



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 DEMANDADA**



ESTUDIANTES

Andrea Isabel Orellana Toapanta | Juan Manuel Ramírez Cirera

ENTRENADORES

Cristina Cano Ortega | María del Mar Gómez Lozano

En nombre y representación de

La Casa de los Espíritus, S.A. (CASESP)

Avda. Atahualpa, no. 99

Ciudad de Incaïna (Andina)

Tel.: (22) 327 79 58 / Fax: (22) 327 79 68

info@CASESP.an

DEMANDADA RECONVINIENTE

contra

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

Arbitraje CAM 3000-19/CC

“Miguel era un estudiante pálido, de ojos afiebrados, pantalones desteñidos y botas de minero en el último año de Derecho. [...] Estaba inflamado por la más incontrolable pasión: buscar la justicia”. La Casa de los Espíritus (Isabel Allende).

ÍNDICE

CUESTIONES PROCESALES	11
CUESTIÓN I. EL TRIBUNAL ARBITRAL ES COMPETENTE PARA CONOCER TANTO DE LA DEMANDA INTERPUESTA POR HDF FRENTE A CASESP COMO DE LA DEMANDA RECONVENCIONAL INTERPUESTA POR CASESP FRENTE A HDF Y RETSEP. SUBSIDIARIAMENTE, DEBE ADMITIRSE LA INTERVENCIÓN DE RETSEP COMO TERCERO EN EL PROCEDIMIENTO	11
<i>A) Existe consentimiento implícito por parte de RETSEP, por lo que estamos ante una verdadera parte del contrato EPCM y, por ende, del convenio arbitral (cláusula 8.3 del contrato EPCM)</i>	<i>11</i>
<i>B) HDF ha renunciado tácitamente a su derecho a objetar, admitiendo, por tanto, que RETSEP es parte del convenio arbitral</i>	<i>12</i>
<i>C) Subsidiariamente, debe extenderse el convenio arbitral a RETSEP, incluyéndolo como tercero en el procedimiento.....</i>	<i>13</i>
<i>D) Si el tribunal arbitral no entra a conocer de la demanda arbitral respecto de RETSEP, el laudo arbitral podría ser anulado y su reconocimiento y ejecución denegados, y ello por vulneración del derecho de defensa de CASESP</i>	<i>15</i>
CUESTIÓN II. EL TRIBUNAL ARBITRAL CARECE DE COMPETENCIA PARA CONOCER DE LA DISPUTA RELATIVA A LA POTENCIAL ASIGNACIÓN DE RESPONSABILIDAD, MUCHO MENOS BAJO LA LEY DE RESPONSABILIDAD AMBIENTAL DE CERVANTIA	15
<i>A) Esta materia no es arbitrable en abstracto. Su enjuiciamiento sólo puede llevarse a cabo por la justicia ordinaria.....</i>	<i>15</i>
<i>B) Subsidiariamente, el convenio arbitral no contenía y, en todo caso, no podía contener la resolución de conflictos sobre esta materia mediante arbitraje internacional, mucho menos bajo la Ley de Responsabilidad Ambiental de Cervantia</i>	<i>17</i>
<i>C) Tampoco resulta posible la intervención de la Administración cervantina en el procedimiento. El RCAM no lo permite y tal cosa conllevaría la quiebra del derecho a un proceso justo y equitativo.....</i>	<i>18</i>
<i>D) Si el tribunal arbitral admite su competencia para resolver esta disputa y/o la intervención como “interesado” de la Administración de Cervantia, se posibilitaría una acción de nulidad, así como la denegación del reconocimiento y ejecución del laudo arbitral.....</i>	<i>18</i>
CUESTIÓN III. EL TRIBUNAL ARBITRAL ES COMPETENTE PARA CONOCER DEL CONFLICTO DE INTERÉS MAI-CASESP, DEBIENDO AQUEL ORDENAR A HDF Y RETSEP UN CAMBIO DE REPRESENTACIÓN LETRADA.....	19
<i>A) El tribunal arbitral goza de facultades inherentes, al amparo de la LMA, para conocer de este conflicto de interés</i>	<i>19</i>
<i>B) No existe una barrera “efectiva” de bloqueo de información. En adición, la Sra. Isabel Allende, como socia del despacho MAI, ha actuado transgrediendo el principio de buena fe, con el único fin de torpedear la defensa de CASESP y la integridad del procedimiento.....</i>	<i>20</i>
<i>C) No se viola el principio de libertad de elección de representación letrada</i>	<i>22</i>
<i>D) Si el tribunal arbitral no ordena a HDF y RETSEP que cambien de representación letrada, se propicia una acción de nulidad del laudo arbitral y se imposibilita el reconocimiento y ejecución del mismo.....</i>	<i>23</i>
CUESTIÓN IV. LA CORTE NO ES LA COMPETENTE PARA RESOLVER LA CUESTIÓN RELATIVA A LA FALTA DE INDEPENDENCIA O IMPARCIALIDAD DEL ÁRBITRO DESIGNADO POR LA PARTE DEMANDANTE, SINO EL TRIBUNAL ARBITRAL. EN CASO DE QUE NO SE ACUERDE LA REMOCIÓN DE LA SRA. ISABEL ALLENDE, DEBE ESTIMARSE LA RECUSACIÓN DEL MENCIONADO ÁRBITRO 23	
<i>A) Posición de CASESP en relación con el nombramiento del árbitro Sr. XXX.....</i>	<i>23</i>
<i>B) La competencia para resolver el conflicto sobre la falta de independencia del árbitro Sr. XXX es del tribunal arbitral</i>	<i>24</i>
<i>C) Si no se atiende la remoción de la representación legal de la parte demandante y se acuerda la recusación solicitada por ésta, se debe proceder a la adopción de diversas medidas que garanticen la continuidad del procedimiento, con respeto a los principios de la institución arbitral</i>	<i>25</i>

CUESTIÓN V. LOS CONTRATOS EPCM Y O&M CONCLUIDOS ENTRE HDF Y RETSEP, Y APORTADOS POR CASESP AL PROCEDIMIENTO, HAN DE SER ADMITIDOS COMO PRUEBA POR EL TRIBUNAL ARBITRAL	26
<i>A) HDF y RETSEP no han demostrado la ilicitud en la obtención de la prueba.....</i>	<i>26</i>
<i>B) Subsidiariamente, incluso si los contratos se hubieran obtenido de forma ilícita, deben ser admitidos como prueba, dada su extraordinaria relevancia en esta disputa</i>	<i>26</i>
CUESTIÓN VI. EL TRIBUNAL ARBITRAL DEBE ORDENAR LA PRODUCCIÓN DE INFORMACIÓN RELATIVA A LA RELACIÓN ENTRE HDF Y RETSEP	27
<i>Único. El esclarecimiento de la verdadera relación que une a HDF y RETSEP es de la máxima relevancia a los efectos de una posible extensión del convenio arbitral, así como en lo relativo a la asignación de responsabilidad. Las fuentes de prueba existentes en esta materia no resultan suficientes</i>	<i>27</i>
CUESTIONES SOBRE EL FONDO DE LA CONTROVERSI A.....	29
CUESTIÓN VII. SON APLICABLES ÚNICAMENTE LOS PRINCIPIOS UNIDROIT; NO PROCEDE LA APLICACIÓN DE LA CONVENCION DE VIENA. EL CONTRATO CELEBRADO ENTRE HDF Y CASESP ES DE INGENIERÍA, ADQUISICIONES Y GESTIÓN DE LA CONSTRUCCIÓN (EPCM). CASESP ACTUÓ DILIGENTEMENTE EN EL CUMPLIMIENTO DE SUS OBLIGACIONES CON ARREGLO AL CONTRATO.....	29
<i>A) No es aplicable la Convención de Viena, sino los Principios UNIDROIT</i>	<i>29</i>
<i>B) El contrato celebrado entre HDF y CASESP es de Ingeniería, Adquisiciones y Gestión de la Construcción (EPCM), por lo que CASESP no puede asumir la responsabilidad de ejecución, sino únicamente las derivadas de la tarea de supervisión propiamente dicha.....</i>	<i>31</i>
<i>C) CASESP actuó diligentemente en el cumplimiento de sus obligaciones, con arreglo al contrato, y cumplió con el procedimiento de “obra defectuosa”</i>	<i>34</i>
CUESTIÓN VIII. HDF INCUMPLIÓ SUS OBLIGACIONES CONTRACTUALES PARA CON CASESP. 36	36
<i>A) El retraso imputable a HDF perjudicó y retrasó la conclusión del hito Mechanical Completion</i>	<i>36</i>
<i>B) HDF incumplió la obligación de confidencialidad contemplada en el contrato (cláusulas 17-18 del contrato EPCM)</i>	<i>37</i>
CUESTIÓN IX. RETSEP INCUMPLIÓ SUS PRINCIPALES OBLIGACIONES CONTRACTUALES PARA CON HDF, LO CUAL PONE DE MANIFIESTO SU ABSOLUTA RESPONSABILIDAD SOBRE LOS DAÑOS EN LA TORRE DE ABSORCIÓN Y SU RESPONSABILIDAD AMBIENTAL	40
CUESTIONES X Y XI. LA ASIGNACIÓN DE RESPONSABILIDAD, LOS REMEDIOS Y EL PAPEL DE LAS CLÁUSULAS PENALES.....	42
<i>A) Incumplimiento en el suministro de las Utilities</i>	<i>42</i>
<i>B) Incumplimiento de la cláusula de confidencialidad.....</i>	<i>42</i>
<i>C) Inexistencia de incumplimiento alguno por parte de CASESP.....</i>	<i>43</i>
PETICIONES AL TRIBUNAL ARBITRAL	44

ABREVIATURAS

art. / arts.	artículo / artículos
c.	contra
CAM	Corte de Arbitraje de Madrid
CASESP	La 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 de Nueva York sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras
D.R	Documento de la respuesta: Caso Moot Madrid
D.S	Documento de la solicitud: Caso Moot Madrid
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>
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

CAIVANO ROQUE J: <i>Arbitraje y grupos de sociedades. Extensión de los efectos de un acuerdo arbitral a quien no ha sido signatario</i> , 2006, pp. 125 y 129
CALVO CARAVACA y FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA: <i>Contratos Internacionales</i> , 1997, p. 1748, párr. 13 y p. 1752.
Comisión consultiva sobre la Ley de Arbitraje de Reino Unido (U.K. Department Advisory Committee on Arbitration Law): Report on the Arbitration Bill 184, 1997
CONEJERO ROOS C. y IRRÁ DE LA CRUZ R: <i>La extensión del acuerdo arbitral a partes no signatarias en la ley de arbitraje peruana: algunas lecciones del derecho comparado</i> , 2013, p.70
DERAINS y LEVY: <i>Is Arbitration only as good as the Arbitrator? Status, Powers and Role of the Arbitrator</i> , Dossier of the ICC Institute of World Business Law, 2011, pág. 84
DERAINS: <i>Towards Greater Efficiency in Document Production before Arbitral Tribunals: A Continental Viewpoint</i> , ICC International Court of Arbitration Bulletin, Special Supplement, Document Production in International Arbitration, 2006.
DÍEZ-PICAZO y GULLÓN: <i>Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial</i> , Thomson-Civitas, 2007, p. 489
DONOSO BUSTAMANTE, A. C., <i>Análisis de derecho comparado, las reglas de arbitraje de la CNUDMI</i> , Ius Humani. Revista de Derecho, Vol. 2 (2010/2011), dic. 2011, págs. 147-176
FERNÁNDEZ EGEA R.: <i>La protección del medio ambiente por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: últimos avances jurisprudenciales</i> , RJUAM, nº 31, 2015, p. 1
FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., “ <i>Contenido ético del deber de revelación del árbitro y consecuencias de su trasgresión</i> ”, Arbitraje, vol. VI, nº 3, 2013, pp. 799–839
FRANCO PUJOL O. y MUÑOZ ROJO R.: <i>La remoción del abogado en el arbitraje internacional ¿una alternativa viable?</i> , 2018, pp. 4, 5, 6 y 9
GARRO y PERALES: <i>Opiniones del Consejo Consultivo de la Convención de Viena sobre Compraventa internacional de mercaderías (CISG-AC)</i> , ADC, tomo LXI, 2008, fasc. III, pp. 1389-1471.
GLAVINIS P: <i>Le Contrat international</i> , Paris, 1993, p.399
GÓMEZ GUZMÁN J.: <i>Contratos de costes reembolsables</i> , Observatorio de Contratación Pública, 2014
HERNÁNDEZ A.: <i>Los contratos internacionales de construcción “llave en mano”</i> , Universidad de Cantabria, 2014, pp. 161-235
HONNOLD, J.O: <i>Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention</i> , Kluwer Law International, 3ª edición, 1999
IGRA - International General Rules of Agreement Between Client & Consulting Engineer for Project Management, FIDIC, 1980, pp.29-30
JAIN NITYA: <i>Can an Arbitral Tribunal Admit Evidence Obtained through a Cyber-Attack?</i> Kluwer Law International, 2019

JOHN B.: <i>Admissibility of Improperly Obtained Data as Evidence in International Arbitration Proceedings</i> , Kluwer Law International, 2016,
KABRA R.: <i>Defining the contours of a commercial arbitral tribunal: can ICSID decisions confer an inherent power on the tribunal to regulate appointment of counsels?</i> Revista de Arbitraje de la Comunidad Iberoamericana, p. 8
KAUFMANN-KOHLER y BARTSCH: <i>Discovery In International Arbitration: How Much is Too Much?</i> , Schiedsvz, Heft 1, 2004, p. 18
KUBALCZYK A.: <i>International Arbitration and Procedure Evidentiary Rules in International Arbitration – A Comparative Analysis of Approaches and the Need for Regulation</i> , Groningen Journal of International Law, 2015, p.19
MULLERAT, R., “ <i>Normas jurídicas y éticas en el arbitraje: la independencia e imparcialidad de los árbitros</i> ”, en <i>El futuro del arbitraje comercial en España</i> , Document Pi i Sunyer 27, Barcelona, 2004, pgs. 5-12
OVIEDO ALBÁN, J.: <i>La unificación del Derecho Privado: UNIDROIT y los principios para los contratos comerciales internacionales</i> , 2002
PARAGUACUTO D., BAYONA L. J. y GALLARDO, R.: <i>La interrelación entre el juez y el árbitro internacional. Estudio comparativo entre Francia y Colombia</i> , Misión jurídica. Revista de Derecho y Ciencias Sociales, núm. 7, 2014, p. 251-286.
PÉREZ DE LA CRUZ, NAVARRO JIMÉNEZ y BRAVO ABOLAFIA: <i>La extensión del convenio arbitral a terceros no firmantes</i>
REDFERN y HUNTER: <i>Theory and Practice of International Commercial Arbitration</i> , 6th Ed, 2016, p. 91, 116 y 117
ROBALINO, D. y SUÁREZ, L.: <i>Arbitraje en disputas ambientales: Análisis comparado</i> , Revista ecuatoriana de arbitraje, p.1
ROGERS C.: <i>Guerrilla Tactics in International Arbitration: Ethics, Practice, Remedies</i> , The Pennsylvania State University, 2013.
ROUX, S.: <i>EPC and EPCM Contracts: Risk Issues and Allocation</i> , 2014.
SAI RAMANI GARIMELLA: <i>Environmental dispute resolution, ADR methods and the PCA arbitration rules</i> , South Asian University, 2016
SCHLECHTRIEM y HERBER: <i>Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)</i> , 1ª ed., Oxford, 1998, artículo 3, núm. 8.
SCHLECHTRIEM, P.: <i>Uniform Sales Law - The Experience with Uniform Sales Laws in the Federal Republic of Germany</i> , Juridisk Tidskrift, 1991- 1992, pp. 1-28
SILVA ROMERO y VELARDE SAFFER: <i>La extensión del convenio arbitral a partes no signatarias en Europa: ¿un enfoque uniforme?</i> , p. 1
SQUIRE W. y MURPHY M.: <i>The Impact of fast Track Construction and construction management on subcontractors</i> , 1983, p.65
UNCITRAL (1998): <i>Legal Guide on Drawing Up International Contracts for the Construction of Industrial Works</i> .
UNECE (1983): <i>Guide for drawing up international contracts on consulting engineering including some related aspects of technical assistance</i> .

UNIDO: Guidelines for evaluation of transfer of technology agreements, *Development and Transfer of Technology Series*, No. 12, 1979, New York.

VASSILAKAKIS E.: *The Challenge of the Arbitrator and Its Impact on the Functioning of the Arbitral Tribunal*, Czech (and Central European) Yearbook for Arbitration 2014, pp. 249-266.

WILSK S.: *Sanctions against counsel in international arbitration – possible, desirable or conceptual confusion?* 2015

YUNIS YAMILA C.: *La conciliación internacional en el derecho ambiental como medio de solución de controversias*, 2015

ŽIVKOVIĆ P.: *From Our Archives: Admitting Illegally Obtained Evidence in International Arbitration*, Kluwer Law International, 2019

TEXTOS LEGALES

Convenio de Nairobi de 1992	
Código Civil Francés	
Código de Buenas Prácticas Arbitrales de 2019	Club Español del Arbitraje
Código de Procedimiento Civil de Madre Patria	
Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías de 1980	CNUDMI
Convención de Nueva York sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras de 1958 (CNUDMI)	CNUDMI
Convención Europea de Derechos Humanos	Consejo de Europa
Convenio de Estocolmo sobre Contaminantes Orgánicos Persistentes de 2001	
Convenios de Helsinki de 1992	
Directrices IBA sobre conflictos de interés en arbitraje internacional, 2014	International Bar Association
Ley de Arbitraje de Madre Patria	
Ley de Responsabilidad Ambiental de Cervantia	
Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1985 con las enmiendas aprobadas en 2006	CNUDMI
Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales	International Institute for the Unification of Private Law
Reglamento de la Corte de Arbitraje de Madrid de 2015	Corte de Arbitraje de Madrid

JURISPRUDENCIA

Case N° 5721 de la Cámara de Comercio Internacional
Case N° 5730 de la Cámara de Comercio Internacional
Case N° 7110 de la Cámara de Comercio Internacional
Caso N° 4972 de la Cámara de Comercio Internacional
Caso UNCITRAL no publicado (§43)
Commercial Court Zürich, Switzerland, 9 July 2002 (<i>Turnkey plant case</i>)
<i>Dow Chemical France v ISOVER Saint Gobain (France) CC Case No. 4131/1982</i>
<i>Fraport c. Filipinas</i>
Germany, 7 december 2017, Bundesgerichtshof (Plant for the production of potato chips)
<i>Granomar c. Interagra</i>
<i>Gvozdenovic c. United Air Lines, Inc.</i>
<i>International Paper Company c. Schwabedissen Maschinen y Anlagen GMBH</i>
<i>J.J. Ryan e Hijos c. Rhone Poulenc Textile, S.A.</i>
<i>Khatib Petroleum Services International Co. c. Care Construction Co. y Care Service Co.</i>
<i>Merrill Lynch, Pierce, Fenner y Smith c. Eddings</i>
<i>The Rompetrol Group, N.V. c. Rumanía</i>
<i>Thomson-CSF, S.A. c. American Arbitration Association</i>
<i>Zander c. Suecia</i> , STEDH de 25 de noviembre de 1993
<i>República de Ghana c. Telekom Malaysia Berhad</i>
<i>Caratube International Oil Company LLP y Devincti Salah Hourani c. República de Kazajistán</i>

CUESTIONES PROCESALES:

Cuestión I. El tribunal arbitral es competente para conocer tanto de la demanda interpuesta por HDF frente a CASESP como de la demanda reconvenicional interpuesta por CASESP frente a HDF y RETSEP. Subsidiariamente, debe admitirse la intervención de RETSEP como tercero en el procedimiento.

