
IX COMPETENCIA INTERNACIONAL DE ARBITRAJE
UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES – UNIVERSIDAD DEL
ROSARIO

MEMORIAL DE LA PARTE DEMANDADA

DEMANDANTES

PESQUERA INDUSTRIAL SANDOVAL S.A. – PISSA
ALIMENTOS NUTRITIVOS Y SALUDABLES S.A. - ANSSA

Calle 54 N° 123

Ciudad de Puerto Madre, Costa Dorada

DEMANDADOS

ERNESTO HÉCTOR SANDOVAL Y MARÍA RAQUEL
OBLIGADO DE SANDOVAL – MATRIMONIO SANDOVAL

Av. Libertad N° 2010

Ciudad de Peonia, Marmitania

EQUIPO N° 20

ÍNDICE

<i>ABREVIATURAS</i>	<i>IV</i>
<i>DERECHO APLICABLE</i>	<i>V</i>
<i>AUTORIDADES</i>	<i>VI</i>
<i>JURISPRUDENCIA</i>	<i>IX</i>
<i>I. ¿DE QUÉ TRATA ESTE CASO?</i>	<i>1</i>
<i>II. HECHOS</i>	<i>2</i>
<i>III. ASUNTO PREVIO: EL CONTRATO DEFINITIVO NO OTORGA NINGÚN BENEFICIO A PISSA</i>	<i>6</i>
<i>IV. JURISDICCIÓN</i>	<i>7</i>
ASUNTO I: La ley aplicable al convenio arbitral	<i>9</i>
ASUNTO II: PISSA no es parte del convenio arbitral	<i>9</i>
ASUNTO III: ANSSA no está legitimada para demandar	<i>21</i>
<i>V. MÉRITOS</i>	<i>24</i>
ASUNTO I: La ley Aplicable al Fondo de la Controversia es el derecho español y la lex mercatoria internacional	<i>24</i>
ASUNTO II: La pretensión por indemnización de daño emergente es infundada	<i>25</i>
ASUNTO III: La pretensión por indemnización de daño emergente es infundada	<i>34</i>
ASUNTO IV: ANSSA actúa en contra de sus propios actos al reclamar una indemnización	<i>36</i>
<i>VI. PETITORIO</i>	<i>39</i>

ABREVIATURAS

Abel Luciano Carrizo	Fundador de ANSSA
ANSSA	Alimentos Nutritivos y Saludables S.A.
CAM Feudalia	Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Feudalia.
Contrato Preliminar	Contrato Preliminar suscrito por el matrimonio Sandoval y ANSSA el 23 de agosto del 2013.
Contrato Definitivo	Contrato Definitivo suscrito por el matrimonio Sandoval y ANSSA el 20 de noviembre del 2013.
Costa Dorada	Estado de Costa Dorada.
<i>Due diligence</i>	Investigación realizada por la empresa R&V International a favor de ANSSA.
Fisco	Autoridad Impositiva de Costa Dorada
Federico Andrés Carrizo	Presidente de ANSSA y posteriormente de ANSSA y PISSA.
Héctor Raúl Sandoval	Fundador de PISSA y padre de Ernesto Héctor Sandoval.
Ley de Arbitraje	Ley de Arbitraje de Feudalia.
Matrimonio Sandoval	Ernesto Héctor Sandoval y María Raquel Obligado de Sandoval o matrimonio Sandoval.
PISSA	Pesquera Industrial Sandoval S.A.
Principios Unidroit	Principios Unidroit sobre los Contratos Comerciales Internacionales 2010.

Procedimiento Tributario

Procedimiento administrativo ante la autoridad impositiva de Costa Dorada en contra de PISSA.

R&V

R&V International, firma que llevó a cabo el *due diligence*.

Reglamento de Arbitraje

Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI.

Solicitud de Arbitraje

Solicitud del Inicio del Arbitraje presentado por PISSA y ANSSA.

