades de Cervantia, se preveía en el contrato una cláusula penal de indemnización a HDF, que más adelante se comentará, siendo la misma independiente de cualesquiera otras responsabilidades, obligaciones o indemnizaciones que el contrato contemple por responsabilidad por contaminación o medioambiental (cláusula 27.9).

138. Determinante es la cláusula 28 del contrato, que establece que CASESP *“debe asegurarse y/o supervisar que todos los sub-contratistas cumplan con las regulaciones medioambientales de Cervantia y será totalmente responsable de su correcto desempeño. EPCM será totalmente responsable de cualquier daño como resultado de su incumplimiento”*. Añadiendo que, ante la apertura de un expediente sancionador por una autoridad medioambiental de Cervantia contra HDF, debería no sólo suministrar la información pertinente para esclarecer los hechos, sino asumir la responsabilidad y costes de toda contaminación y daño medioambiental que se produzca durante la ejecución de las obras, siendo responsables

de repararlo. Para ello, asume también las obligaciones de cumplir las instrucciones del representante del empleador o de cualquier autoridad gubernamental; desarrollar, implementar y monitorear un plan para la eliminación de toda contaminación y daño medioambiental del lugar, debiendo ser dicho plan aprobado por el Empleador; y organizar la eliminación de cualquier Contaminación descubierta en el curso de la excavación, construcción y finalización de las Unidades previstas. Por último, como cláusula de cierre, se establece expresamente que, ante un supuesto de contaminación o daño medioambiental, CASESP “*a menos que presente prueba de su falta de responsabilidad*”, deberá indemnizar a HDF.

139. Por todo ello, el daño medioambiental debe ser imputable a CASESP (y, en su caso a su filial Trueba dueña de la tecnología de la Torre defectuosa), imponiéndole a ella la eventual sanción y los costes de reparación del daño medioambiental causado. En el caso de que finalmente se condenara a HDF al pago de la sanción, CASESP debería reembolsarle el importe de la misma, en virtud de las cláusulas contractuales de responsabilidad medioambiental del contrato EPC anteriormente citadas.

B) Las cláusulas penales incluidas en el contrato y otras cuantías por daños líquidos.

140. En el contrato se pactaron diversas cláusulas penales¹²³, en las que se establece que, si alguna de las partes incumple injustificadamente las garantías reseñadas en el Contrato, podrá ser penalizada económicamente. Varios doctrinarios definen a la cláusula penal como una prestación que el deudor se compromete a pagar al acreedor por el incumplimiento o mero retraso de la obligación principal¹²⁴. Además, se deduce que coexisten dos clases de cláusulas penales, una de las cuales tiende a compensar el incumplimiento (cláusula 27.9 referente a la penalización de responsabilidad por contaminación) y la otra, que penaliza la mora, es decir, compensatoria y moratoria (cláusula 27.2 relativa a la indemnización por retraso en la entrega). HDF solicita la aplicación total de éstas.

141. La CISG no regula la cláusula penal, pero su art. 7.2.7 establece que las cuestiones no resueltas por ella se dirimirán de acuerdo con los principios generales. Cierta doctrina sostiene que la CISG debe ser interpretada a la luz de los Principios UNIDROIT¹²⁵. El art. 7.4.13 UNIDROIT prevé que, cuando el contrato estipule que la parte incumplidora debe pagar una suma a la parte perjudicada, ésta tiene derecho a cobrar sin tener en cuenta el daño efectivamente sufrido. Asimismo, los tribunales han considerado que la cláusula penal se ejecuta, en virtud de que lo pactado es ley para las partes.

142. Respecto al retraso injustificado en el hito de Aceptación Provisional por parte de CASESP, como esta parte ha puesto de manifiesto, el retraso producido desde enero de 2018 hasta abril del mismo año (3 meses) en la entrega de la Aceptación Provisional es imputable única y exclusivamente a la demandada. La cláusula 27 del contrato establece que “*Si alguna de las partes incumple injustificadamente las garantías de toda índole reseñadas en el presente Contrato podrá ser penalizado económicamente...*” y la cláusula 27.2, por su parte, dice que “*Las penalizaciones por retraso de los plazos relativos a la Aceptación Provisional establecidos en este Contrato, será de 1.000.000 EUR por semana de retraso*”. Por consiguiente, según lo expuesto en el contrato, en el caso que nos atañe, la penalización asciende a 12.000.000 EUR por los 3 meses de retraso injustificados.