1. Es pacífico que este tribunal arbitral es competente para conocer de la demanda interpuesta por HDF frente a CASESP, así como de la demanda reconvenicional que ésta procede a interponer frente a aquella. Todo ello se deriva de la cláusula 8.3 del contrato EPCM, que contiene el convenio arbitral.

2. Sin embargo, en su escrito de demanda (§15), la mercantil demandante niega la competencia del tribunal para conocer de la demanda reconvenicional que nuestra representada ha anunciado (y mediante este escrito interpone) frente a RETSEP, por, a su juicio, no existir consentimiento. Esto no puede ser aceptado y, por contra, con base en el principio *kompetenz-kompetenz* [art. 8.1.b) RCAM], el tribunal arbitral debe considerarse competente para conocer de dicha demanda reconvenicional.

A) Existe consentimiento implícito por parte de RETSEP, por lo que estamos ante una verdadera parte del contrato EPCM y, por ende, del convenio arbitral (cláusula 8.3 del contrato EPCM).

3. Esta parte no discute que el consentimiento sea la piedra angular del arbitraje (§16 del escrito de demanda). Sin embargo, este consentimiento puede ser otorgado de diferentes formas, y no sólo de modo explícito (como así reconoce la actora en §26 de su escrito). En este sentido, como bien recoge el art. 2.1.1 Principios UNIDROIT, “*El contrato se perfecciona mediante la aceptación de una oferta o por la conducta de las partes que sea suficiente para manifestar un acuerdo*”. Así las cosas, el principio de relatividad de los contratos (mencionado por la demandante en §18 y recogido en el art. 1.3 Principios UNIDROIT), incluye no sólo a aquellas partes que formalmente son parte del acuerdo contractual, sino también a aquellas otras que, aun no siendo aparentes, *de facto* son parte del mismo.

4. Según Caivano (p. 129), “*los contratos pueden nacer mediante un consentimiento tácito, aunque no exista un documento expreso, infiriendo el acuerdo de voluntades a través de las conductas de las partes”*. Precisamente esto fue entendido en el caso *Merrill Lynch, Pierce, Fenner y Smith c. Eddings*, y en *International Paper Company c. Schwabedissen Maschinen y Anlagen GMBH*. En este mismo sentido, como bien recoge la demandante en el §28 de su escrito, citando a Conejero e Irra (p. 70), “*La circunstancia de que una parte haya tenido una participación directa y determinante en la negociación, celebración, ejecución o terminación del contrato es un muy buen indicio para considerar que dicha parte ha consentido en formar parte del convenio arbitral*”. Por otro lado, arguye la contraparte en el §29 de su escrito, citando a Wald, que “*son requisitos para que la cláusula arbitral se extienda a no signatarios, el hecho de que los mismos hayan desempeñado un papel activo en las negociaciones de las cuales surgió el contrato en el que se incluyó la cláusula arbitral*”. Por último, añade en su §32, citando a la Corte de Apelación de París en el caso *Granomar c. Interagra*, que la validez de un convenio arbitral alcanza “*a partes directamente involucradas en la ejecución contractual, y en las disputas que puedan derivarse de ella, una vez que se haya establecido que su posición contractual y su conducta demuestran que han aceptado el acuerdo arbitral su existencia y su alcance, a pesar de que no lo hayan firmado*”. Sin embargo, no entra a argumentar una ausencia de participación en la negociación y ejecución que determine la ausencia de consentimiento implícito.

5. Así las cosas, parece claro, sin modificar un ápice de la reflexión expuesta de la mercantil cervantina, que, si se demuestra una especial participación por parte de RETSEP en la negociación y/o ejecución del contrato EPCM, cabrá concluir que RETSEP prestó consentimiento implícito al convenio arbitral y que, por ende, es una parte del mismo, exactamente en las mismas condiciones que HDF y CASESP.

6. Pues bien, partiendo de esta base legal, son numerosos los argumentos fácticos que nos llevan a afirmar con rotundidad tal cosa. En todo caso, no puede negarse su participación intensísima en la negociación: HDF, claramente auspiciada por RETSEP -que era la que en realidad ordenaba la introducción de estos elementos en el contrato-, se encargó de trasladar a CASESP que, si ésta se negaba a incluir a RETSEP en la estructura de la operación, decaería su acuerdo. Resulta ello evidente de las distintas comunicaciones que D. Esteban Trueba, consejero de CASESP y consejero delegado de TRUEBA, mantuvo con D^a. Aurora del Valle (documento de la respuesta n° 4) y D^a. Paulina del Valle (documento de la respuesta n° 5). Como bien se recoge en nuestro escrito de respuesta a la solicitud de arbitraje (§13), “D. Esteban, con suficiente experiencia en este tipo de operaciones para entender cuándo una petición es, en realidad, una exigencia para llevar a cabo la transacción, accedió a la petición, y dejó constancia de la conversación...”. Pero, además, por lo que respecta a la ejecución del contrato EPCM, es tan clara la participación de ésta en la ejecución del mismo, que incluso HDF ha reconocido explícitamente el solapamiento de tareas (escrito de respuesta a la demanda reconvenicional, §5).

7. Es precisamente la presencia de este conjunto de argumentos lo que ha motivado el especial interés que HDF ha demostrado repetidamente en ocultar el papel de RETSEP (por ejemplo, en el documento de la solicitud n° 2 parece olvidarse de su existencia). Si no se admitiese que ésta es parte del contrato, se estaría produciendo una vulneración de los actos propios (*venire contra factum proprium*) -art. 1.8 Principios UNIDROIT- y transgrediendo el deber de buena fe (art. 1.7 Principios UNIDROIT).

8. Todo ello nos conduce a afirmar la existencia de consentimiento explícito, y a, por ende, entender que RETSEP es parte del convenio arbitral.

B) HDF ha renunciado tácitamente a su derecho a objetar, admitiendo, por tanto, que RETSEP es parte del convenio arbitral.

9. De acuerdo con el art. 4 LMA -*lex arbitrii*- (renuncia al derecho a objetar), “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”. Por su parte, dice el art. 22 RCAM (renuncia tácita a la impugnación) 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”. Estos dos preceptos deben ponerse en relación con los arts. 4.5 (“La Corte y los árbitros velarán en todo momento por que los plazos se cumplan de forma efectiva y procurarán evitar dilaciones”) y 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”).

10. De este modo, si esta parte demuestra que a HDF se le otorgó un plazo para oponerse a la posibilidad de admitir la demanda reconvenicional interpuesta por nuestra mandante frente a RETSEP por ser ésta parte del convenio arbitral y que aquella no lo denunció dentro de dicho plazo, habrá renunciado a su derecho a objetar (en términos de la LMA) o a la impugnación (en términos del RCAM). Y esto es efectivamente lo que ha pasado, por lo que, al menos de forma

implícita, HDF ha admitido que RETSEP es parte del convenio arbitral y que, por ende, no existe problema alguno para la admisión de la demanda reconvenicional respecto de esta última.

11. En efecto, puesto que CASESP anunció su demanda reconvenicional con base en el hecho de que RETSEP es parte del contrato EPCM (como así, además, se ilustra en el *petitum* del escrito de respuesta a la solicitud de arbitraje y anuncio de reconvenición), la Corte de Arbitraje de Madrid, en su Comunicación S-3 (§4), de fecha 17 de septiembre de 2019, hace saber a las partes que “*la Demandada Reconviniente formula demanda frente a RETRATO EN SEPIA CO (RETSEP), considerando que ésta es parte del contrato, y que debe ser parte de este procedimiento. Por consiguiente, invitamos a HIJA DE LA FORTUNA, S.A. (HDF) para que, en el mismo plazo conferido en el párrafo 2 de esta comunicación [10 días -es decir, hasta el 27 de septiembre de 2019-], formule las alegaciones que a su derecho convengan en relación con esta cuestión”.*

12. Sin embargo, en su escrito de respuesta a la demanda reconvenicional, de fecha 25 de septiembre de 2019, HDF y RETSEP se limitan a designar a la misma representación letrada (D.^a Isabel Allende), personándose esta última de forma espontánea en el procedimiento, “*para evitar que sus [nuestras] acusaciones infundadas puedan generar artificialmente discrepancias entre HDF y RETSEP*”. De modo que nada alegan HDF y RETSEP a este respecto, limitándose a tratar otras cuestiones en el mencionado escrito. Por el contrario, toda su argumentación no puede conducir a otro resultado que al de afirmar que ambas estaban de acuerdo en que RETSEP era una parte del contrato y que, por ende, debía ser incluida como parte en el procedimiento arbitral. De hecho, ni siquiera en el *petitum* de su escrito se oponen a ello.

13. En cualquier caso, esta representación letrada no es la única que sigue el razonamiento que hemos expuesto, sino que también lo hace la propia Corte de Arbitraje de Madrid. En efecto, en su Comunicación S-4 (§2), de fecha 27 de septiembre de 2019, la Corte expresa lo siguiente: “*Nos referimos a nuestra comunicación S-3, por la que se invitó a HDF para que remitiese las alegaciones que a su derecho conviniesen con relación a la demanda formulada frente a Retrato en Sepia CO (RETSEP). Tomamos nota de que RETSEP se personó espontáneamente en el presente procedimiento bajo la misma representación letrada de HDF, de modo que pasan a figurar HDF y RETSEP en el polo pasivo de la demanda reconvenicional formulada por CASESP”.* La posibilidad inclusión de una de las partes en el procedimiento arbitral bajo el paraguas del asentimiento tácito fue precisamente puesta de manifiesto en el caso *Thomson-CSF, S.A. c. American Arbitration Association y Gvozdenovic c. United Air Lines, Inc.*, en el que la parte no signataria había enviado un representante a actuar en su nombre en el procedimiento (lo que exactamente ocurre en la disputa que nos atañe).

C) Subsidiariamente, debe extenderse el convenio arbitral a RETSEP, incluyéndolo como tercero en el procedimiento.

14. Como dice Caivano (p. 123), “*hay casos en que se admite que sujetos que no han sido parte stricto sensu del acuerdo arbitral sean obligados a participar en el proceso arbitral. En rigor de verdad, se trata de personas que tienen una relación especial con quienes han otorgado el acuerdo arbitral, que los convierte en una categoría especial de «terceros», que por alguna razón pueden considerarse asimilados a las partes*”. En este mismo sentido, según Silva y Velarde (p. 1) “*hoy en día, no existe duda de que, bajo ciertas circunstancias, un convenio arbitral puede ser extendido a partes no signatarias*”.

15. La teoría de la extensión del convenio arbitral a terceros no signatarios es encabezada por la doctrina del grupo de sociedades (*group of companies doctrine*), la cual determina que, ante determinadas circunstancias, un convenio arbitral puede vincular también a otra u otras sociedades del mismo grupo (Redfern y Hunter, p. 91).

16. El caso que lidera esta cuestión es el de *Dow Chemical France c. ISOVER Saint Gobain*. En el mismo, se admitió una demanda presentada no sólo por las compañías que habían concluido los contratos correspondientes, sino también por la matriz del grupo (una sociedad estadounidense), y otra filial, francesa, del mismo grupo. El tribunal, en efecto, se refirió a las empresas de este grupo como “*una misma realidad económica*” (*une réalité économique unique*), lo cual determinaba que de la intención común de las partes se infiriese la posibilidad de extender el convenio arbitral a sociedades no firmantes del convenio, pero pertenecientes al mismo grupo de sociedades. Esta misma teoría fue seguida en el caso CCI N° 4972 (en el que se cuestionaba si el convenio arbitral concluido por la matriz podía ser extendido a sus filiales) y en los casos CCI N° 5721 y 5730 (en los que se trataba de dilucidar si un convenio suscrito por una filial podía ser extendido a la matriz del grupo).

17. Así las cosas, debe argumentarse, de un lado, que RETSEP es una sociedad perteneciente al mismo grupo de sociedades que HDF (en concreto, ésta es la matriz de aquella, filial del grupo), y, de otro, que ambas compartían *une réalité économique unique*. Si bien del Registro de Cervantia sólo se desprende que RETSEP está participada en un 25% por capital de HDF (y el Registro de Tortuga no resulta de ayuda, por ser este Estado un paraíso fiscal), resulta obvio que en realidad este porcentaje es mucho mayor, y que pertenecen al mismo grupo. En primer lugar, porque, durante las diversas comunicaciones telefónicas mantenidas entre D. Esteban Trueba y la dirección de HDF y RETSEP, éstas justifican su interés de incluir a RETSEP en la operación en el hecho de que mantienen una “estrechísima relación”. En segundo lugar, resulta extraordinariamente llamativo el hecho de que en la dirección de correo electrónico de contacto de RETSEP (Caso Moot Madrid, p. 27, §4), así como en las de sus consejeros, el dominio escogido es “@rs-hdf.cer”, en clara referencia a HDF y Cervantia (lugar de constitución de HDF, pero no de RETSEP). Por último, de los consejeros que conforman el consejo de administración de RETSEP también se extrae que estamos ante un grupo de sociedades: hasta tres de un total de siete consejeros están directa o indirectamente vinculados a HDF, lo cual, teniendo en cuenta la existencia de consejeros independientes, determina la presencia mayoritaria de ésta en el consejo de RETSEP. En cualquier caso, a los efectos de aclarar este punto, y tal y como se expone en la Cuestión V, esta parte ha solicitado la producción de información sobre la relación HDF-RETSEP.

18. Siguiendo a Caivano (p. 125), para constatar la existencia de una única realidad económica hay que observar si los intereses del grupo prevalecen por sobre los de cada uno de sus miembros. Esto, en el presente caso, puede determinarse a partir de numerosos hechos. En primer lugar, del especial interés de HDF en incluir a RETSEP en la operación (puesto que la primera se beneficiaría de ello); en segundo lugar, del hecho de que, tras los fallos en la Torre de Absorción, HDF no dudó en encomendar a RETSEP la sustitución de la misma, cuando era precisamente ésta quien había provocado el problema, como tampoco dudó en transferirle la tecnología proporcionada al proyecto por TRUEBA para que RETSEP y, por ende, HDF, se beneficiara económicamente de la misma (Caso Moot Madrid, p. 31, §27); y, finalmente, de la protección de RETSEP por parte de HDF en todo momento (a pesar de que HDF reconoce un hipotético solapamiento de responsabilidades entre CASESP y RETSEP (p. 69, §5), decide demandar tan sólo a nuestra representada. El único sentido de todo es no perjudicar económicamente (i. e. indemnizaciones, que sí se nos reclaman a nosotros) a RETSEP, lo cual redundaría en su propio perjuicio.

19. Finalmente, cabe recordar que el caso *Khatib Petroleum Services International Co. c. Care Construction Co. y Care Service Co.* extendió el convenio arbitral a un tercero no firmante sobre la base de la existencia de un grupo de contratos extraordinariamente vinculados, uno de los cuales era el contrato origen del arbitraje (lo que también ocurrió en el caso *J.J. Ryan e*

Hijos c. Rhone Poulenc Textile, S.A.). Esto, a la luz de los hechos, es claro que también se da en el presente caso.

D) Si el tribunal arbitral no entra a conocer de la demanda arbitral respecto de RETSEP, el laudo arbitral podría ser anulado y su reconocimiento y ejecución denegados, y ello por vulneración del derecho de defensa de CASESP.

20. Por lo que respecta a una contingente acción de nulidad, debemos partir de la base de que el art. 18 LMA dice que “*Deberá tratarse a las partes con igualdad y darse a cada una de ellas plena oportunidad de hacer valer sus derechos*”. Por su parte, el art. 34 LMA, relativo a la petición de nulidad como recurso contra un laudo arbitral, dispone, en su apartado 2.a).ii), la posibilidad de anular el laudo por la imposibilidad de una parte de hacer valer sus derechos, y, en su apartado 2.b).ii), la posibilidad de hacer lo propio cuando el laudo es contrario al orden público. En este sentido, el orden público de Madre Patria, lugar del arbitraje libremente designado por las partes en el convenio arbitral, se identifica con los derechos y libertades fundamentales reconocidos en la Convención Europea de Derechos Humanos (Caso Moot Madrid, p. 101, respuesta a la Cuestión 5). En el art. 6 de este texto se reconoce el derecho a un proceso equitativo, y ello en los siguientes términos: “*Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un tribunal independiente e imparcial, establecido por ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil...*”.

21. Así las cosas, parece claro que, si se impide a CASESP hacer valer sus derechos frente a RETSEP, se vulnera su derecho de defensa y, por ende, su derecho a un proceso equitativo, determinando la nulidad del laudo arbitral. El papel de RETSEP en el contrato origen de esta contienda, tanto en su negociación como en su ejecución, es esencial. En definitiva, no puede discutirse una eventual responsabilidad de CASESP sin tener en cuenta el rol que la mercantil con sede en Tortuga ha jugado en esta operación.

22. Por su parte, respecto de la posibilidad de denegación del reconocimiento y ejecución del laudo en Cervantia y Andina (lo que provocaría, *de facto*, que el presente procedimiento arbitral perdiera su razón de ser), debemos dirigirnos a la CNY. En su art. 5.1.b), análogamente al régimen dispuesto por la LMA, se recoge, como motivo para proceder a la denegación del reconocimiento y ejecución del laudo arbitral, la imposibilidad de una de las partes de hacer valer sus medios de defensa; asimismo, la vulneración del orden público es otro motivo que puede hacerse valer a tales efectos, tal y como se dispone en el apartado 2.b) del mismo precepto.