DERECHO APLICABLE

Código Civil español	Código Civil del Reino de España
CNY	Convención de Nueva York sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras de 1958.
Convención de Panamá	Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional (Convención de Panamá de 1975).
Convención de Viena	Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados.
Ley de Arbitraje de Feudalia	Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1985 con las enmiendas aprobadas en 2006 (artículo 7º opción I).
Pacto de San José	Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica).
Principios Unidroit	Principios Unidroit sobre los Contratos Comerciales Internacionales 2010.
Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI	Reglamento de Arbitraje de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (2010).

AUTORIDADES

- AMERICAN BAR ASSOCIATION** Model Stock Purchase agreement with commentary
American Bar Association
United States of America
2010
- BORDA** La Teoría de los Actos Propios
Abeledo Perrot
Buenos Aires
2000
Alejandro Borda
- BORN** International Commercial Arbitration
Gary Born
Kluwer Law International
2014
- BREKOILAKIS** Third Parties in International Commercial Arbitration
Stavros L. Brekoulakis
Oxford International Arbitration Series
2010
- BULLARD** ¿Y quiénes están invitados a la fiesta? La incorporación de partes no signatarias al arbitraje y el artículo 14 de la Ley Peruana de Arbitraje
Alfredo Bullard
Lima
2012
- CAIVANO** Arbitraje y grupos de sociedades. Extensión de los efectos de un acuerdo arbitral a quien no ha sido asignado.
Roque J. Caivano
Lima Arbitration N° 1
2006
- CAIVANO Y SANDLER** Arbitraje y estipulación a favor de terceros bajo el derecho peruano
Roque J. Caivano y Verónica Sandler Obregón
Lima
2014
- CONEJERO E IRRA** La extensión del acuerdo arbitral a partes no signatarias en la ley peruana de arbitraje: Algunas lecciones del derecho comparado.
Cristián Conejero Roos y René Irra de la Cruz
Lima
2012/2013

- DÍEZ – PICAZO 1** Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial I
Introducción Teoría del Contrato
Quinta Edición
Luis Díez-Picazo
España
1996
- DÍEZ – PICAZO 2** Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial I
Introducción Teoría del Contrato
Sexta Edición
Luis Díez-Picazo
España
2007
- DÍEZ – PICAZO Y GULLÓN** Sistema de Derecho Civil, Volumen II,
Novena Edición
Luis Díez Picazo y Antonio Gullón
Madrid
2001
- HANOTIAU** Complex Arbitrations: Multiparty, Multi-Issue and Class
Actions
Bernard Hanotiau
Kluwer Law International
2006
- HUGH BEALE y JOSEPH CHITTY** Chitty on Contracts
Edición 29
Hugh Beale y Joseph Chitty
Sweet & Maxwell
Londres
2004
- PARK** Non-Signatories and International Contracts: An
Arbitrator's Dilemma
William W. Park
Multiple Parties in International Arbitration
Oxford
2009
- PETER JASLOW y CRAIG CIRCOSTA** Closing conditions and termination rights in M&A
transactions
Peter Jaslow y Craig Circosta
<http://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=4c8cc8f2-7942-46aa-b936-8dd60e1719da>
2012
- PIEDRA POVEDA** Principios de la Jurisprudencia Arbitral Comercial
Internacional
Federico Piedra Poveda
Costa Rica: Revista Judicial, Número104

2012

SANDROCK

Arbitration Agreements and Groups of Companies
Otto Sandrock
Kluwer Law International
1993

**SILVA – ROMERO Y
MANTILLA**

El Contrato de Arbitraje
Eduardo Silva – Romero y Fabricio Mantilla Espinoza
Universidad del Rosario
2008

SUAREZ ANZORENA

Algunas notas sobre los grupos de sociedades y los alcances del acuerdo arbitral según la práctica internacional
Ignacio Suárez Anzorena
Revista Internacional de Arbitraje N°2
2005

UNCITRAL

Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. Anuario.
Volumen XXXI
United Nations Publications
2000