143. En relación con el daño ambiental, partiendo de la definición de contaminación establecida en el contrato “*... cualquier aspecto del Medio Ambiente, o que podría dar lugar a un riesgo de incumplimiento de las Leyes aplicables para la protección del Medio Ambiente y*

¹²³ Contrato EPCM, cláusulas 27, 27.2 y 27.9.

¹²⁴ Gómez Calero, 1980, p. 53 / Díez-Picazo y Gullón, 2008, p. 457 / Díaz Alabart, 2011, p.218 /Gonzalez de Cossio, 2014, p. 239 / Lacruz Berdejo, 2013, p. 166.

¹²⁵ Wichard, 1996, p. 297/ Burkart,2000, p. 249-219/ Perales Viscasillas III, 2001 p. 293.

"Contaminante" es cualquier sustancia que cause Contaminación", es evidente que este tribunal debe condenar a CASESP al pago de 5.000.000 EUR como indemnización, en virtud de la cláusula 27.9 del contrato, la cual establece que *"Si una Autoridad Competente en materia Medioambiental inicia un expediente administrativo sancionador [...] el Contratista, salvo prueba en contrario, deberá indemnizar al Cliente con la cantidad de 5,000,000 EUR"*, penalización establecida con independencia de otras responsabilidades, obligaciones o indemnizaciones que el contrato prevea.

144. En este punto, cabe señalar que el motivo por el que se seleccionó a CASESP como empresa contratista es su probada experiencia y reputación, especialmente en materia de prevención del daño ambiental. A diferencia de otros operadores, CASESP se ha distinguido en el pasado por unos protocolos y un proceso de toma de decisiones en riesgos relativamente remotos, pero de impacto potencialmente alto. Esto adquiere sentido en el contexto de una jurisdicción como Cervantia, donde se ha aprobado una legislación de protección del medioambiente especialmente exigente, incluyendo la Ley de Responsabilidad Ambiental 7/2001, reformada en 2011. Por lo expuesto, y ante el incumplimiento de la demandada de sus obligaciones demostrado en este escrito, también se solicita al tribunal que condene a CASESP al reembolso de la sanción que resulte finalmente impuesta a HDF por la administración.

145. Con referencia a los costes de restitución de la Torre de Absorción, la cláusula 24.2.2 del contrato establece que *"EPCM se asegurará de que el defecto relevante se rectifique"* y la cláusula 24.3 expresa que *"Si EPCM no puede remediar o volver a realizar los Servicios defectuosos...el Empleador puede, mediante notificación a EPCM, llevar a cabo el trabajo correctivo por sí mismo o por otros, y EPCM deberá pagar o permitir los costes adecuados del empleador al hacerlo"*, por lo que se solicita al tribunal que condene a CASESP al pago de los costes de restitución.

146. Esta parte solicita, además, sin perjuicio de las cuantías anteriores, que se condene a CASESP al pago de 1.440.000 EUR en concepto de daños líquidos, por el beneficio dejado de obtener durante el periodo de parada de la planta (lucro cesante). En el contrato, *"EPCM garantiza al Empleador que, durante la Prueba de ejecución, las Unidades deberán cumplir con todas las Garantías de ejecución"* (cláusula 25.1), estableciendo que, si una unidad no logra el nivel de rendimiento mínimo, el empleador tendrá derecho a *"exigir que EPCM pague o permita daños liquidados de rendimiento"*, según lo establecido en la cláusula 25.3.8 (c). La cuantía ha sido calculada tomando como base el valor estimado del contrato pactado por las partes, el cual fue de 120.000.000 de euros, con una comisión del 12%, para asumir cualquier tipo de contingencias, respetando la limitación establecida en la cláusula 25.3.12, en la que se establece que el monto total de los daños liquidados por ejecución en ningún caso podrá *"(a) exceder el diez por ciento (10%) del agregado del valor total estimado (o suma global si esto ha sido acordado por las Partes) de los Servicios y el margen de beneficio de EPCM en las Obras según lo establecido en el Presupuesto de Control del Proyecto de vez en cuando"*. Este porcentaje de daños liquidados por ejecución representa, según lo establecido en la cláusula 25.3.11 del contrato, *"una estimación razonable acordada de pérdidas que el Empleador sufrirá como resultado del incumplimiento de EPCM la Garantía de Ejecución aplicable, y no constituye una sanción"*.