Cuestión II. El tribunal arbitral carece de competencia para conocer de la disputa relativa a la potencial asignación de responsabilidad, mucho menos bajo la Ley de Responsabilidad Ambiental de Cervantia.

A) Esta materia no es arbitrable en abstracto. Su enjuiciamiento sólo puede llevarse a cabo por la justicia ordinaria.

23. En su defensa de la competencia del tribunal para conocer de esta materia, nuestra contraparte se ha limitado a argüir, en su escrito de demanda, que ésta se encuentra inserta dentro del convenio arbitral: “*La cláusula arbitral contenida en el Contrato de Construcción expresa que toda disputa que de él derive, o guarde relación con él, incluida cualquier cuestión relativa a su existencia, validez, interpretación, cumplimiento o terminación, podrá ser sometida a Arbitraje*” (§59); “*La delimitación de responsabilidad ambiental deriva directamente de lo estipulado por el Contrato de Construcción: concretamente, guarda estrecha relación con lo que refiere a su cumplimiento*” (§60); y “*Surge claramente, por tanto, que la determinación de si CASESP debe o no responder por contaminación o daño*

medioambiental ante la Administración de Cervantia, es una disputa comprendida dentro de la cláusula arbitral pactada” (§62).

24. En ninguna parte de su exposición esgrime la mercantil cervantina un solo argumento sobre la arbitrabilidad en abstracto de esta cuestión, y ello no porque no estuviera al tanto de su cuestionabilidad en ese sentido -esta representación letrada ya advirtió a HDF y RETSEP de que nuestra defensa en la materia utilizaría esa línea argumental: “*En este escrito esta parte desea limitarse a expresar estupor por la pretensión adicional presentada por las Demandadas en reconvenición, que parece consistir en **transformar un procedimiento arbitral privado y confidencial, en un procedimiento administrativo sancionador**” (Caso Moot Madrid, p. 71, §3)-, sino porque es totalmente consciente de que, incluso aunque realmente esta materia se encontrase dentro del ámbito del convenio arbitral -que no lo está-, ello no sería de relevancia, pues las normas imperativas se imponen.*

25. En efecto, el art. 1.1 LMA, relativo a su ámbito de aplicación, dispone que “*La presente Ley se aplicará al **arbitraje comercial internacional**...*”. Es cierto que, en la nota a pie de página de dicho precepto, la LMA dice que “*debe darse una interpretación amplia a la expresión “comercial”*”, pero en ningún caso puede abarcar una materia como es la responsabilidad medioambiental. De hecho, la Ley enumera una serie de supuestos, todos ellos muy alejados de éste.

26. Como dicen Redfern y Hunter (p. 116), “*Tanto la Ley Modelo de Arbitraje como la Convención de Nueva York **están limitadas a aquellas disputas susceptibles de resolución mediante arbitraje**” (traducción libre), en clara alusión a los motivos para instar la nulidad, así como la denegación del reconocimiento y ejecución del laudo arbitral, cuestiones ambas que se abordarán más adelante. Esto es, tan sólo podrán someterse a arbitraje aquellos derechos disponibles para las partes (vid. p. e. art. 2059 Código Civil Francés; el art. 2060 de la misma norma añade que las partes no pueden someter a arbitraje disputas sobre materias de interés público). Y es que, como alegan Robalino y Suárez (p. 1), “*En los últimos años, el resguardo al medio ambiente se ha convertido en un tema de alto interés para los Estados. Existe una tendencia de protección en respuesta a la exigencia de un mayor control y regulación de actividades que causan impacto ambiental*”.*

27. Siguiendo con Redfern y Hunter (p. 117), “*El hecho de que un determinado tipo de disputa sea arbitrable es, en esencia, una cuestión de política pública*” (traducción libre), debiendo dirigirnos a lo que la ley dictamine en cada caso.

28. El interés público en la materia, por adoptar la terminología del Código Civil Francés, es claro. No en vano tanto Andina como Cervantia han desarrollado una importante actividad de ratificación de los principales instrumentos internacionales de protección del medio ambiente, como el Convenio de Nairobi de 1992, los Convenios de Helsinki de 1992, o el Convenio de Estocolmo sobre Contaminantes Orgánicos Persistentes de 2001 (Caso Moot Madrid, p. 102, Aclaración 9). Por lo que respecta a Madre Patria, “*a pesar de no existir un derecho a un medio ambiente saludable en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, **existe ya una consolidada jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos** [intérprete privilegiado de la Convención] **en materia de protección ambiental**” (Fernández Egea, p. 1). Por ejemplo, en la STEDH de 25 de noviembre de 1993 (caso *Zander c. Suecia*), se trató el caso de una planta de tratamiento y depósito de residuos que emitía niveles elevados de cianuro en el agua de la localidad de los demandantes.*

29. Así las cosas, puesto que se trata de una materia i) de interés público, y ii) estrechamente vinculada al orden público de los Estados, nos encontramos ante una materia objetivamente inarbitrable, lo que debe hacer decaer la petición de HDF y RETSEP.

B) Subsidiariamente, el convenio arbitral no contenía y, en todo caso, no podía contener la resolución de conflictos sobre esta materia mediante arbitraje internacional, mucho menos bajo la Ley de Responsabilidad Ambiental de Cervantia.

30. Para el improbable caso de que el tribunal arbitral estime que esta materia es arbitrable en abstracto, y en línea con lo anunciado *ut supra*, esta representación letrada desea poner de manifiesto que en ningún caso la asignación de una potencial responsabilidad medioambiental puede estar inserta dentro del convenio arbitral.

31. Señala nuestra contraparte la amplitud con que se ha redactado el mencionado convenio (escrito de demanda, §59). Esta parte, si bien no niega tal cosa, desea recordar que éste es una reproducción exacta del convenio modelo que se recoge en los Estatutos de la Corte de Arbitraje de Madrid. Es decir, en ningún caso dio su consentimiento expreso para incluir la cuestión objeto de contienda como sometible a arbitraje, sino que se limitó a adoptar una postura ordinaria en aquellos arbitrajes encargados a la Corte de Arbitraje de Madrid: suscribir su convenio modelo, para evitar posibles problemas.

32. Por lo que respecta a un hipotético consentimiento implícito, éste también debe negarse con rotundidad. Las Directrices de la IBA para la Redacción de Cláusulas de Arbitraje Internacional, en su Directriz 3, dicen que “*Salvo circunstancias especiales, **las partes no deben intentar limitar el alcance de las controversias sometidas a arbitraje y deben definir tal alcance de forma amplia***”. Por ello, lo anormal sería precisamente exigir a CASESP, como manifiesta la actora en el §64 de su escrito (“*no puede razonablemente pensarse que estas quisieron excluir la determinación de responsabilidad ambiental del ámbito de la cláusula pactada. De haber sido así, la hubieran excluido expresamente, o, en su defecto, hubieran pactado una cláusula arbitral más restringida, contemplativa de posibles excepciones*”), que hubiese restringido hasta un punto que roza lo absurdo el convenio arbitral. ¿Cómo puede ser razonable exigir a CASESP que excluyese del convenio arbitral una cuestión que, inevitablemente y sin necesidad de pronunciamiento alguno, está, *per se*, excluida (por atacar de forma directa normas de carácter imperativo)?

33. A mayor abundamiento, ¿cómo puede pretender la mercantil demandante que sea de aplicación al fondo del asunto una norma cervantina (Ley de Responsabilidad Ambiental de Cervantia)? De acuerdo con la directriz 8 de las Directrices de la IBA para la Redacción de Cláusulas de Arbitraje Internacional (“*Generalmente las partes deben especificar la ley aplicable al contrato y a cualquier controversia posterior*”), las partes, en el momento de celebración del contrato EPCM, acordaron cuál sería la ley aplicable. En efecto, la cláusula 7 dispone que “*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***”. De este modo, lo que propone la actora supone una clara vulneración del art. 28 LMA, que dispone que “*El tribunal arbitral decidirá el litigio **de conformidad con las normas de derecho elegidas por las partes** como aplicables al fondo del litigio*”, y del art. 21 RCAM (“*Los árbitros resolverán con arreglo a las **normas jurídicas que las partes hayan elegido**...*”).

34. En conclusión, i) el convenio arbitral ni abarcaba ni podía abarcar el sometimiento a arbitraje de esta materia, y ii) La Ley de Responsabilidad Ambiental de Cervantia sería en todo caso inapropiada para resolver la disputa.

C) Tampoco resulta posible la intervención de la Administración cervantina en el procedimiento. El RCAM no lo permite y tal cosa conllevaría la quiebra del derecho a un proceso justo y equitativo.

35. La actora ha solicitado, tanto en su escrito de respuesta a la demanda reconvenzional como en su escrito de demanda (§69 y 70), la presencia de la Administración de Cervantia, y ello en los siguientes términos: “*Dicha asistencia e intervención no sería en calidad de parte, pero sí de interesado, así como de testigo en materias de hecho, así como de las propias del ordenamiento de Cervantia*” (Caso Moot Madrid, p. 63, §15).

36. Debe partirse de la base de que el RCAM no contempla esta posibilidad. El art. 9.2 RCAM dispone que “*Los árbitros podrán, a petición de cualquiera de las partes y oídas todas ellas, admitir la intervención de uno o más terceros como partes en el arbitraje*”. La palabra “partes” es aquí de extraordinaria importancia: si bien sí es posible admitir la intervención de un tercero como parte, no es aceptable, al amparo del RCAM, admitir su presencia en calidad de “interesado”, como pretende nuestra contraparte. Así, a pesar de que la actora dice en el §68 de su escrito de demanda que “*la oposición de la demandada a la participación de la Administración de Cervantia como tercero interesado en el procedimiento resulta incomprensible para esta parte*”, lo único que, a nuestro juicio, resulta “incomprensible” es que ésta pretenda que se admita una intervención que el Reglamento al que ella misma acordó someterse no contempla.

37. Al margen de todo ello, una contingente admisión de esta petición quebraría los derechos de igualdad y de equidad en el procedimiento (el art. 18 LMA dice que “*Deberá tratarse a las partes con igualdad...*”). La Administración de Cervantia está claramente sesgada a favor de los intereses de HDF y RETSEP. Ello resulta evidente si se tiene en cuenta que i) HDF es una sociedad constituida y con sede en Cervantia, por lo que la Administración defenderá, como es lógico, los intereses de las compañías que componen su tejido empresarial; y que ii) HDF ya ha tenido contacto con la misma en esta materia.

D) Si el tribunal arbitral admite su competencia para resolver esta disputa y/o la intervención como “interesado” de la Administración de Cervantia, se posibilitaría una acción de nulidad, así como la denegación del reconocimiento y ejecución del laudo arbitral.

38. Por todo lo expuesto, la afirmación de la competencia del tribunal para conocer de esta disputa, y/o la admisión de la intervención como “interesado” de la Administración de Cervantia sólo pueden conducirnos a, en el futuro, instar una acción de nulidad del laudo arbitral. Y ello por varios motivos. En primer lugar, porque, de acuerdo con el art. 34.2.b).i) LMA, el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje; en segundo lugar, siguiendo con el art. 34.2.b).ii) LMA, porque el laudo es contrario al orden público de Madre Patria (tanto por la inarbitrabilidad de la asignación de responsabilidad medioambiental, como, en su caso, por la admisión de la intervención de la Administración cervantina, dada la quiebra de los derechos de igualdad y proceso equitativo); en tercer lugar, porque, de acuerdo con el art. 34.2.a.iii), el laudo contendría decisiones que exceden los términos del acuerdo de arbitraje; y, finalmente, porque, de admitir la intervención de la Administración, el procedimiento arbitral se estaría desviando de lo acordado entre las partes.

39. Por lo que respecta al reconocimiento y ejecución del laudo arbitral, éste, al menos en Andina, sería imposible; por lo que este arbitraje perdería su razón de ser. En consonancia con lo dispuesto en los arts. 5.2.a) y b), así como 5.1.c) y d). Las razones que sostienen esto son equivalentes a las expuestas *ut supra* respecto de la acción de nulidad.

Cuestión III. El tribunal arbitral es competente para conocer del conflicto de interés MAI-CASESP, debiendo aquel ordenar a HDF y RETSEP un cambio de representación letrada.

A) El tribunal arbitral goza de facultades inherentes, al amparo de la LMA, para conocer de este conflicto de interés.

40. El cambio de despacho de abogados efectuado por la representación letrada de HDF y RETSEP ha colocado a CASESP en una situación imposible: además del evidente detrimento en la imparcialidad del árbitro Sr. XXX, que se abordará en la siguiente Cuestión, se causa un gravísimo perjuicio a nuestra representada, pues se encuentra en un escenario en el que un despacho de abogados por el que fue asesorada hace unos pocos meses (con información, por tanto, privilegiada sobre su posición) ha “cambiado de bando”, pasando a defender los intereses de nuestra contraparte.

41. Argumentan Derains y Levy (p. 84) que, “*en la medida en que la exclusión de una representación letrada se considera indispensable para el efectivo ejercicio de la misión jurisdiccional del árbitro, la existencia de la facultad del árbitro para emitir tal orden está justificada como un poder inherente, estrechamente conectado a la jurisdicción o como ejercicio del imperium mixtum. [...] Con base en esto, el derecho de las partes a un proceso justo toma precedencia sobre el derecho a elegir a un representante” (traducción libre). Es decir, debe ser el propio tribunal arbitral el que dé solución a la situación a que la mala praxis de la representación letrada de HDF y RETSEP nos ha llevado. De hecho, en el caso *The Rompetrol Group, N.V. c. Rumanía*, el tribunal arbitral indicó que “*no existe en realidad una tensión necesaria entre estos dos principios fundamentales [derecho a un proceso justo y derecho de libertad de elección de abogado] [...] Si en un determinado caso colisionasen, sería el deber del tribunal [arbitral] encontrar el modo de alcanzar un deseado equilibrio*” (traducción libre).*

42. Como dicen Franco y Muñoz (p. 5), “*En términos generales, se ha venido sosteniendo su ejercicio [el de las facultades inherentes] sobre la base del consentimiento que otorgan las partes al suscribir el convenio arbitral, los poderes explícitos dirigidos a la conducción eficaz del proceso y a evitar abusos de derecho o la necesidad de preservar la función jurisdiccional de los árbitros”, añadiendo (p. 6) que “*los tribunales arbitrales se han venido pronunciando mayoritariamente en el sentido de admitir el uso de sus facultades inherentes; postura que también abraza la doctrina moderna*”.*

43. Siguiendo con Franco y Muñoz (p. 9), “*en un caso UNCITRAL no publicado surgió un supuesto conflicto de interés debido a que un letrado, que se incorporó al procedimiento ya iniciado, había actuado previamente para el demandante como miembro de su equipo jurídico en el marco del mismo arbitraje. A la vista de lo anterior, el tribunal ‘recomendó’ enérgicamente al representante su inmediata renuncia voluntaria, indicando que, de lo contrario, podría dictar una orden formal excluyendo a la firma de abogados. Con ello, el tribunal confirmó que los árbitros gozan del poder para denegar la participación a abogados o despachos de abogados que se encuentren en situaciones de conflicto de interés, con el afán de salvaguardar derechos procesales fundamentales y el cumplimiento del orden público internacional”. En este mismo sentido se pronunció un tribunal arbitral en el caso *Fraport c. Filipinas*. De hecho, Kabra (p. 8) alega que “*es ahora una posición aceptada que una disputa de este tipo cae dentro del ámbito del convenio arbitral y, a menos que exista una restricción expresa sobre el ejercicio de este poder [el inherente], la arbitrabilidad de la controversia prevalece*” (traducción libre).*

44. Así las cosas, a pesar de que nuestra contraparte dice (§77) que “*ni bajo la CNY, ni por vía de la Ley Modelo CNUDMI de Madre Patria, se establece la posibilidad de que el tribunal*

sea competente para dirimir un asunto de dicha naturaleza, ni mucho menos de privar a una de las partes de su legítimo derecho a estar representada por quien crea conveniente”, la realidad es que esto sí es posible. En cuanto al anclaje legal de estas facultades inherentes, se encuentra éste recogido en el art. 18 (“Deberá tratarse a las partes con igualdad y darse a cada una de ellas plena oportunidad de hacer valer sus derechos”), en relación con el art. 5 LMA (“En los asuntos que se rijan por la presente Ley, no intervendrá ningún tribunal salvo en los casos en que esta Ley así lo disponga”), así como en el art. 11 RCAM, relativo a la independencia, imparcialidad y disponibilidad de los árbitros.

45. Por su parte, las Directrices de la IBA sobre representación de parte (Directriz 6: “En caso de violación a la Directriz 5 [sobre conflictos de interés con el tribunal arbitral], el tribunal arbitral podrá tomar las medidas apropiadas para salvaguardar la integridad del procedimiento, incluso impidiendo la participación del nuevo Representante en todo o en parte del procedimiento arbitral”) y el CBBPPAA/CEA de 2019 (art. 2 de la Sección Cuarta: “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 posicionan también en este sentido.

46. Por último, la actora expresa, para negar la competencia del tribunal, en su escrito de demanda (§74), que “en el contrato suscrito entre Mampato y CASESP, establecieron que los tribunales de Cervantia serán los exclusivamente competentes para resolver cualquier controversia relativa al contrato de prestación de servicios legales entre Mampato Abogados Internacionales y su cliente”. En primer lugar, este argumento es estéril, puesto que las facultades inherentes de los árbitros deben prevalecer en este caso; pero, en segundo lugar, y de forma más importante, la afirmación reproducida no es cierta. La demandante se refiere a una de las cláusulas generales de la carta de compromiso de prestación de servicios jurídicos MAI-CASESP (cláusula 23), y en ésta se estipula que “En caso de conflicto entre las condiciones particulares de la carta y los términos y condiciones generales de la prestación de servicios las primeras prevalecerán”. En efecto, en estas condiciones particulares se recoge que “Los Tribunales de Cervantia serán los competentes para dirimir cualquier controversia relativa al precio del servicio” y en el art. 2.1.21 Principios UNIDROIT se dice que “En caso de conflicto entre una cláusula estándar y una que no lo sea, prevalecerá esta última”. A sensu contrario, y al amparo del art. 4.1 Principios UNIDROIT (“El contrato debe interpretarse conforme a la intención común de las partes; si dicha intención no puede establecerse, el contrato se interpretará conforme al significado que le habrían dado en circunstancias similares personas razonables de la misma condición que las partes”), el resto de cuestiones no están sometidas a la jurisdicción ordinaria.