JURISPRUDENCIA

CASO CARGIL	Cargill International S.a v. M/t Pavel Dybenko, 991 F.2d 1012 Corte de Apelaciones del 2do circuito de los Estados Unidos 1993
CASO LOYD	Loyd v. ECO Resources, Inc., 956 S.W.2d 110, 134 Corte de Apelaciones de Texas 1997
CASO MCI TELECOM	MCI Telecommunications Corp. v. Texas Utilities Elec. Co., 995 S.W.2d 647, 651 Corte de Apelaciones de Texas 1990
CASO GRANOMAR	Granomar v. Interagra, Corte de Apelaciones de París 15 de junio de 1989
CASO GENEVA	Laudo final de fecha 24 de agosto de 2010 dictado bajo el reglamento UNCITRAL 1.E Holding (Claimant) v. 1. Z Ltd., 2. Mr. G, 3. Mr. A. Sede del arbitraje: Génova
CASO N° 6000 CCI	Laudo Parcial en el caso No. 6000 de la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional
LAUDO AD-HOC NUEVA YORK	Laudo Arbitral Ad-Hoc Nueva York Diciembre de 1997 En: unilex.Info
LAUDO CCI 7365	Caso CCI 7365 Laudo En: unilex.Info
LAUDO PCA 45863	Polis Fondi Immobiliari di Banche Popolares SGRp.A. c. International Fund for Agricultural Development (IFAD) Laudo PCA 45863 17 de diciembre del 2010 En: unilex.Info

CASO WALTON

Walton W. Mc Carthy V. Leo L. Azure
22 F.3d 351
Corte de Apelaciones del 1er circuito de
los Estados Unidos
1994

STS del 13 de julio de 1999

Sentencia del Tribunal Supremo Español
de fecha 13 de julio de 1999

STS del 28 de setiembre de 2000

Sentencia del Tribunal Supremo Español
de fecha 28 de setiembre de 2000

STS del 22 de mayo de 2003

Sentencia del Tribunal Supremo Español
de fecha 22 de mayo de 2003

MEMORIAL DE CONTESTACIÓN

I. ¿DE QUÉ TRATA ESTE CASO?

“La libertad, al fin y al cabo, no es sino la capacidad de vivir con las consecuencias de las propias decisiones”.

-James Mullen

1. Este caso se resume en la renuncia de una parte a asumir las consecuencias de sus propias decisiones y que ahora pretende seguir desconociendo sus efectos. Hoy, nuestra contraparte ha iniciado un arbitraje a través del cual pretende exigir al matrimonio Sandoval que pague por los daños que ellos mismos se ocasionaron. Los demandantes pretenden que el matrimonio Sandoval asuma las consecuencias de las decisiones que ellos libremente tomaron.
2. ANSSA y el matrimonio Sandoval celebraron un Contrato Preliminar y luego de unos meses, en noviembre de 2013, celebraron el Contrato Definitivo con el objetivo de que ANSSA adquiriera las acciones de PISSA, empresa propiedad del matrimonio Sandoval.
3. Antes y durante el proceso de la transferencia de acciones, las partes determinaron la forma de asignar sus riesgos. De esta manera, luego de descartar la inclusión de una cláusula de indemnidad en el Contrato Definitivo, las partes decidieron asignar los riesgos de un Procedimiento Tributario vigente a través de un ajuste en el precio y el monto dejado en la cuenta de la sociedad objeto de la compraventa.
4. Así, en enero de 2014, ambas partes firmaron un Acta de Conformidad donde constaba que se habían cumplido con los pasos necesarios para perfeccionar la operación. Ninguna de las partes objetó el acta, y a partir de ese momento, ANSSA adquirió la propiedad de PISSA y era enteramente responsable de su gestión.
5. En julio de 2014, más de 4 meses después de la transferencia, ANSSA comunicó al matrimonio Sandoval que debían reembolsarle (i) el monto pagado en una transacción que ellos negociaron y acordaron con el Fisco, y (ii) un monto por lucro cesante consecuencia de su retraso en cerrar el Procedimiento Tributario. A pesar de contar con dinero en la cuenta de la sociedad destinado a poner fin a dicho procedimiento y haber

aceptado asumir ese riesgo, ANSSA reclamó al matrimonio Sandoval el pago de dichos montos.