147. Finalmente, es preciso recalcar que salvo, que se estipule lo contrario en el contrato, *"ninguna aprobación, expresión de satisfacción, comentario, revisión, inspección de prueba, pago o certificado que el Empleador haya hecho o entregado (o cualquier falta de hacer o dar lo mismo) bajo el Contrato, liberará a EPCM de cualquiera de sus obligaciones, riesgos o responsabilidades"* (cláusula 26.3).

PETICIONES AL TRIBUNAL ARBITRAL:

En respuesta a las Órdenes Procesales del Tribunal (OP1, de fecha 7 de noviembre de 2019 y OP2, de fecha 29 de noviembre de 2019) y la respuesta a la solicitud de arbitraje (de fecha 15 de septiembre de 2019), así como la respuesta a las alegaciones y solicitud adicionales (de fecha 5 de octubre de 2019), se formulan las siguientes peticiones, correspondientes tanto a nuestra demanda como a nuestra respuesta a la reconvenición, al Tribunal Arbitral.

Teniendo en cuenta las razones y argumentos que se formulan en este escrito, se solicita al Tribunal Arbitral que declare:

1. Que el tribunal arbitral no es competente para conocer de la demanda reconvenicional interpuesta por CASESP frente a RETSEP (Cuestión I).
2. Que el tribunal arbitral es competente para conocer de la disputa relativa a la potencial asignación de responsabilidad ambiental con arreglo a la Ley de Responsabilidad Ambiental de Cervantia, debiendo admitirse la intervención de la Administración cervantina como tercero en el procedimiento (Cuestión II).
3. Que el tribunal arbitral no es competente para resolver el problema relativo al conflicto de interés alegado por CASESP en relación con su relación contractual con Mampato Abogados Internacionales. Subsidiariamente, no procede la remoción de la Sra. Isabel Allende como letrada de HDF y RETSEP (Cuestión III).
4. Que la Corte es competente para resolver la cuestión relativa a la falta de independencia o imparcialidad del árbitro designado por esta parte (Sr. XXX), debiendo estimar la recusación solicitada y proceder a la sustitución del árbitro (Cuestión IV).
5. Que los contratos de Ingeniería, Adquisiciones y Construcción (EPC) y de Operación y Mantenimiento (O&M) suscritos entre HDF y RETSEP presentados por CASESP no son admisibles como prueba en el presente procedimiento (Cuestión V).
6. Que no es pertinente ordenar la producción de información relativa a la relación entre HDF y RETSEP (Cuestión VI).
7. Que el contrato celebrado entre HDF y CASESP es un EPC y que las normas aplicables al mismo son la CISG y los Principios UNIDROIT, habiendo incumplido CASESP el contrato (Cuestión VII)
8. Que HDF se vio obligada a incumplir la cláusula de confidencialidad; por lo que es un incumplimiento justificado (Cuestión VIII).
9. Que RETSEP no incumplió sus obligaciones contractuales para con HDF, y, no las tenía de ningún tipo hacia CASESP (Cuestión IX).
10. Que la naturaleza de los incumplimientos contractuales de CASESP es esencial y que procede una reducción en el precio, al margen del papel de las cláusulas penales (Cuestión X).
11. Que procede asignar la responsabilidad medioambiental, derivada de los daños producidos por las fugas en la Torre de Absorción, a CASESP, procediendo la ejecución íntegra de las cláusulas penales a favor de HDF (Cuestión XI).