B) No existe una barrera “efectiva” de bloqueo de información. En adición, la Sra. Isabel Allende, como socia del despacho MAI, ha actuado transgrediendo el principio de buena fe, con el único fin de torpedear la defensa de CASESP y la integridad del procedimiento.

47. Arguye la demandante para sostener la improcedencia de remover a MAI de la defensa de los intereses de HDF y RETSEP (§95 de su escrito de demanda) que “surge de la Carta de Compromiso entre Mampato y CASESP, que ésta acepta que el deber de confidencialidad de Mampato queda satisfecho, toda vez que, en tiempo y forma, se establezcan 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”. Además, añade (§97) que “En igual sentido, las normas del Colegio de Abogados de Cervantia disponen que, en hipótesis como estas, no se permite la actuación para el cliente actual, salvo si se ha establecido una barrera efectiva de información”. Por último, en este mismo sentido alega que “Cabe resaltar que CASESP fue asesorada por la oficina de

Andieta, mientras que la Sra. Isabel Allende se incorporó a la de Barataria. Aún así, las medidas implantadas por Mampato eliminaron totalmente el riesgo de vulneración de divulgar información confidencial”.

48. Lo primero que debe sostenerse es que esto es, *per se*, inidóneo y en todo caso insuficiente para mantener a MAI como representación letrada de HDF y RETSEP. Como se ha expuesto anteriormente, si bien el principal perjuicio derivado del cambio de representación letrada es el impacto directo que esto podría tener sobre el conocimiento privilegiado que ésta posee acerca de la posición de CASESP, existen otros que también gozan de especial importancia. Entre ellos, como dicen Franco y Muñoz (p. 4), “*parece evidente que el derecho a elegir un representante en ningún caso podría justificar o amparar situaciones como [...] que una parte, descontenta con uno de los árbitros, modificase conscientemente su equipo legal para provocar una situación de conflicto de intereses que motivara su recusación. En todos estos casos, no parecería razonable que tuviera que abstenerse el árbitro, pues supondría un perjuicio inaceptable para la contraparte. De igual modo, forzar a una parte a recusar al árbitro en lugar de al abogado causaría dilaciones y aumentos de costes injustificados, pudiendo llegar incluso a constituir un abuso de derecho al premiar tácticas o estrategias procesales maliciosas que supondrían la obtención de una ventaja injustificada. Por último, conviene destacar que el representante en cuestión podría estar vulnerando los derechos del resto de partes (que también tienen derecho a un proceso justo y eficiente); como también podría estar afectando a su propio representado, al influir negativamente en la visión que el tribunal arbitral tuviera sobre su caso”.* Sobre ello se ahondará en la Cuestión IV.

49. Además, procede en este punto destacar la transgresión del principio de buena fe con que ha actuado la Sra. Isabel Allende, una muestra más de su empeño en torpedear la defensa de CASESP y la integridad del procedimiento arbitral. Desde la reunión mantenida por ésta con MAI el 20 de agosto, la Sra. Isabel Allende ya era consciente de la posibilidad de unirse al mencionado despacho. A mayor abundamiento, en este momento ya se identificó a HDF “*como cliente de Allende, Gordon y Ripper que, a través del cambio de despacho, podría convertirse en un cliente de Mampato*”. En adición, a primeros de septiembre aceptó una oferta condicional para asociarse a la firma, y el 25 de septiembre se retiró formalmente de *Allende, Gordon y Ripper* (Caso Moot Madrid, p. 97, Aclaración 1).

50. Sin embargo, y aunque dice la actora (§89) que “*el aviso no fue efectuado a último minuto, sino con una prudencia temporal acorde a las vicisitudes que implica la incorporación a una nueva firma, de carácter internacional*”, no es hasta el 12 de octubre, casi dos meses después del inicio de las negociaciones (y 18 días más tarde de la retirada formal de su anterior firma), que D^a. Isabel informa al tribunal arbitral y a esta parte de las nuevas y graves novedades. Si bien el conflicto de interés MAI-CASESP era insalvable, si la Sra. Isabel Allende hubiese informado el mismo día en que abandonó su anterior despacho (25 de septiembre) de los hechos, podría haberse salvado el nombramiento del Sr. XXX como árbitro (lo que ocurrió el 27 de septiembre -Comunicación S-4 de la Corte de Arbitraje de Madrid-) y, por ende, el del presidente del tribunal, D.^a YYY (cuya designación se confirmó el 6 de octubre -Comunicación S-5 de la Corte de Arbitraje de Madrid-). Precisamente decidió no hacerlo porque, repetimos, su intención era meramente la de afectar a la integridad de este procedimiento arbitral y, por tanto, al derecho de defensa y a un proceso justo y equitativo de CASESP.

51. Volviendo al razonamiento de la barrera de información efectiva que opone la demandante para impedir la remoción de MAI, debe negarse con toda rotundidad la existencia de ésta. A pesar de que aquella esgrime (§98) que “*Mampato implantó protocolos de compliance para evitar un uso ilícito de la información obtenida fruto del asesoramiento a CASESP. Mampato ha establecido una “Chinese Wall” que impide todo resultado perjudicial, con protocolos de seguridad que restringen el acceso a la información confidencial de*

CASESP, como lo confirma la declaración jurada de la Compliance Officer de Mampato, Francisca Llona”, esto resulta ser una burda y evidente pantomima. Y ello hasta tal punto que es el propio MAI quien lo reconoce en su página web. Como puede observarse en el documento nº 2 adjuntado junto con la solicitud de D^a. Paula Frías al tribunal arbitral de fecha 14 de abril de 2019, MAI hizo público, por un lado, que “*Socios y asociados de las oficinas de Mampato Abogados Internacionales en Cervantia se reunieron en Barataria para festejar la reciente incorporación de la prestigiosa abogada y experta en arbitraje internacional, Isabel Allende. Socios de la oficina de Andieta, encabezados por la directora del área de litigación y arbitraje, Eva Luna, dieron una calurosa bienvenida a Isabel y reafirmaron los lazos de colaboración entre los equipos de Barataria y Andieta”; y, por otro (y de forma extraordinariamente grave), que “*Abogados del área de Litigación y Arbitraje de Mampato de las oficinas de Barataria y Andieta se reunieron en Barataria con el objetivo de realizar la planificación respecto de las estrategias de arbitraje y litigación en relación con los procedimientos en curso y previsión de acciones futuras”. Las citas hablan por sí solas.**

52. Aunque esto ya es más que suficiente para demostrar la inexistencia de una barrera de información efectiva, este punto queda aún más fehacientemente constatado mediante la aportación por parte de la propia Sra. Isabel Allende de la Carta de compromiso de prestación de servicios jurídicos y condiciones generales como documento que acompaña a la respuesta a la solicitud de CASESP (21 de octubre de 2019). ¿Cómo ha podido obtener la Sra. Isabel Allende un contrato privado, confidencial y que atañía exclusivamente a MAI y CASESP (nótese la diferencia con respecto a nuestra defensa de la admisión de prueba en la Cuestión V)? Evidentemente, porque la oficina de Andieta se lo ha proporcionado, lo que, de nuevo, demuestra la inexistencia de una barrera de información “efectiva”, y supone, además, una clara vulneración de las normas de confidencialidad (Sección 9) del Colegio de Abogados de Cervantia (que aplican, al estar el contrato MAI-CASESP aún en vigor).

C) No se viola el principio de libertad de elección de representación letrada.

53. Sostiene la demandante la necesidad de mantener a la Sra. Isabel Allende como su representante en el hecho de que (§102) “*De lo contrario, se violaría el principio de igualdad, no permitiendo a HDF elegir libremente su representante legal –lo que le interesa sobremanera, en tanto desarrolló una relación de gran confianza con la Sra. Isabel Allende, quien, además, habla Testudin, idioma oficial de Tortuga, lo cual es relevante en relación a la representación conjunta de HDF y RETSEP”.*

54. Sin embargo, como dicen Franco y Muñoz (p. 4), en referencia al derecho a la libre elección de representante, “*ningún derecho es ilimitado o absoluto*”, añadiendo que “*comprobamos cómo la exclusión del representante de una de las partes no genera necesariamente la vulneración de ningún derecho fundamental*”.

55. Es más, como puso de manifiesto en 1997 la Comisión Consultiva sobre la Ley de Arbitraje de Reino Unido, “*si la primera opción de una parte no está disponible por cualquier motivo, su segunda opción será todavía un abogado elegido por ella misma [por lo que su derecho a ser representado estaría siendo, en todo caso, respetado fielmente]. *El derecho a gozar de una representación letrada no debe ser objeto de abuso*” (traducción libre). Además, esto es en todo punto respetuoso para con las normas procesales civiles de Madre Patria sobre representación letrada (Caso Moot Madrid, p. 101, Aclaración 6). Así, alegan los propios Franco y Muñoz que “*en opinión de la doctrina, el derecho a elegir un representante puede ser limitado en pro de la eficiente tramitación del procedimiento arbitral*”. En palabras de Fillers (p. 7), “*Esto refleja una regla general según la cual el derecho a la eficiencia del proceso, bajo determinadas circunstancias, prevalece sobre el derecho a la libre elección de representación*” (traducción libre).*

56. Al margen de todo ello, el hecho de que la Sra. Isabel Allende hable Testudín sigue siendo irrelevante, puesto que existe otra gran firma internacional comparable a Mampato que dispone de un socio que domina dicho idioma (Caso Moot Madrid, p. 98, Aclaración 2).

57. Por la gravedad de todo lo expuesto en esta tercera Cuestión, debe procederse de inmediato a la remoción del despacho MAI (y, por tanto, de la Sra. Isabel Allende) de la defensa de HDF y RETSEP en este procedimiento arbitral.

D) Si el tribunal arbitral no ordena a HDF y RETSEP que cambien de representación letrada, se propicia una acción de nulidad del laudo arbitral y se imposibilita el reconocimiento y ejecución del mismo.

58. Puesto que si se mantuviese a HDF y RETSEP en su representación se estaría quebrando el derecho a un proceso justo y equitativo de CASESP, el orden público de Madre Patria, Andina y Cervantia se verían afectados, por lo que procedería interponer una acción de nulidad del laudo arbitral, así como instar la denegación del reconocimiento y ejecución del mismo, y ello con base en la misma regulación legal que se mencionó en las Cuestiones I y II de este escrito, por lo que no procede reiterarnos aquí.

Cuestión IV. La Corte no es la competente para resolver la cuestión relativa a la falta de independencia o imparcialidad del árbitro designado por la parte demandante, sino el tribunal arbitral. En caso de que no se acuerde la remoción de la Sra. Isabel Allende, debe estimarse la recusación del mencionado árbitro.

A) Posición de CASESP en relación con el nombramiento del árbitro Sr. XXX.

59. Como ya se ha indicado, el problema de la dudosa imparcialidad e independencia del árbitro Sr. XXX surgió a raíz del cambio de representación legal de HDF y RETSEP, comunicado por D^a. Isabel Allende con fecha 12 de octubre de 2019. Tras este correo, este árbitro se vio obligado a poner de manifiesto al tribunal arbitral y a la Corte, así como a la representación de las partes, la relación que había mantenido desde hacía tiempo con la firma MAI. Inmediatamente, la representante legal de CASESP se dirigió a los miembros del tribunal arbitral para que el co-árbitro Sr. XXX detallara de manera más precisa la relación mantenida con dicha firma jurídica (correo de 13 de octubre), actuación que se vio ampliada al solicitar al tribunal arbitral un día más tarde que impidiera que dicha firma pudiera actuar como representante de las partes demandantes del arbitraje, solicitud que se acompaña con diversos documentos que apoyan esta petición, así como la declaración del Director de servicios jurídicos de CASESP.

60. La posición de CASESP en relación con este asunto es por tanto diversa: i) si se considera por el tribunal arbitral que la firma indicada no debe representar a la parte demandante, procediendo a su remoción (véase la Cuestión III de este escrito), hay que entender que no existe problema alguno para que el árbitro Sr. XXX continúe en dicha condición, pues ha actuado con total diligencia, al poner en conocimiento del tribunal y de la Corte las circunstancias que podían afectar a su imparcialidad e independencia; ii) en caso de que la firma continúe representando a la parte demandante, CASESP ha de posicionarse también a favor de la recusación de dicho árbitro por evidente falta de imparcialidad e independencia.

61. Esta doble posición es fruto del “choque de derechos” que surge en la administración del arbitraje en relación con la elección de representante legal y con la designación de los miembros del tribunal arbitral, lo que puede causar dilaciones indebidas e indefensión si la opción del tribunal arbitral es recusar al árbitro en vez de remover la representación letrada que plantea el conflicto de intereses (Franco y Muñoz, 2018, pp. 3 y 4). El recurso a la recusación como técnica dilatoria ha sido advertido por la doctrina como consecuencia de los datos estadísticos (Paraguacuto, D., Bayona, L. J., Gallardo, y R., pp. 268 y 269). Esta disyuntiva se

ha mostrado en la jurisprudencia internacional; por ejemplo, en el caso *República de Ghana c. Telekom Malaysia Berhad* (citado por Fernández Rozas, p. 823), en el que se afirma que “*el tribunal holandés resolvió el caso con una sorprendente solución salomónica pues no admitió automáticamente la recusación entendiéndolo que las dudas acerca de la imparcialidad del árbitro quedarían despejadas si renunciaba a ser abogado en el otro arbitraje y, ante tan sutil invitación, el árbitro comunicó a las partes su dimisión como consejero en el segundo arbitraje*”.

B) La competencia para resolver el conflicto sobre la falta de independencia del árbitro Sr. XXX es del tribunal arbitral.

62. En su escrito de demanda (§104, por todos) la representación de HDF y RETSEP alega que la competencia para resolver el conflicto sobre la falta de independencia del árbitro es de la Corte de Arbitraje de Madrid, por así establecerlo el RCAM. Aunque dicha solicitud de recusación se presenta ante la Corte (véase solicitud de 21 de octubre de 2019, presentada conforme a lo exigido en el art. 15.1 RCAM), ha de entenderse que la decisión sobre la recusación formulada debe corresponder realmente al tribunal arbitral, siendo ésta precisamente la cuestión clave que justifica la emisión de la Orden Procesal 1 de este arbitraje.

63. Hay que partir de la base de que Madre Patria ha ratificado la LMA, si bien su Ley de Arbitraje ha introducido ciertas variaciones. El art. 12.2 *in fine* de la LMA, teniendo también en cuenta las referidas modificaciones, dispone que “*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*” (Caso Moot Madrid, p. 100, Aclaración 4). Así las cosas, es claro que lo que trata de hacer la demandante es recusar al mismo árbitro que ella propuso en su solicitud de arbitraje (Sr. XXX). Para que esta recusación sea admitida a trámite y puedan considerarse los argumentos sobre el fondo que corresponda, siguiendo con el referido art. 12.2, será necesario que ésta demuestre que los hechos que fundan la misma no cayeron dentro de su ámbito de conocimiento antes de la fecha en que se efectuó la designación de este árbitro, lo cual, dicho sea de paso, resulta extraordinariamente controvertido a juicio de esta parte. ¿Cómo es posible que HDF desconociese que el Sr. XXX había trabajado con la intensidad y durante los años con que lo había hecho para MAI, cuando precisamente un nombramiento de estas características se realiza con base en criterios de especialización y experiencia profesional?

64. Con independencia de ello, lo que resulta en todo punto evidente es que, antes de proceder a examinar los argumentos para estimar o desestimar la recusación, es el tribunal el que, en virtud del convenio arbitral, debe pronunciarse sobre su admisión a trámite. Así las cosas, carecería de todo sentido que fuese el tribunal el que decidiese sobre esta admisión y, sin embargo, la Corte de Arbitraje de Madrid la que decidiese sobre el fondo, y ello por dos motivos: en primer lugar, porque ello introduciría dilaciones indebidas en el procedimiento arbitral, lo que iría en detrimento de su eficiencia y celeridad (y resulta contrario a los arts. 20.1, 20.5 y 4.5 RCAM), que es precisamente una de las razones por las que los actores jurídicos, en el tráfico, habitualmente recurren al arbitraje y no a la jurisdicción estatal para resolver sus disputas; y, en segundo lugar, y de forma más importante, porque podrían darse pronunciamientos contradictorios entre el tribunal y la Corte, lo que pondría en severo peligro tanto la integridad del procedimiento como el derecho de CASESP a un proceso justo y equitativo (art. 18 LMA y art. 6 CEDH, texto este último vinculado al orden público de Madre Patria y que, por tanto, podría motivar una acción de nulidad del laudo arbitral).

65. Si el lugar del arbitraje libremente elegido por las partes es Madre Patria y este país ha incorporado la LMA, que recoge, de forma imperativa, la necesidad de, ante un supuesto como el presente, examinar la admisión a trámite de la recusación por el tribunal con carácter previo,

es claro que estas partes han prestado su consentimiento implícito, a través del convenio arbitral, a que sea el tribunal y no la Corte quien conozca sobre el fondo de la recusación. Por ello, a falta de acuerdo expreso en contrario y resultando aplicable la LMA con las modificaciones introducidas por la Ley de Arbitraje de Madre Patria, debe ser el tribunal arbitral quien resuelva la recusación planteada tanto en lo concerniente a su admisión como a los motivos que sustentan la misma. Esta solución se ve amparada por el propio Reglamento que rige este arbitraje, pues el artículo 15.1 *in fine* del RCAM contempla la posibilidad de que las partes puedan acordar que sea otro el órgano, diferente a la Corte, el que se encargue de decidir sobre las recusaciones formuladas, y este acuerdo se ha producido tácitamente.

66. La consecuencia inmediata de este razonamiento es que debe seguirse en este punto la doctrina que avala que *“el tribunal arbitral decide prima facie sobre la recusación en el arbitraje internacional”* (Vassilakakis, 2014). Esta doctrina ha sido la que ha encontrado reflejo en la LMA y en otras normas nacionales que han seguido su estela, como la española Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje (art. 18.2, *in fine*). También en el Reglamento de arbitraje del CIADI (art. 15.5) se prevé que sean los demás miembros del tribunal los que tomen la decisión sobre la recusación. En la doctrina, asimismo, se han expuesto estas diferencias de regulación (Donoso, p. 163).

67. La parte demandante también hace referencia al CBBPPAA/CEA (pp. 115 y 116), para afirmar que *“se trata del sistema más adecuado, puesto que los co-árbitros no están en la mejor posición para analizar el conflicto desde la perspectiva de un observado externo”*. No obstante, dado que se trata de un tribunal de tres miembros (cláusula 8.3 del contrato EPCM), es perfectamente posible que estos, sin riesgo de viciar la decisión, se puedan pronunciar sobre la recusación de uno de ellos.

C) Si no se atiende la remoción de la representación legal de la parte demandante y se acuerda la recusación solicitada por ésta, se debe proceder a la adopción de diversas medidas que garanticen la continuidad del procedimiento, con respeto a los principios de la institución arbitral.

68. Como se ha indicado, para el caso de que el tribunal arbitral no atienda la remoción de la representación legal de la parte demandante, que pone en peligro el arbitraje solicitado, deberá estimarse la recusación, siendo la medida que se debería adoptar (art. 16.1 RCAM) la sustitución del árbitro recusado. Hay que insistir en la procedencia de la estimación de la recusación en caso (y sólo en este caso) de no admitirse la remoción, como única garantía de los derechos de las partes en este tipo de procedimientos. Así se indicaba ya en la Orden Procesal 2, pues las declaraciones del árbitro recusado plantean suficientes dudas sobre su imparcialidad, teniendo en cuenta sus relaciones previas y duraderas con la firma de abogados MAI. Es en este aspecto en el que hay que incidir, puesto que *“independencia e imparcialidad son las características más esenciales de la función decisoria”* y *“solamente si los árbitros son independientes e imparciales y, consecuentemente, las partes reciben igual trato, el laudo será justo”* (Mullerat, R., 2004, pg. 6).

69. Tras la sustitución del árbitro, se deberá nombrar uno nuevo y proceder asimismo a una nueva designación del presidente del tribunal, debiendo adoptarse también la decisión de reanudar el procedimiento arbitral por encontrarse éste suspendido. Ha de recordarse que, aunque la formulación de la recusación según el RCAM no ha de implicar la suspensión del curso de las actuaciones, sí se acordó esta medida por los árbitros hasta ese momento designados (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.

70. Dada la pluralidad de partes demandantes, deberá ser propuesto de manera conjunta por los demandantes, HDF y RETSEP (art. 14.1 RCAM y Anexo 18.1 CBBPPAA/CEA).

Asimismo, se deberá proceder a la reanudación del procedimiento arbitral en el momento en el que el árbitro recusado deje de ejercer sus funciones (ver art. 16.4 RCAM y CBBPP/CEA, Anexo 16.4).

Cuestión V. Los contratos EPCM y O&M concluidos entre HDF y RETSEP, y aportados por CASESP al procedimiento, han de ser admitidos como prueba por el tribunal arbitral.

A) HDF y RETSEP no han demostrado la ilicitud en la obtención de la prueba.

71. Inicia nuestra contraparte la defensa de sus intereses en esta Cuestión indicando (§147 de su escrito de demanda) que “CASESP agrega documentación de HDF que no deberá ser admitida por haber sido conseguida por medios ilegítimos”, añadiendo (§151) que “esta obtención ilegal de los documentos en cuestión se infiere del carácter confidencial de los mismos”. Para sostener esta ilicitud, utiliza como base el art. 39 del Acuerdo sobre Aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el Comercio, celebrado en el marco de la OMC. Sin embargo, i) ninguno de los cuatro Estados relevantes en el caso ha ratificado este instrumento; ii) sólo Andina y Cervantia “han adaptado su jurisprudencia a los estándares internacionales en materia de Propiedad Industrial e Intelectual” (Caso Moot Madrid, p. 102, Aclaración, 8), de lo que se infiere que Madre Patria, lugar del arbitraje (y, por ende, de extraordinaria importancia en este punto), y Tortuga no lo han hecho; y iii) resulta a esta parte asombroso que HDF y RETSEP defiendan una vulneración de sus derechos de propiedad intelectual, cuando son precisamente estas dos mercantiles las únicas que han hecho tal cosa (tecnología aportada por TRUEBA al proyecto).

72. En una transacción de estas características, en la que existen varios contratistas y subcontratistas que han de coordinarse entre sí, no parece descabellado que una parte haya podido tener acceso de forma lícita a los contratos suscritos entre todas o varias de las partes de la misma. Máxime en el caso de CASESP, puesto que una de las obligaciones principales que emana del contrato EPCM HDF-CASESP era la de supervisar y gestionar la labor de construcción, que debía ser ejecutada por RETSEP. De este modo, se presenta como algo razonable e incluso imprescindible que CASESP conociese en qué términos se había obligado RETSEP con HDF, tanto en lo relativo a la construcción de la planta de fertilizantes (contrato EPC HDF-RETSEP), como en lo que atañe a la operación y mantenimiento de la planta (contrato O&M HDF-RETSEP), de cara a cerciorarse de que estaba llevando a cabo de forma correcta sus propios compromisos.

73. En cualquier caso, lo que está fuera de duda es que la demandante, en su escrito de demanda, no ha demostrado la ilicitud en la obtención de estas pruebas y, según el art. 29.2 RCAM, “Cada parte asumirá la carga de la prueba de los hechos en que se base para fundar sus peticiones o defensas”.

B) Subsidiariamente, incluso si los contratos se hubieran obtenido de forma ilícita, deben ser admitidos como prueba, dada su extraordinaria relevancia en esta disputa.

74. En el improbable caso de que el tribunal arbitral considerase que la actora ha demostrado la ilicitud en la obtención de los contratos EPC y O&M HDF-RETSEP, igualmente estos deberían ser admitidos como prueba.

75. La LMA no recoge la inadmisión de la prueba por el hecho de que su obtención fuere ilícita. De hecho, lo único relacionado que esta norma dice es, en su art. 23.1 *in fine* que “Las partes podrán aportar, al formular sus alegaciones, **todos** los documentos que consideren pertinentes o hacer referencia a los documentos u otras pruebas que vayan a aportar”; es decir, no sólo no recoge la inadmisión por ilicitud, sino que por el contrario utiliza la fórmula “todos” para referirse a los documentos que pueden aportarse como prueba al procedimiento. Mismo criterio sigue el RCAM, que en su art. 25.2 establece que “A la contestación a la demanda se

acompañarán **todos** los documentos, declaraciones de testigos e informes periciales de los que disponga la demandada...”. De nuevo, ninguna prohibición establece el RCAM respecto de la prueba obtenida ilícitamente. En realidad, según el RCAM, la licitud no es ni siquiera un criterio para la admisión de pruebas. En efecto, recoge el art. 29.3 RCAM que “*corresponde a los árbitros decidir, mediante orden procesal, sobre la admisión, pertinencia y utilidad de las pruebas propuestas o acordadas de oficio*”. Como dice Živković, “*la doctrina está invocando la materialidad y relevancia de la prueba para guiar a los árbitros a la hora de admitir la misma, incluso la obtenida ilegalmente*” (traducción libre). En palabras de John, “*nada impide a un tribunal arbitral admitir como prueba documentos robados u obtenidos de cualquier otra forma ilícita*” (traducción libre).

76. El caso *Caratube Internacional Oil Company LLP y Devinci Salah Hourani c. República de Kazajistán* ha establecido el principio de que un tribunal arbitral puede admitir como prueba documentos que fueron obtenidos ilegalmente. En este caso, la red informática del Gobierno de Kazajistán fue *hackeada*; tras ello, los demandantes consiguieron acceder a miles de documentos que, posteriormente, publicaron. Once de estos fueron admitidos como prueba, incluyendo cuatro sometidos al privilegio abogado-cliente.

77. Siguiendo a Jain, “*El tribunal arbitral tiene el deber de hacer efectivo el derecho de las partes a ser oídas. Lo contrario provocaría que el laudo arbitral pudiese ser anulado [según el art. 34.2.a).ii) LMA, esto es posible]. Este derecho incluye la facultad de las partes de proponer prueba sobre hechos relevantes. La inadmisión de prueba relevante para la resolución del caso es contraria al derecho procesal a un juicio justo. [...] Dicho esto, la prueba obtenida ilegalmente debería ser admitida si no existe otra evidencia disponible para probar un aspecto de importancia en una disputa”, añadiendo que “*inadmitir la prueba obtenida ilegalmente podría no conducirnos a una solución justa e incluso podría derivar en un laudo factualmente incorrecto. La relevancia y materialidad de la prueba juegan un rol fundamental. La prueba es relevante cuando es necesaria para una parte para apoyar, contradecir o doblegar cualquier argumento o hecho*” (traducción libre).*

78. Todo ello al margen, que nuestra contraparte pretenda ahora que el tribunal inadmita estos contratos como prueba supone una clara violación de la doctrina de los actos propios - *venire contra factum proprium*- (art. 1.8 Principios UNIDROIT). En efecto, “*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 en consecuencia y en desventaja*”. Sorprendentemente, la representación letrada de HDF y RETSEP aportó como documento que acompaña a la respuesta de la Sra. Isabel Allende a la solicitud de CASESP (21 de octubre de 2019) la carta de compromiso de prestación de servicios jurídicos y condiciones generales que une a MAI y CASESP. Se trata de un contrato privado y confidencial (y que, a diferencia de los contratos EPC y O&M HDF-RETSEP, atañía tan sólo a las partes) y que, por tanto, de acuerdo con el razonamiento de la demandante, se habría obtenido ilícitamente. No obstante, en este caso sí que se posicionan a favor de la admisión como prueba de este documento.

Cuestión VI. El tribunal arbitral debe ordenar la producción de información relativa a la relación entre HDF y RETSEP.

Único. El esclarecimiento de la verdadera relación que une a HDF y RETSEP es de la máxima relevancia a los efectos de una posible extensión del convenio arbitral, así como en lo relativo a la asignación de responsabilidad. Las fuentes de prueba existentes en esta materia no resultan suficientes.

79. Como dice Kubalczyk (p. 19), “*El tribunal puede excluir la producción de cualquier prueba irrelevante en el caso de que éste entienda que no tiene valor probatorio para demostrar unos determinados hechos o que carece de materialidad. La relevancia y*

materialidad de la producción de documentos solicitada son elementos obligatorios para su admisión” (traducción libre). En este sentido, sostiene la actora (§148 de su escrito de demanda) que “la contraparte solicita se ordene la producción de prueba relativa a la relación entre HDF y RETSEP, que no deberá ser admitida por el tribunal **por ser impertinente al objeto del reclamo**”, añadiendo que (§169) “**No proyecta ninguna utilidad producir prueba respecto a un tercero que no es parte en el arbitraje**. Atento a lo expresado, resulta **irrelevante la relación que pueda existir entre HDF y RETSEP**, por lo que el tribunal debe considerar dicha solicitud de producción de prueba impertinente”.

80. Alegan Kaufmann-Kohler y Bartsch (p. 18) que “**Un documento es considerado relevante si es probable que pruebe los hechos que dan lugar a unas conclusiones legales determinadas y es material cuando resulta necesario a la hora de apoyar la estimación de un argumento legal por el tribunal**” (traducción libre). Por su parte, arguye Kubalczyk (p. 19) que “Para que el tribunal pueda evaluar la relevancia y materialidad de los documentos solicitados, **las partes deben indicar de forma clara los argumentos factuales que quieren establecer a través de los referidos documentos**” (traducción libre). En palabras de Derains (p. 87), “la producción de documentos debe servir a los efectos de poner en conocimiento del tribunal documentación que no solo es relevante y material para el resultado de la controversia, sino que, además, **sin ésta una parte no podría descargar la carga de la prueba que recae sobre ella**”.

81. Pues bien, así las cosas, resulta claro que la producción de prueba sobre la relación HDF-RETSEP resulta i) pertinente y relevante, ii) material, y iii) indispensable para descargar nuestra carga de la prueba, y ello por un triple motivo. En primer lugar, porque, en caso de que el tribunal arbitral no estime la existencia de consentimiento implícito por parte de RETSEP al contrato EPCM HDF-CASESP, resultará esencial demostrar que HDF y RETSEP forman parte del mismo grupo de empresas, y ello a los efectos de extender el convenio arbitral, como se expuso en la Cuestión I; en segundo lugar, a los efectos de determinar los efectos que pudieran proceder sobre la responsabilidad que la demandante reclama; y, en tercer lugar, porque no existe otra forma de demostrar esta relación, dado que no se ha podido acceder al Registro de Tortuga (paraíso fiscal según la Unión Mootera) y que el de Cervantia está en contradicción con la composición del consejo de administración de RETSEP y con otras circunstancias, expuestas en la Cuestión I.

82. El segundo motivo que alega nuestra contraparte para que se desestime nuestra solicitud de producción de prueba es que “la solicitud cuenta con defectos formales, constituyendo otra razón para que la misma sea rechazada”, refiriéndose al art. 3 de las Directrices de la IBA sobre la práctica de prueba en el arbitraje internacional, así como al art. 4.5 de las Reglas Sobre la Tramitación Eficiente de los Procedimientos en el Arbitraje Internacional (Reglas de Praga). Parece la demandante olvidar que, en virtud del convenio arbitral, se encomienda la administración de este arbitraje a la Corte de Arbitraje de Madrid y, por ende, el procedimiento debe regirse por su Reglamento. Así las cosas, las Directrices IBA o las Reglas de Praga en la materia podrían resultar idóneas cuando nada dispusiere el Reglamento sobre este extremo. En este sentido, el art. 29.5 RCAM dispone que “En cualquier momento de las actuaciones, los árbitros podrán recabar de las partes documentos u otras pruebas, cuya aportación habrá de efectuarse dentro del plazo que se determine al efecto”; el 29.6 que “Si un medio de prueba estuviera en poder o bajo el control de una parte, y ésta rehusara injustificadamente presentarla o dar acceso a ella, los árbitros podrán extraer de esa conducta las conclusiones que estimen procedentes sobre los hechos objeto de prueba”; mientras que el art. 29.7 RCAM dice que “Si una de las partes, debidamente requerida para presentar documentos u otra información, no lo hiciera en los plazos fijados, los árbitros podrán dictar el laudo basándose en las pruebas de que dispongan. Ello sin perjuicio, en el caso de que la parte infractora no

invocase causa suficiente que justificase la no entrega, de la potestad de los árbitros para adoptar otras medidas, tales como las establecidas en el apartado anterior o la imposición de costas, con respecto a la parte infractora". Así las cosas, si bien el RCAM recoge la posibilidad de ordenar la producción de prueba, no añade unos requisitos tan absurdamente estrictos como los de los textos alegados de contrario (tampoco los señala la LMA). De este modo, debe prevalecer el RCAM.

CUESTIONES SOBRE EL FONDO DE LA CONTROVERSIA:

Cuestión VII. Son aplicables únicamente los Principios UNIDROIT; no procede la aplicación de la Convención de Viena. El Contrato celebrado entre HDF y CASESP es de Ingeniería, Adquisiciones y Gestión de la Construcción (EPCM). CASESP actuó diligentemente en el cumplimiento de sus obligaciones con arreglo al contrato.

83. La solicitud de arbitraje es un claro ejemplo del aforismo que afirma que "*la verdad a medias es una mentira completa*". La demandante acusa a CASESP de diversos incumplimientos en sus obligaciones contractuales, poniendo de manifiesto hechos que, en sí mismos, son veraces, y aisladamente considerados podrían conducir a las conclusiones extraídas por la Demandante, pero que, examinados en su debido contexto, conducen exactamente a la conclusión contraria. De este modo, procedemos a refutar, punto por punto, los argumentos de HDF:

A) No es aplicable la Convención de Viena, sino los Principios UNIDROIT.

84. HDF y RETSEP, en sus peticiones al tribunal arbitral de su escrito de demanda, solicitan que se declaren como aplicables al contrato la Convención de Viena sobre Contratos de Compraventa Internacional (CISG) y los Principios UNIDROIT. Sin embargo, no justifican en el mencionado escrito la razón de la aplicabilidad de la Convención de Viena, lo cual refuerza nuestra petición sobre la no aplicación de la misma, que se basa en las razones que alegamos a continuación.

85. En primer lugar, entre otros motivos, encontramos que la CISG es aplicable a la compraventa de "mercaderías", cuyo significado se encuentra en principio restringido a elementos de naturaleza mueble y tangible destinados a la comercialización, por lo que excluye de su ámbito de aplicación a los contratos que recaen sobre bienes inmuebles (construcción de cualquier estructura permanente inamovible) o intangibles (como el "*know-how*" o los servicios de puesta en marcha de la planta, como sucede en los "*turn-key contracts*"), incluso a pesar de que el comprador pudiera proporcionar la tierra y el edificio (Honnold, 1999).

86. Adicionalmente, aun si se aceptara que las obligaciones de entrega asumidas por CASESP recaen sobre mercaderías, la Convención no sería aplicable al Contrato, por el elemento preponderante de prestación de servicios. En este sentido, el artículo 3.2 CISG establece que ésta "*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*", e indudablemente, en este caso, al ser un contrato EPCM, la principal obligación es la prestación de servicios por parte de CASESP. Así, la doctrina ha afirmado que la venta de una planta industrial para ser construida por el vendedor (aquí CASESP ni siquiera asume esa responsabilidad, sino que corresponde a RETSEP) se rige por la Convención, salvo que el comprador provea una parte sustancial de los materiales necesarios, o si la entrega de *know-how* y la gestión (como sucede en el presente contrato) son más importantes que los materiales (Schlechtriem, 1991/92).

87. De igual forma, la jurisprudencia ha concluido que se presupone el "predominio" si, desde el punto de vista del comprador, reconocible para el proveedor, las "obras y servicios" son el centro de atención, independientemente de que el valor de dicho servicio alcance el valor

de los bienes. El factor decisivo es que, de acuerdo con el contenido del contrato, la adquisición de material para la realización del objetivo principal sólo se debe de forma incidental, lo cual es frecuente que suceda en los contratos de suministro de plantas [Germany, 7 December 2017, Bundesgerichtshof (*Plant for the production of potato chips*)].

88. Además, reconoce el Consejo Asesor de la Convención que la inclusión de los contratos “llave en mano” es muy controvertida (Garro y Perales, Opinión nº 4, párr. 3.5, p. 1453), rechazando la mayoría de la doctrina y la jurisprudencia la aplicación de la Convención a esa clase de contratos. En esta línea, por ejemplo, los tribunales han afirmado que la Convención no se supone aplicable a los “*turnkey contracts*”, al no tratarse tanto de un intercambio de bienes a cambio de un precio, sino de una red de deberes mutuos para colaborar y ayudar a la otra parte [Switzerland, 9 July 2002, Commercial Court Zürich (*Turnkey plant case*)]. Incluso algunos autores han manifestado que dicho precepto (artículo 3.2 CISG) se incluyó con la intención de excluir los contratos de llave en mano del ámbito de aplicación de la Convención (Schlechtriem y Herber, 1998, art. 3, núm. 8).

89. Es relevante también aquí la distinción entre los contratos EPC y los contratos EPCM, pues si bien la aplicación o no de la Convención podría ser discutida caso por caso en los contratos EPC, en el contrato EPCM -que es el concurrente en este caso- debe ser descartada. Esto se debe a que, como ha afirmado la doctrina, la “C” en “EPCM” no debe entenderse simplemente como “*Construction*”, sino de forma conjunta “**CM**”, como “*Construction Management*”, pues bajo el modelo EPCM el contratista no se obliga a construir, sino a desarrollar el diseño y gestionar el proceso de construcción (Roux, 2014).

90. **Son aplicables los Principios UNIDROIT**, sobre lo cual no existe controversia alguna entre las partes. De hecho, el escrito de demanda justifica sus pretensiones en la aplicación de los distintos preceptos contenidos en los Principios UNIDROIT (omitiendo cualquier mención a la Convención de Viena) e, incluso, haciendo alusión expresa a la aplicación de los mismos en el §53 (“*CASESP y HDF sometieron el contrato a los Principios UNIDROIT*”) o en las peticiones al tribunal arbitral [“Que declare que la Convención de Viena sobre Contratos de Compraventa Internacional y los Principios UNIDROIT son el Derecho aplicable al presente contrato”].

91. Rebatida la aplicación de la Convención, procede insistir en la aplicación de los Principios UNIDROIT, ya que pueden ser empleados como ley sustantiva cuando las partes establecen que se aplican los principios generales del derecho, la “*lex mercatoria*” o expresiones semejantes (*Preámbulo* de los Principios UNIDROIT). En este sentido, la cláusula 7 sobre “Ley aplicable” del contrato EPCM establece que “*El presente Contrato y todas sus obligaciones, así como las obligaciones no contractuales resultante 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*”.

92. Los tribunales han determinado que los Principios UNIDROIT se adaptan especialmente a las necesidades de las transacciones internacionales y cuentan con acuerdo general internacional, si bien no manifiestan un sistema nacional concreto. En concreto, se ha reconocido que en este tipo de cláusulas contractuales que hacen referencia a los “principios generales”, estos se ven reflejados por los Principios UNIDROIT, sin perjuicio de tener en consideración las provisiones del contrato y los usos del comercio correspondientes y que, por tanto, este contrato deberá ser regido e interpretado conforme a éstos (Laudo 7110 de la Cámara de Comercio Internacional, 1995 y doctrinalmente, Oviedo, 2002).

B) El contrato celebrado entre HDF y CASESP es de Ingeniería, Adquisiciones y Gestión de la Construcción (EPCM), por lo que CASESP no puede asumir la responsabilidad de ejecución, sino únicamente las derivadas de la tarea de supervisión propiamente dicha.

93. Respecto a la naturaleza contractual, la mercantil demandante insiste en todo su escrito en que se trata de un contrato de Ingeniería, Adquisiciones y Construcción (Engineering, Procurement and Construction, EPC , o también denominado llave en mano), argumento que carece de fundamento, y constituye un error evidente a primera vista, ya que se trata de un contrato de Ingeniería, Adquisiciones y *Gestión* de la Construcción (Engineering, Procurement, Construction Management, o **EPCM**), lo cual será demostrado en el desarrollo de esta parte, que determinará el ámbito de responsabilidad de CASESP y pondrá de manifiesto el efectivo cumplimiento de sus obligaciones contractuales.

94. Es necesario mencionar que los proyectos de ingeniería se sustentan en dos operaciones: la concepción de la obra y su ejecución. Desde una perspectiva jurídica, estas funciones pueden ser atribuidas a distintas personas (a través de contratos separados) o a una misma persona (a través de un único contrato). En la práctica, cuando lo que se pretende es que estas funciones esenciales queden separadas, se recurre a distintas fórmulas contractuales -entre éstas los contratos EPCM-; y, por el contrario, si lo que se desea es concluir un solo contrato en el que ambas prestaciones las asuma un solo sujeto, se opta por los contratos llave en mano (Calvo y Fernández, p.1748).

95. El contrato “llave en mano” se puede definir como aquel en el que el contratista se obliga frente al cliente a cambio de un precio, generalmente, alzado, a concebir, construir y poner en funcionamiento una obra determinada que él mismo previamente ha proyectado (Hernández, p. 161). En este tipo de contratos, el énfasis recae en la responsabilidad global que asume el contratista frente al cliente.

96. Es oportuno dejar establecido que el reparto de riesgos estipulado en el Contrato EPCM concluido entre HDF y CASESP no es el propio de un contrato tipo llave en mano, en los que la principal característica es la distribución de riesgos, que implica una asunción total de estos por parte del contratista. Ejemplo de ello es la cláusula 17.1.(ii) del *FIDIC Silver Book*, en la que se exime de responsabilidad al Empleador respecto a cualquier negligencia, acto doloso o incumplimiento del contrato, así como la cláusula 4.19, en la que el Contratista asume la responsabilidad del suministro de toda la energía, agua y otros servicios que pueda necesitar. Estos ejemplos son contrarios al contrato EPCM, que en su cláusula 12.6 establece que es una responsabilidad del empleador suministrar los servicios públicos y materia prima durante la ejecución.

97. Bajo el término *Project Management* (gestión de construcción) se engloba una gama muy amplia de servicios que varían según las concretas necesidades de cada cliente, pero asumiendo siempre dos funciones básicas: programar y coordinar los trabajos implicados en la realización de la obra, sin asumir participación en la ejecución material de la misma, lo que es evidente en este caso debido a la existencia de un contrato EPC celebrado entre HDF y RETSEP (Caso Moot Madrid, p.104, Aclaración 19), en el que este último asume la obligación de ejecución de la obra, recayendo sobre CASESP únicamente la gestión y supervisión (D.R nº 1). Junto a estas funciones, dentro del proyecto quedan incluidos otros servicios de ingeniería (como la ingeniería de diseño subcontratada con TRUEBA), de tramitación del proyecto, de vigilancia y supervisión técnica y de gestión de la construcción (IGRA, pp. 29-30); siendo estas obligaciones las asumidas por CASESP, en colaboración con TRUEBA y DEL VALLE (Caso Moot Madrid, p. 37), con quienes llevó a cabo el diseño y supervisión de la construcción y la gestión de las compras, mientras que, de forma independiente, HDF celebró con RETSEP un contrato EPC y un contrato de O&M.

98. Un contrato de gestión de proyectos como el celebrado entre HDF y CASESP ofrece al cliente la posibilidad de atribuir las funciones de supervisión, dirección y coordinación del proyecto (Calvo y Fernández, p. 1752), conservando el cliente el control necesario sobre el mismo, aunque con una participación limitada (Squire y Murphy, p.65). Este control de la obra por parte de HDF es evidente en diferentes cláusulas contractuales; por ejemplo: la cláusula 11.8.12 (a) (“*la decisión final con respecto a la selección y aprobación de los licitadores recae en el empleador*”), 11.8.13 (“*EPCM no tendrá derecho a renunciar y / o modificar ningún requisito [...] sin el consentimiento previo del Empleador*”), o la cláusula 11.11 (“*EPCM no podrá, sin la aprobación previa por escrito del Empleador [...] (a) autorizar o emitir instrucciones a cualquier Contratista...* ”, y (f) “*aprobar o expresar satisfacción con cualquier diseño realizado por cualquier Contratista...* ”, entre otras.

99. Por otro lado, debe tenerse en cuenta el proceso de elaboración del contrato, para el cual se tomó como base un modelo EPCM utilizado por CASESP – téngase en cuenta que pudo utilizarse un modelo EPC si esa hubiese sido la intención de las partes-, el cual, como es lógico, se adaptó a las necesidades del proyecto y requerimientos de HDF; ejemplo de esto es la inserción de la cláusula de responsabilidad medioambiental solicitada por la demandante (Caso Moot Madrid: p. 102, Aclaración 12).

100. Esta parte concuerda con HDF en que “*la calificación no incide la voluntad de los contratantes. La misma se deduce del contenido negocial del contrato*” (§184 del escrito de demanda), por lo que ese contenido negocial será el objeto de análisis, atendiendo al art 4.1.1 de los Principios UNIDROIT, que señala que el contrato debe interpretarse conforme a la intención común de las partes. La doctrina resume en tres los principios que rigen la interpretación contractual: primacía de la voluntad, auto-responsabilidad y confianza, todos ellos de carácter subjetivo (Díez Picazo, p. 498).

101. Respecto a la voluntad común de las partes, ha quedado en evidencia que se pretendía y se quería constituir un contrato EPCM; esto se reafirma mediante la contratación independiente que realiza HDF con RETSEP, ya que, si lo que se pretendía era que CASESP se hiciera responsable de la ejecución (del resultado final), aquella pudo celebrar, gestionar y administrar el Contrato de Construcción directamente como lo prevé la cláusula 11.9.1. (b) del contrato EPCM; mas al no ser éste el caso, y atendiendo a la definición de contrato de construcción que nos da el contrato EPCM (p. 3) (“*significa cualquier contrato celebrado, o que se celebrará, entre EPCM y el Contratista de Construcción para las Obras de Construcción*”), todas las cláusulas referidas al contratista de construcción carecen de validez en relación a RETSEP, ya que es un contratista independiente, limitándose la responsabilidad de CASESP a la gestión y supervisión, como establece la cláusula 9.2.1.

102. Por otro lado, teniendo en cuenta el principio de autorresponsabilidad, es claro que HDF no puede beneficiarse de una estipulación equívoca u oscura que haya introducido en el contrato, puesto que las cláusulas relativas a la responsabilidad sobre subcontratistas, así como las limitaciones de responsabilidad y las cláusulas que reflejan el precio y forma de pago, fueron objeto de una intensa y específica negociación por las partes, atendiendo CASESP de esta manera a los requerimientos y necesidades de HDF (Caso Moot Madrid, p. 102 -103, Aclaración 12).

103. Finalmente, cabe hacer mención a la confianza. CASESP ha confiado en HDF y ha actuado conforme a la lealtad y buena fe (art. 1.7 Principios UNIDROIT) que debe regir en todas las relaciones contractuales, mientras que la demandante ha traicionado esa confianza, y prueba de ello son los diversos correos en los que CASESP manifestaba su desconfianza hacia RETSEP, y la manifiesta aclaración respecto a la asignación de tareas y responsabilidades (D.R nº 4, 5, y 6). Aunque las cláusulas contractuales recogen lo acordado, es oportuno que los

acuerdos y declaraciones posteriores de HDF se utilicen para interpretar lo escrito, con base en el art. 2.1.17 Principios UNIDROIT. Además, atendiendo a lo estipulado en el art 1.8 Principios UNIDROIT, HDF ha vulnerado el principio *venire contra factum proprium*, el cual prohíbe que una parte actúe contra su propio comportamiento mostrado con anterioridad para limitar los derechos de la otra parte que había actuado razonablemente en consecuencia.

104. Las declaraciones contractuales de HDF y CASESP deben valorarse e interpretarse conforme a la intención común de las partes (art. 4.1.1 Principios UNIDROIT), en concordancia con los principios antes mencionados, que, en este caso, permiten evidenciar la verdadera y real voluntad de los contratantes; por lo que el contrato no sólo se denomina EPCM, sino que su alcance y contenido también lo es. Esta afirmación se respalda tomando en consideración los actos realizados por las partes con posterioridad a la celebración del contrato [art. 4.3 (c) Principios UNIDROIT], y, en todo caso, atendiendo también al criterio de razonabilidad (art. 4.1.2 Principios UNIDROIT).

105. Por otra parte, si el tribunal considera que dicha intención no puede determinarse, debe darse una interpretación sistemática del contrato (art 4.4 Principios UNIDROIT), ya que los términos y expresiones establecidas en el mismo no operan aisladamente, sino como partes integrantes de un todo, y, a la luz del contexto general del contrato, se llega a la conclusión ya expuesta.

106. Con un fin aclarativo, aseveramos que el método de determinación de precio establecido en el contrato tampoco es habitual en los contratos llave en mano, en los que generalmente la remuneración se lleva a cabo a través de un precio alzado, que consiste en un precio global para la totalidad de la ejecución. En este caso, la remuneración del contratista se pactó como un “*cost-plus fee*”; es decir, se estableció un sistema de costos reembolsables que implica que se paga por los costes reales incurridos en la ejecución del contrato, más una cuota de beneficios, de modo que se tomaría como base el coste de los subcontratistas, y se le aplicaría una comisión del 12% (Caso Moot Madrid: p. 5, §7) como beneficio para CASESP. Gómez Guzmán manifiesta que es frecuente que se incluya una estimación del coste total para comprometer fondos y establecer un límite máximo que el contratista no podría exceder (salvo excepciones). En este caso, el valor estimado del contrato fue de 120.000.000 de EUR, valor que incluía una estimación de la obra incluyendo la comisión de CASESP, pero que carecía de rigidez, ya que al finalizar la obra podría ser inferior o superior bajo autorización de HDF, tal y como dispone la cláusula 11.11.(b) (“*EPCM no podrá, sin la aprobación previa por escrito del Empleador... (b) aumentar el coste de las Obras en más del 3%*”). Este tipo de remuneración es frecuente en los contratos EPCM. Para Glavinis (p. 399), una de las mayores garantías que en la práctica ofrece el Contratista EPCM al cliente es la “*guaranteed maximum Price*”, en la que se compromete a que el coste del proyecto no sobrepase una cantidad determinada inicialmente en el contrato, sino que se hace responsable de cualquier exceso de la mencionada cantidad.

107. La diferencia entre un contrato EPC y EPCM, como se ha explicado, no es meramente semántica. En un contrato EPCM el contratista no se compromete a ejecutar un proyecto -es decir, no se hace responsable del resultado-, sino a *gestionar y supervisar* sus diferentes elementos. CASESP tiene una responsabilidad directa sobre los subcontratistas: TRUEBA S.L.U. y DEL VALLE S.L.U (D.R nº 3, p. 37), recayendo únicamente sobre estas dos empresas su responsabilidad solidaria.

108. En los contratos EPCM, el contratista no asume responsabilidad por las partes de obra que no hayan sido ejecutadas por él o bajo su responsabilidad, salvo que ésta se derive de decisiones adoptadas o instrucciones dadas por éste en la ejecución de sus propios servicios. Esto es evidente en el contrato. La cláusula 11.9.1.(a) expresa que “*CASESP es responsable de la ejecución de todas las obras de construcción requeridas para el proyecto*”, pero según el

literal (b) de los “*contratos que haya celebrado, gestionado y administrado en su propio nombre*”, que no ha sido el caso, ya que existe un contrato EPC entre HDF y RETSEP; y, además, este último nunca pasó por la diligente evaluación establecida en la cláusula 11.9.2.(d) del contrato EPCM. Es más, CASESP mostró su disconformidad con su participación, por lo cual, en este caso, queda muy claro que su obligación se limitaba a la gestión y supervisión. Por lo expuesto, queda demostrado que se trata de un contrato EPCM, y, por consiguiente, CASESP puede asumir únicamente la responsabilidad de la gestión y supervisión propiamente dicha, de modo que todas las cláusulas referentes al “contratista de construcción” carecen de validez frente a RETSEP.

C) CASESP actuó diligentemente en el cumplimiento de sus obligaciones, con arreglo al contrato, y cumplió con el procedimiento de “obra defectuosa”.

109. La mercantil demandante hace tres afirmaciones respecto a CASESP en su solicitud de arbitraje: i) “*incumplió las obligaciones que asumió al suscribir el contrato EPC...*” (§187); ii) “*debió controlar diligentemente su calidad con anterioridad al montaje y es responsable por su conducta omisa*” (§199); y iii) “*la demandada no cumplió sus obligaciones contractuales con la diligencia debida y es responsable por su prestación de servicios defectuosos*” (§202). Estas afirmaciones carecen de fundamento, como la mayoría de sus argumentos, que constituyen falacias desesperadas ante la veracidad de su errónea actuación, y que a continuación se desmienten.

110. Desde el inicio, CASESP cumplió con sus obligaciones de manera regular y diligente, empleando los mejores esfuerzos en la ejecución de la prestación, en cumplimiento con el contrato y con el art 5.1.4.(2) de los Principios UNIDROIT.

111. Se insiste en el hecho de que CASESP mostró su disconformidad con la participación de RETSEP, asesorando a HDF y dejando de manifiesto que los contratistas sin experiencia, como RETSEP, no son una buena opción para este tipo de proyectos (D.R nº 4, p. 38). Pese a ello, HDF dejó claro su interés en involucrar a RETSEP como contratista principal, razón por la cual D. Esteban Trueba se puso en contacto con D^a Paulina del Valle, con quien mantuvo una conversación telefónica con fecha 21 de febrero de 2014 para discutir los aspectos relativos a su papel en la operación, quedando patente que CASESP se limitaba únicamente a supervisar el proyecto -conversación recapitulada vía correo electrónico (D.R nº 5 y 6, pp. 39-40)-.

112. De forma posterior, como ya se ha mencionado anteriormente, CASESP celebró subcontratos con sus filiales TRUEBA S.L.U. y DEL VALLE S.L.U, y realizó junto con ellas el diseño de la planta, la supervisión de la construcción y la gestión de compras, mientras que HDF concluyó, de forma independiente, con RETSEP dos contratos: un Contrato de Ingeniería, Adquisiciones y Construcción (EPC) y otro de Operación y Mantenimiento (O&M), siendo RETSEP quien ejecutó la mayor parte de la obra y el equipamiento, como la Torre de Absorción, mientras que CASESP únicamente se limitó a entregar las instrucciones y manuales necesarios para el montaje (D.R nº 4, p. 38)

113. En septiembre de 2017, se alcanzó el hito el *Mechanical Completion*, el cual consiste en la comprobación de que la Planta funciona mecánicamente, y en abril de 2018 se alcanzaron las pruebas de *Performance*, comprobando el cumplimiento de los valores de calidad y cantidad contratados (Caso Moot Madrid, p. 105, Aclaración 2), pruebas que demostraron el desempeño óptimo de la Torre de Absorción y su adecuado funcionamiento, contando ambas con la aceptación de HDF.

114. Tras ello, se inician las pruebas de ejecución, en las que CASESP, en cumplimiento de sus obligaciones (véanse las cláusulas del contrato EPCM 25.3.1, 25.3.2 y 25.3.3), pone a disposición de HDF representantes cualificados para monitorear los resultados y proporcionar

al empleador las instrucciones técnicas necesarias. En cumplimiento eficiente de su labor, el 15 de junio de 2018, los ingenieros de CASESP, en conversaciones mantenidas con sus homónimos de HDF, se percataron que desconocían de aspectos básicos de la Operación y Mantenimiento de la planta. En particular, les indicaron que el PH del agua de refrigeración tenía que estar en un rango de 5-8. De este particular, D. Esteban Trueba puso inmediatamente en conocimiento, vía correo, a D^a Paulina del Valle (D.R nº 13, p. 47), puesto que resultaba incomprensible cómo algo tan básico como el PH adecuado, que figuraba de forma clara en el Manual de Operaciones y Mantenimiento y en el contrato celebrado entre HDF y RETSEP, sea desconocido por quien era responsable del adecuado mantenimiento, a sabiendas de que un PH por debajo de esos niveles constituía un claro riesgo de corrosión.

115. El 10 de diciembre de 2018, Elizabeth Sommers comunica a Clara Del Valle la decisión del Ministerio de Medio Ambiente de aperturar un expediente administrativo sancionador por la contaminación derivada de la planta; a lo que CASESP contesta de forma inmediata manifestando la necesidad de realizar una inspección de la planta con sus operarios, trasladando el problema a los responsables del proyecto con la finalidad de coordinar agendas (D.S nº 8, p. 17). Posteriormente, el 7 de enero de 2019, HDF envía a CASESP un informe en el cual manifestaba que *“El incorrecto funcionamiento de la Torre de Absorción supone que el producto se filtre y se deposite en el terreno”*, acompañado de la solicitud de un plan de actuación inmediato (D.S nº 10, p. 19).

116. Es oportuno mencionar que, con base en lo expuesto en el apartado anterior, los problemas de contaminación asociados a las filtraciones en la Torre de Absorción serían problemas de ejecución de la construcción, o bien de operación y mantenimiento, pero, en ningún caso, problemas imputables a CASESP bajo el contrato EPCM. Además, teniendo esto en cuenta, la demandada, en cumplimiento del procedimiento de servicios defectuosos establecido en la cláusula 24.2. (a), con fecha 8 de enero de 2019 propone a D^a Clara del Valle un plan de actuación en el que manifiesta que *“podemos analizar las posibles vías para la sustitución del equipo, y coordinar la estrategia para minimizar los tiempos muertos, y mediar con la Administración, para que entiendan el problema, y el hecho de que estará solucionado en un plazo breve - estimamos unos 4 meses”* (D.S nº 11, p.20), por lo que es importante que el tribunal tenga en cuenta que la Administración de Cervantia no comunicó un plazo de cierre, y cualquier fecha indicada por HDF es una mera estimación (Caso Moot Madrid: p. 105, Aclaración 27).

117. En cumplimiento de sus obligaciones, CASESP inició un proceso de investigación en el que pidió un informe de laboratorio sobre las fallas en la Torre de Absorción, resultados que fueron documentados (Caso Moot Madrid, p. 105, Aclaración 24). Para sorpresa de CASESP, dos días después -esto es, el 10 de enero de 2019-, HDF le envió un correo electrónico con peticiones irracionales; entre ellas, la de sustitución de la Torre de Absorción (D.S nº 12, p.21). Posteriormente, el 12 de enero de 2019, HDF ya había encargado la sustitución de la Torre a RETSEP (D.S nº 14, p.23), de forma arbitraria, y sin tener en cuenta el plan de actuación de la demandada.

118. Desde la comunicación del cierre de la planta (10 diciembre del 2018) hasta la fecha de encargo del reemplazo de la Torre de Absorción (12 de enero de 2019) transcurrió tan sólo un mes, por lo que, aunque hubiese existido responsabilidad por parte de CASESP, HDF actuó de manera apresurada, irresponsable y arbitraria. La cláusula 24.3 del contrato hace referencia a *“un tiempo razonable...”*, pero las actuaciones de HDF demuestran que éste no fue respetado. El 8 de enero de 2019, CASESP propuso un plan de actuación: i) analizar las posibles vías para la sustitución del equipo; ii) coordinar la estrategia para minimizar los tiempos muertos; y iii) mediar con la Administración. Sin embargo, tan sólo cuatro días después, HDF ya había encargado la sustitución de la Torre a RETSEP. El artículo 7.4.5 de los Principios UNIDROIT

establece que cualquier operación de reemplazo debe llevarse a cabo dentro de un tiempo razonable y de una manera también razonable, a fin de evitar que la parte incumplidora sea perjudicada por una conducta apresurada o maliciosa. Así, la cuestión que se deriva de estos hechos es si un plazo de cuatro días puede considerarse “razonable”, en el sentido de los Principios UNIDROIT. La respuesta, evidentemente, debe ser rotundamente negativa, ya que un proceso de sustitución integral requeriría de un informe técnico veraz sobre las causas, y lo único que se conoce es un informe de resultados de laboratorio que, a juicio de quien elabora el mismo, no le permite opinar con certeza, sino a través de supuestos, manifestando que “*El estudio e informe se ha realizado de manera urgentísima, atendiendo a la gravedad de la situación, pero ello, como es de esperar, afecta a la seguridad con la que se pueden expresar las conclusiones*”, y que “*el origen del problema parece encontrarse en las fugas en la Torre de Absorción*” (D.S n° 9, p.18). Así las cosas, con base en estos supuestos, no se debió autorizar de forma apresurada la sustitución, siendo lo óptimo esperar un informe técnico concreto y definitivo.

Cuestión VIII. HDF incumplió sus obligaciones contractuales para con CASESP.

A) El retraso imputable a HDF perjudicó y retrasó la conclusión del hito Mechanical Completion.

119. HDF acusa a CASESP de incumplimiento, pero omite una fundada explicación y no argumenta por qué el retraso no supuso una reclamación del cliente. A nuestro juicio, la falta de reclamación se sustenta en el evidente incumplimiento por parte de la mercantil demandante.

120. La cláusula 12.6 del contrato establece que “*el empleador será responsable de proporcionar los servicios públicos (vapor, agua, energía) y la materia prima de petróleo crudo requerida para la puesta en marcha y las pruebas de rendimiento*”. Sin embargo, tras una revisión exhaustiva del contrato, no se ha encontrado un plazo, a diferencia de lo afirmado por la demandante (solicitud de arbitraje, §11), por lo que de la interpretación contractual se extrae que las *Utilities* serían proporcionadas ante el requerimiento del EPCM.

121. En cumplimiento del contrato, las *Utilities* fueron requeridas a la demandante. No obstante, no se recibió respuesta alguna. CASESP, como empresa seria y profesional que desea planificar y atenerse a los plazos previstos, ante tal situación, alarmante por las consecuencias que podría ocasionar, y frente al incumplimiento de HDF, el 9 de abril de 2017 trasladó, vía correo electrónico, a D^a Aurora del Valle la preocupación por las *Utilities* (D.R n° 7); correo que fue seguido por otros en los que se manifestaba la misma preocupación (D.R n° 9 y 11), así como de la aclaración de que era un problema que escapaba del control de CASESP.

122. Ante los reiterados requerimientos, la respuesta de HDF transmitió tranquilidad, ya que manifestaba “*No os preocupéis. En ningún caso se hará responsable al contratista*” (D.R n° 8), “[...] *como ya indicamos la vez anterior, ni hay intención ni sería lógico hacer responsable al contratista*” (D.R n° 10), “*somos conscientes de la situación, y en ningún caso hemos dado a entender que podamos haceros responsables de algo que, claramente, escapa a vuestro control...*” (D.R n° 12). Atendiendo a lo estipulado en el art. 2.1.18 Principios UNIDROIT (“*una parte quedará vinculada por sus propios actos y no podrá valerse de dicha cláusula en la medida en que la otra parte haya actuado razonablemente en función de tales actos*”), HDF no puede pretender atribuir responsabilidad a CASESP basándose en la cláusula 27.2 del contrato EPCM, cuando la demandada ha actuado en función de las declaraciones y actuaciones de HDF. Ante la seguridad que HDF transmitió, y confiando en que en ningún momento se haría responsable al contratista, CASESP no tomó ninguna acción al respecto, pese a que la cláusula 27.2, apartado segundo, del Contrato EPCM le facultaba: “*Si los retrasos en dichos plazos son causados por la falta de puesta a disposición del EPCM por el Empleador de*

cualquiera de las utilities [...] la penalización imputable al Empleador será de 10.000 EUR por día de retraso en su puesta a disposición”.

123. Es evidente que HDF ha contravenido el principio *venire contra factum proprium*, recogido en el art. 1.8 Principios UNIDROIT, que impone la obligación a una parte de no ocasionar un detrimento o desventaja a la otra actuando de manera contradictoria con el entendimiento de las partes respecto de su relación contractual, sobre la base del cual la otra parte haya actuado razonablemente confiando en dicho entendimiento. Su comportamiento es claramente contradictorio a la buena fe y lealtad negocial (art. 1.7 Principios UNIDROIT). La responsabilidad impuesta por el artículo 1.8 pretende evitar perjuicios causados por confiar de manera razonable, como lo ha hecho CASESP.

124. HDF, en sus reiterados correos, asumió el riesgo de su incumplimiento y, por ende, las consecuencias que el mismo generaría. No puede alegar incumplimiento de CASESP, ya que es la misma demandante quien lo ha causado, tal y como se recoge en el art. 7.1.2 de los Principios UNIDROIT: *“Una parte no podrá ampararse en el incumplimiento de la otra parte en la medida en que tal incumplimiento haya sido causado por acción u omisión de la primera o por cualquier otro acontecimiento por el que ésta haya asumido el riesgo”.*

125. Por otro lado, es necesario que se tenga en cuenta el reconocimiento de responsabilidad que la demandante hace en la respuesta a la reconvencción, manifestando que *“Una cosa es que CASESP no pudiese ser responsable de **aspectos como las utilities, que, claramente, eran responsabilidad de HDF**, como así lo reiteró D^a Aurora...”* (respuesta a la reconvencción, §3). Este reconocimiento pone de manifiesto que el retraso es única y exclusivamente imputable a HDF.

B) HDF incumplió la obligación de confidencialidad contemplada en el contrato (cláusulas 17-18 del contrato EPCM).

126. Cuando las empresas quieren proteger sus procesos industriales sin acudir a la propiedad industrial, pueden hacer uso de la confidencialidad como herramienta para suministrar conocimiento (generalmente llamado *know-how*) al comprador (UNCITRAL, p. 66). Gran parte del valor del *know-how* de una empresa reside justamente en mantenerlo como secreto, lo que le permite obtener una ventaja comercial en el mercado (UNIDO, p. 12). En muchos contratos de este tipo y, como sucede en este caso, la parte que transfiere la tecnología sólo estará dispuesta a ello si el empleador acepta las restricciones del uso de ésta, incluido por supuesto el deber de confidencialidad (UNCITRAL, p. 68). La cláusula de confidencialidad del *know-how* trata de mantener en secreto la información suministrada para que no pueda ser revelada a terceros sin la autorización del proveedor de dicho conocimiento (UNIDO, p. 15).

127. El contrato determina la extensión de qué se debe entender como información confidencial (como el *know-how*), y recoge en qué supuestos esta información puede ser utilizada por el empleador (UNCITRAL, pp. 53 y 64), lo que se encuentra contemplado en las cláusulas 17 y 18 del contrato EPCM y que, sin lugar a duda, no cubre la posibilidad de que la información revelada a terceros permita a estos poder realizar otros trabajos basados en los nuevos conocimientos adquiridos como consecuencia del incumplimiento de confidencialidad por parte de HDF (en línea con, UNCITRAL, pp. 59-60).

128. De acuerdo con la cláusula 18.2 del Contrato, *“El Empleador mantendrá la confidencialidad y **no deberá**, sin el consentimiento por escrito de EPCM, **divulgar a ningún tercero la información** adquirida directa o indirectamente de EPCM, especialmente si reviste carácter confidencial, y/o está sujeta a derechos de propiedad intelectual”* conforme a la cláusula 17, entre los que se incluyen los *“conocimientos y otra información técnica divulgada al Empleador en virtud del Contrato, así como todas las patentes, invenciones, documentos,*

tecnologías de proceso y programas informáticos que conciernen al Objeto del Contrato y son propiedad del Contratista, el Licenciante o un Tercero” (cláusula 17.2.4).

129. Debe señalarse que las cláusulas de propiedad intelectual (17), confidencialidad (18) y penalizaciones (27) incluidas en el contrato EPCM se basan en un contrato modelo distinto de CASESP que se incorporó al contrato con HDF sin que ésta planteara objeciones a ello (Caso Moot Madrid, p. 102, Aclaración 12). Además, la tecnología desarrollada por TRUEBA para la producción de fertilizantes está basada en su *know-how*, y no está sujeta a patente, sino que se protege como secreto industrial mediante cláusulas de confidencialidad (*Non-Disclosure Agreements*, o NDA), como el recogido en el contrato EPCM (Caso Moot Madrid, p. 104, Aclaración 21). De ahí la gran relevancia de dicha cláusula en este contrato. En esta misma línea, la cláusula 27.6, segundo párrafo, establece que *“El Contrato se mantendrá confidencial y ninguna de las partes podrá, sin el consentimiento por escrito de EPCM, divulgar a ningún tercero los Documentos, los términos de este Contrato, los documentos del Proyecto o cualquier información adquirida directa o indirectamente (incluyendo financiamiento, finalización, operación, mantenimiento, ajustes, modificación, extensión, reparación, reemplazo y renovación de las Unidades y/o los Servicios) del Empleador, EPCM o cualquiera de los sub-contratistas, ya se haya recibido dicha información antes o después de la Fecha de entrada en vigencia del presente Contrato”*.

130. Sin embargo, a pesar de que el contrato previera de forma tan clara el deber de confidencialidad de HDF respecto a la información y tecnología que CASESP puso en conocimiento del empleador, HDF entregó a RETSEP dicha información sensible y confidencial sobre el proceso y sobre el equipo, en clara vulneración de los compromisos de confidencialidad suscritos con CASESP en el propio contrato EPCM.

131. De conformidad con el documento de la solicitud de arbitraje nº 4 presentado por la demandante (correo electrónico de Esteban Trueba dirigido a Elizabeth Sommers), de fecha 10 de marzo de 2014, *“al tratarse en este caso de una planta de fertilizantes, TRUEBA es formalmente la titular de la tecnología, que, a su vez, licencia a CASESP, para que ésta pueda ponerla a disposición del cliente, y así evitar todo tipo de fugas. En este caso estamos haciendo una excepción, al estar involucradas otras partes, de modo que esperamos que entendáis la importancia de las cláusulas de confidencialidad”*. Así, HDF era conocedora de la particular relevancia del respeto a la cláusula de confidencialidad inserta en este contrato y, a pesar de ello, no lo ha hecho.

132. El art. 2.1.16 Principios UNIDROIT, sobre el “deber de confidencialidad”, dispone que, si una de las partes proporciona información confidencial durante el curso de las negociaciones, la otra parte tiene el deber de no revelarla ni utilizarla injustificadamente en provecho propio, independientemente de que con posterioridad se perfeccione o no el contrato. Además, especifica que, si es apropiado, la responsabilidad derivada del incumplimiento de esta obligación puede incluir una compensación basada en el beneficio recibido por la otra parte. Consideramos que esta previsión del deber de confidencialidad, si es exigible en las relaciones precontractuales, más aún debe serlo cuando el contrato se perfecciona y se convierte en obligatorio para las partes.

133. A nivel internacional, nos encontramos también con el “Acuerdo sobre Aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el Comercio” (incluido dentro del Convenio por el que se creaba la OMC), que, en su art. 39.2, establece que tanto las personas físicas como las jurídicas tendrán la posibilidad de impedir que la información que esté legítimamente bajo su control se divulgue a terceros o sea adquirida o utilizada por terceros sin su consentimiento de manera contraria a los usos comerciales honestos, en la medida en que dicha información sea secreta, tenga un valor comercial por ello, y no haya sido objeto de medidas razonables,

tomadas por la persona que legítimamente la controla, para mantenerla secreta. Los tribunales de Andina y Cervantia han adaptado su jurisprudencia a los estándares internacionales en materia de Propiedad Industrial e Intelectual (Aclaración nº 8 de la Orden Procesal 2), en los que debe incluirse sin duda este Acuerdo.

134. Además, por ejemplo, la Directiva (UE) 2016/943 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2016, relativa a la protección de los conocimientos técnicos y la información empresarial no divulgados (secretos comerciales) contra su obtención, utilización y revelación ilícitas, destaca en sus considerandos iniciales (nº 2) que *“Las empresas, sea cual sea su tamaño, valoran los secretos comerciales tanto como las patentes u otros derechos de propiedad intelectual. Utilizan **la confidencialidad como una herramienta de gestión de la competitividad empresarial y de la innovación en investigación, para proteger información de muy diversa índole** (...). Al proteger esa gran diversidad de conocimientos técnicos e información empresarial, ya sea como complemento o como alternativa a los derechos de propiedad intelectual, los secretos comerciales permiten a los creadores e innovadores sacar provecho de sus creaciones e innovaciones, por lo que son especialmente importantes para la competitividad de las empresas, así como para la investigación y el desarrollo, y el rendimiento asociado a la innovación”*. En concreto, en su artículo 4.3.b) establece que la utilización o revelación de un secreto comercial se considerará ilícita cuando la lleve a cabo, sin el consentimiento de su poseedor, una persona respecto de la que conste que ha incumplido un acuerdo de confidencialidad o cualquier otra obligación de no revelar el secreto comercial. Como puede verse, la tendencia a nivel mundial es la protección del *know how* como parte del secreto industrial de las empresas.

135. En los *“turnkey contracts”*, la obligación esencial es de resultado (la construcción), por lo que no suelen ser necesarias las garantías del uso de tecnología por parte del constructor. Sin embargo, como sucede en otros contratos -como el presente EPCM-, la parte que suministra la tecnología puede no estar dispuesta a garantizar el funcionamiento de las obras, dado que depende de las obligaciones de construcción de otras empresas (en este caso, RETSEP). En estos casos, el proveedor de tecnología lo que puede garantizar es que el uso de la tecnología dará como resultado la operación de las obras de acuerdo con ciertos parámetros especificados, siempre que dicha tecnología se utilice y las obras se construyan siguiendo las condiciones especificadas por él (UNCITRAL, p. 70). A veces, el proveedor de la tecnología puede darse cuenta de que el entrenamiento no es factible respecto a un *“aprendiz”* en concreto (en este caso, RETSEP), en cuyo caso debe informarse al empleador (como CASESP hizo con HDF) para intentar encontrar una solución adecuada (UNCITRAL, p. 73). Sin embargo, a pesar de las advertencias de CASESP sobre que RETSEP no estaba siguiendo sus indicaciones, HDF hizo caso omiso y, al contrario, incluso encargó a ésta las obras de sustitución de la Torre de Absorción, cuyo daño se había derivado se propia falta de pericia en la ejecución de las obras e instalación de la misma. Sin embargo, HDF alega (§222 a 226 del escrito de demanda y p. 62 del Caso Moot Madrid) que no se puede invocar incumplimiento de los compromisos de confidencialidad, y ello porque la transmisión de la tecnología a RETSEP se debe a la necesidad derivada de la negativa de CASESP a hacerse cargo de la reparación de la Torre de Absorción, y que, como consecuencia, resulta imposible encontrar responsable a HDF o RETSEP de un incumplimiento provocado por la propia CASESP. No obstante, ha sido rebatida con anterioridad la posible imputación de responsabilidad de CASESP por incumplimiento de sus obligaciones contractuales respecto a HDF, habiendo justificado que CASESP ha actuado de forma correcta, por lo que el *“apresuramiento”* de HDF, injustificado e irrespetuoso con el procedimiento previsto contractualmente, para reparar la Torre de Absorción, no puede ser alegado como motivo que permita la revelación de información confidencial de tanta importancia y valor para CASESP.

136. Además, no sólo se trata de que HDF haya incumplido esta obligación, sino que, como consecuencia de tal hecho, RETSEP se está beneficiando de la transferencia de tecnología relativa a la planta de fertilizantes, especialmente la Torre de Absorción, realizada de manera ilegal por HDF. Así, RETSEP, a mediados de 2019, resultó adjudicataria de otros dos proyectos para plantas de fertilizantes (uno en Cervantia y otro en Pampia) por valor de 800 millones de euros, lo cual no habría sido posible sin la tecnología de CASESP.

137. La infracción del deber de confidencialidad implica responsabilidad por daños. La violación de secretos supone consecuencias iguales que la ruptura de un contrato, dando derecho a exigir el pago de los daños y perjuicios y penalizaciones (UNECE, p. 18). La cuantía de los daños recuperables puede variar, dependiendo de si las partes celebraron o no un acuerdo especial para la no divulgación de la información. Incluso en el caso en el que la parte perjudicada no haya sufrido ninguna pérdida, puede exigir el beneficio que la parte infractora recibió al revelar la información a terceros o al usarla para sus propios fines (UNIDROIT, p. 64).

138. Por todo ello, el tribunal arbitral debe declarar que, al poner en conocimiento de RETSEP la tecnología relativa a la planta de fertilizantes, especialmente la Torre de Absorción, HDF incumplió la obligación de confidencialidad contemplada en el contrato (cláusulas 17-18 del Contrato) y que el incumplimiento del deber de confidencialidad permite a CASESP reclamar no sólo los daños sufridos por ello, sino también la devolución de los beneficios impropriamente obtenidos por RETSEP en los contratos adjudicados como resultado de la apropiación de la tecnología, por tratarse de un caso de enriquecimiento injusto.

Cuestión IX. RETSEP incumplió sus principales obligaciones contractuales para con HDF, lo cual pone de manifiesto su absoluta responsabilidad sobre los daños en la Torre de Absorción y su responsabilidad ambiental.

139. RETSEP juega uno de los papeles más importantes en esta controversia, pues ha sido i) el contratista principal del proyecto; ii) la empresa encargada del contrato de operación y mantenimiento; y iii) la empresa que se ha hecho cargo de las reparaciones de los daños (debidos a su propia incompetencia). La actuación de esta empresa, en calidad de contratista independiente, confirma que los servicios prestados por CASESP se limitaban a la gestión y supervisión, tal y como se ha demostrado en el primer apartado, en el que también se ha probado que CASESP respondía única y exclusivamente por los contratos que haya celebrado, gestionado y administrado en su propio nombre, por lo que todas las obligaciones asumidas en referencia al “*contratista de construcción*” carecen de validez frente a RETSEP.

140. En el contrato EPC celebrado entre HDF y RETSEP, como en todo contrato llave en mano, el contratista (RETSEP) asume la responsabilidad de un resultado concreto (art 5.1.4 Principios UNIDROIT), tal y como establece la cláusula 4.1 (EPC), que señala que “*El Contratista diseñará, ejecutará y completará las Obras de acuerdo con el Contrato, y subsanará cualquier defecto en las Obras...*”. Ahora bien, en relación con el equipo principal, que es la Torre de Absorción, la cláusula 4.17 (EPC) establece que “*El Contratista será responsable de todos los Equipos del Contratista. Cuando se haya desplazado al Sitio, se considerará que el Equipo del Contratista está destinado exclusivamente a la ejecución de las Obras*”. Esta cláusula aclara que, una vez entregado el equipo, RETSEP se hizo cargo de la ejecución y era responsable del mismo.

141. Por otro lado, en el Contrato de Operación y Mantenimiento RETSEP asume otras responsabilidades, como las que establece la cláusula 3.1 (O&M), la cual manifiesta que el operador realizará los servicios: (c) “*Como un operador razonable y prudente*”, y (f) “*de acuerdo con las recomendaciones y requisitos de cualquier garantía y garantía existente en relación con la Instalación*”, cláusula que reviste extraordinaria importancia, ya que era

probable que el problema se debiese a un fallo de mantenimiento de la Torre. El Manual de Operaciones especificaba el tipo de agua con el que debía realizarse la refrigeración del equipo (D.R nº 16, p. 58), pero el agua que estaba siendo utilizada estaba por debajo de esos rangos, lo cual fue notificado de forma inmediata a HDF.

142. Este grave error por parte de RETSEP demuestra su falta de diligencia y constituye un incumplimiento de sus obligaciones, resultando sorprendente a esta parte cómo algo tan básico como leer el manual puede ser omitido en un proyecto de estas magnitudes. En fin, se trata de una acción irracional e imprudente, ya que, al utilizarse un líquido de refrigeración con características distintas a las especificadas en el Manual, se podía prever la posibilidad de corrosión del equipo, dando como resultado las filtraciones mencionadas. Las indicaciones del Sr. Chi' en parecían confirmar que, en efecto, esto fue lo que sucedió. Lo expuesto demuestra un claro incumplimiento de RETSEP, que refuta la petición de la demandante en la solicitud de arbitraje (§40).

143. Otra obligación relevante figura en la cláusula 3.6 (O&M) *“A partir de la Fecha de Inicio y, posteriormente, durante todo el Plazo, el Operador asumirá la responsabilidad total y exclusiva, a su exclusivo coste, de la operación, mantenimiento, reparación y reemplazo de la Instalación y todas sus partes de acuerdo con este Acuerdo”*, por lo que, sin lugar a duda, RETSEP es responsable de los gastos de reparación y reemplazo. Así las cosas, resulta completamente injustificada la exigencia de HDF de que CASESP se comprometiese a sustituir la Torre. Por otro lado, aunque hubiese existido alguna obligación por parte de CASESP, con base en el art 7.2.2 (b) Principios UNIDROIT, la petición de sustitución de la Torre de Absorción era algo muy costoso que CASESP no podía aceptar sin haber evaluado la situación, tal y como se ha señalado anteriormente.

144. Finalmente, en relación con la responsabilidad ambiental, para el remoto caso de que el tribunal arbitral estime que esta materia es arbitrable (véase Cuestión II de este escrito), se deben tener en consideración las siguientes cláusulas (O&M): 3.33 *“el operador será responsable del pago e indemnizará al Propietario... en su totalidad por las multas y sanciones (incluidas las omisiones) impuestas al Operador o al Propietario por cualquier incumplimiento de la ley por parte del Operador en el desempeño de sus obligaciones”*; 3.36 *“deberá operar y mantener la Instalación en todo momento de una manera que garantice ... el medio ambiente en o cerca de la Instalación”*; y 3.39 *“deberá indemnizar y eximir de responsabilidad al Propietario contra todas las Reclamaciones (incluidas las costas legales) que surjan en relación con cualquier incumplimiento por parte del Operador de sus obligaciones en virtud de las Cláusulas 3.33 a 3.38”*, cláusulas que evidencian la responsabilidad ambiental asumida por RETSEP, quedando CASESP liberado en este ámbito.

145. En el improbable caso de que el tribunal arbitral considere i) que es competente en la materia de responsabilidad medioambiental, y ii) que debe resolver sobre el fondo de esta disputa con arreglo a la Ley de Responsabilidad Ambiental de Cervantia, deben tenerse en cuenta los siguientes preceptos de dicho texto normativo: art. 9.1 *“El operador... que cause daños medioambientales como consecuencia del desarrollo de tales actividades está obligado a ponerlo en conocimiento inmediato de la autoridad competente y a adoptar las medidas de reparación que procedan de conformidad con lo dispuesto en esta ley, aunque no haya incurrido en dolo, culpa o negligencia..”*, y art 12.1 *“los operadores ... 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”*. De las cláusulas relativas a la responsabilidad ambiental del contrato O&M y de estos preceptos legales se desprenden claramente los papeles de cada parte, concluyéndose que las afirmaciones realizadas por la demandante en la solicitud de arbitraje (§70) referentes a la imputabilidad de CASESP resultan absurdas.

Cuestiones X y XI. La asignación de responsabilidad, los remedios y el papel de las cláusulas penales.

146. Los diversos incumplimientos en los que ha incurrido HDF han quedado demostrados en la Cuestión VIII, apartados A) y B) del presente escrito.

A) Incumplimiento en el suministro de las Utilities.

147. La cláusula 12.6 del Contrato EPCM impone al Empleador (HDF) la obligación de proporcionar los servicios públicos (vapor, agua, energía) y la materia prima de petróleo crudo para que fuera posible la puesta en marcha y las pruebas de rendimiento.

148. El retraso en el suministro de las *Utilities* por parte de HDF tuvo como consecuencia el retraso en la realización del test de Aceptación Provisional, y éste constituye un incumplimiento esencial por parte de HDF, conforme al art. 7.3.1 de los Principios UNIDROIT, apartado 2.b), en la medida en que “*la ejecución estricta de la prestación insatisfecha*” era esencial según el contrato.

149. Atendiendo a lo estipulado en el art. 7.1.3 Principios UNIDROIT (“*Cuando las partes han de cumplir de modo sucesivo, la parte que ha de cumplir después puede suspender su cumplimiento hasta que la parte que ha de hacerlo primero haya cumplido*”), CASESP esperó el cumplimiento de la demandante (véase §121 y 122 de este escrito), ya que, sin la entrega de las “*Utilities*”, no era posible que continuaran las distintas pruebas de funcionamiento de la planta. Es importante que se haga una remisión a los §124 y 125 de este escrito, en los que se evidencia la aceptación de la responsabilidad por parte de HDF.

150. Respecto a los *remedios* asociados ante dicho incumplimiento, en el Contrato se prevé -en concreto, en la cláusula 27.2- que, en caso de que el retraso de los plazos relativos a la Aceptación Provisional sean causados por la falta de puesta a disposición del EPCM por el Empleador de cualquiera de las *Utilities* especificadas por la *cláusula penal* 12.6 del Contrato para la puesta en marcha y las pruebas de rendimiento, la penalización imputable al Empleador será de 10.000 EUR por día de retraso en su puesta a disposición. Por el retraso en su puesta a disposición (60 días), en este caso correspondería un total de 600.000 EUR.

151. Pero, además “*de no poder llevarse a cabo las pruebas de funcionamiento previas a la Aceptación Provisional en el plazo de 8 semanas tras la advertencia por EPCM al Empleador de su retraso en la entrega de las Utilities, a la penalización anteriormente mencionada, se añadirá la cantidad fija de 1.000.000 EUR*”. A pesar del requerimiento de las “*Utilities*” que hizo CASESP a HDF (véanse documentos de respuesta de la solicitud de arbitraje nº 7, 9 y 11), como el retraso en la entrega de las mismas ha sido superior a 8 semanas, corresponde asimismo esta cuantía de 1.000.000 EUR. Todo ello suma un total de un 1.600.000 EUR por el concepto de retraso en la entrega de las “*Utilities*”, conforme a la cláusula penal 27.2 del Contrato.

B) Incumplimiento de la cláusula de confidencialidad.

152. Por lo que respecta al incumplimiento de la cláusula de confidencialidad, demostrado en la Cuestión VIII, apartado B), según el art. 7.3.1 Principios UNIDROIT, apartado 2.b), se trataría de un incumplimiento esencial, ya que la ejecución estricta de la prestación insatisfecha era esencial según el contrato y además el incumplimiento fue intencional o temerario (2.c).

153. La cláusula de confidencialidad suponía una *obligación esencial*, constituyendo su infracción un incumplimiento de idéntica naturaleza, porque para la realización del contrato era determinante que HDF aceptara tal obligación, pues en caso de divulgación se produciría un daño a CASESP y a TRUEBA (titular de la tecnología). Ello justifica la existencia de una cláusula específica al respecto y que se añadiera de forma particular en este contrato, cláusula que fue aceptada libre y conscientemente por HDF (véase el pár. 130).

154. Por lo que se refiere a los *remedios* a los que podría acudir CASESP, debe partirse de que el Empleador (HDF) carecía de la facultad de poder sublicenciar los derechos de propiedad industrial o intelectual en virtud del contrato EPCM (cláusula 27.6), y no podía revelar dicho conocimiento adquirido a terceros (cláusulas 17 y 18), por lo que CASESP podría acudir, en primer lugar, a la *cláusula penal* prevista en el contrato al respecto. Como HDF puso en conocimiento de RETSEP la tecnología relativa a la planta de fertilizantes, especialmente la Torre de Absorción, incumplió su obligación de confidencialidad contemplada en el contrato (cláusulas 17-18 del Contrato) por el uso de la Propiedad Industrial cedida para el desarrollo del Proyecto, por lo que está obligada a indemnizar con la cantidad de 5.000.000 EUR (cláusula 27.6). No puede cuestionarse la exigencia mínima de la indemnización por este concepto, pues, con base en el artículo 7.4.13 de los Principios UNIDROIT, “*cuando el contrato establezca que la parte incumplidora ha de pagar una suma determinada a la parte perjudicada por tal incumplimiento, la parte perjudicada tiene derecho a cobrar esa suma sin tener en cuenta el daño efectivamente sufrido*”. Es crucial remitirse a los §137 y 138 de este escrito, donde se ha argumentado de forma contundente sobre esta cuestión, por lo que no procede reiterarse aquí.

155. Pero, es más, el incumplimiento del deber de confidencialidad permite a CASESP reclamar no sólo los daños sufridos por ello, sino también la devolución de los beneficios impropriamente obtenidos por RETSEP en los contratos adjudicados como resultado de la apropiación de la tecnología, por tratarse de un caso de enriquecimiento injusto. Esto encuentra su justificación en que, de acuerdo con el art. 7.4.1 Principios UNIDROIT, “*cualquier incumplimiento otorga a la parte perjudicada derecho al resarcimiento, bien exclusivamente o en conurrencia con otros remedios, salvo que el incumplimiento sea excusable conforme a estos Principios*”, y, además, prevé el art. 7.4.2 de los mismos Principios que “*La parte perjudicada tiene derecho a la reparación integral del daño causado por el incumplimiento. Este daño comprende cualquier pérdida sufrida y cualquier ganancia de la que fue privada, teniendo en cuenta cualquier ganancia que la parte perjudicada haya obtenido al evitar gastos o daños y perjuicios*”. Todo ello da cabida a exigir no tan sólo el importe de la cláusula penal, sino también los beneficios obtenidos por RETSEP.

C) Inexistencia de incumplimiento alguno por parte de CASESP.

156. Como se ha justificado con anterioridad en la Cuestión VII, apartado C, CASESP no ha incumplido ninguna de sus obligaciones para con HDF (y menos aún con RETSEP), por lo que el tribunal debe exonerar a CASESP como parte demandada de cualquier cantidad indemnizatoria solicitada por el demandante (§238-241 del escrito de demanda), sobre la base de los argumentos esgrimidos en el presente escrito.

PETICIONES AL TRIBUNAL ARBITRAL:

En respuesta al escrito de demanda interpuesto por la representación letrada de HDF y RETSEP con fecha 15 de enero de 2020, y teniendo asimismo en cuenta las Órdenes Procesales del Tribunal (OP1, de fecha 7 de noviembre de 2019 y OP2, de fecha 29 de noviembre de 2019), la solicitud de arbitraje (de fecha 2 de septiembre de 2019) y la respuesta a la demanda reconvenicional (de fecha 25 de septiembre de 2019), se formulan las siguientes peticiones, correspondientes tanto a nuestra contestación a la demanda como a nuestra reconvenición, al tribunal arbitral.

Considerando las razones y argumentos que se formulan en este escrito, se solicita respetuosamente al tribunal arbitral que declare:

1. Que el tribunal arbitral es competente tanto para conocer de la disputa HDF-CASESP como para hacerlo de la demanda reconvenicional interpuesta por CASESP frente a RETSEP.
2. Que el tribunal arbitral no 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, no pudiendo tampoco admitirse la intervención de la Administración cervantina como interesado en el procedimiento.
3. Que el tribunal arbitral es competente para resolver el problema relativo al conflicto de interés alegado por CASESP en relación con su relación contractual con Mampato Abogados Internacionales, procediendo a la remoción de la Sra. Isabel Allende como letrada de HDF y RETSEP.
4. Que el tribunal y no la Corte es el competente para resolver la cuestión relativa a la falta de independencia o imparcialidad del árbitro designado de contrario (Sr. XXX), debiendo estimar la recusación solicitada y proceder a la sustitución del árbitro sólo en el caso de que no proceda a la remoción de la Sra. Isabel Allende como representante letrada de HDF y RETSEP.
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 son perfectamente admisibles como prueba en el presente procedimiento.
6. Que es pertinente ordenar la producción de información relativa a la relación entre HDF y RETSEP.
7. Que el contrato celebrado entre HDF y CASESP es de naturaleza EPCM, que ha sido perfectamente cumplido por CASESP, y que, si bien los Principios UNIDROIT son aplicables al mismo, no lo es la CISG.
8. Que HDF incumplió injustificadamente la cláusula de confidencialidad, transfiriendo ilícitamente a RETSEP tecnología de TRUEBA.
9. Que RETSEP incumplió sus obligaciones contractuales tanto para con HDF como para con CASESP.
10. Que CASESP cumplió sus obligaciones contractuales.
11. Que la naturaleza de los incumplimientos contractuales de HDF es esencial, por lo que procede ordenar el pago de las indemnizaciones correspondientes a favor de CASESP.
12. Que, si el tribunal se considera competente en la materia, en ningún caso puede imputarse a CASESP responsabilidad ambiental.

Es justicia que respetuosamente solicitamos en Andina, a 3 de marzo de 2020.