6. ANSSA decidió asumir el riesgo que hoy pretende trasladar al matrimonio Sandoval: (i) no incluyó las cláusulas de indemnidad, (ii) firmó el Acta de Conformidad sin ninguna objeción y (iii) redujo el precio y recibió dinero en la cuenta de PISSA. Al momento de la transferencia y durante cuatro meses, jamás hubo alguna objeción: ANSSA no tuvo problema en asumir el riesgo. No tuvo problemas hasta que sus propios actos la perjudicaron.
7. En ese sentido, consideramos relevante analizar la cita de Mullen: en ejercicio de su autonomía privada, cada persona es libre de decidir aquello que desea contratar. Cada uno es libre de determinar cuándo, dónde, con quién y sobre qué contrata, qué riesgos asumir y qué riesgos no. Por tanto, en atención a su libertad, cada persona debe también ser responsable de sus decisiones y asumir las consecuencias que estas generen, sean positivas o negativas.
8. ANSSA decidió asumir el riesgo de cerrar el Procedimiento Tributario y el riesgo de no hacerlo en cuanto tomó control de PISSA; por ello, los perjuicios que sufrió son consecuencia directa de su actuación negligente. Ahora, no puede pretenderse trasladar la responsabilidad de sus propios actos al matrimonio Sandoval. En ejercicio de su libertad, ANSSA tomó decisiones y, hoy, debe asumir las consecuencias.

II. HECHOS

9. ANSSA es una sociedad anónima dedicada a la producción y comercialización de productos alimenticios, fue fundada en Costa Dorada por Abel Luciano Carrizo.
10. PISSA es una sociedad anónima dedicada a industrialización de productos derivados de la pesca. Sus dueños eran el matrimonio Sandoval conformado por los señores Ernesto y María Raquel Sandoval.
11. ANSSA, buscando ampliar su gama de productos, contactó al matrimonio Sandoval a fin de negociar la transferencia de la totalidad de las acciones de PISSA. Ambas partes iniciaron negociaciones y, el 23 de agosto de 2013, ANSSA y el matrimonio Sandoval celebraron el Contrato Preliminar, mediante el cual ANSSA recibió una opción de

compra exclusiva e irrevocable sobre la totalidad de las acciones emitidas por PISSA que debía ejercerse antes del 23 de octubre del 2013. El precio acordado, el cual se pagaría en la fecha de cierre del contrato final, fue de US\$ 7.000.000. Las principales estipulaciones contractuales fueron las siguientes:

- a. ANSSA y el matrimonio Sandoval establecieron en este acuerdo una recopilación de términos a los cuales ellos les dieron un significado claro. Entre ellos se encuentra el significado que le dieron al término “partes”, el cual claramente señala que las partes involucradas son la Compradora (o ANSSA) y el matrimonio Sandoval.
 - b. ANSSA otorgó, en garantía, un cheque por un monto de US\$ 50.000 a favor del matrimonio Sandoval para que, en caso ANSSA decidiese celebrar el Contrato Definitivo, esta garantía fuese considerada como parte del pago.
 - c. El matrimonio Sandoval se obligó a permitir que ANSSA lleve a cabo, a través de la firma que designe, una completa y exhaustiva auditoría legal, contable, societaria, administrativa y financiera de la Sociedad, a fin de verificar la exactitud de la información suministrada y el estado patrimonial y legal de PISSA. De igual modo, se acordó que si de la referida auditoría resultase que las declaraciones, garantías y compromisos incluidos por el Matrimonio Sandoval fuesen falsas o incompletas, ANSSA tendría el derecho de reajustar el precio de compra.
 - d. Ambas partes se obligaron a que el Contrato Definitivo contendría, entre otros, una cláusula a través de la cual el matrimonio Sandoval indemnizaría a ANSSA y a PISSA por cualquier contingencia anterior a la fecha de celebración del Contrato Preliminar que no hubiese sido revelada a esa fecha.
 - e. El matrimonio Sandoval declaró que PISSA era sujeto pasivo de un Procedimiento Tributario ante el Fisco. Esta contingencia fue valorizada en US\$ 120.000, correspondiente al impuesto a las ganancias del año 2012. Asimismo, señaló que el reclamo era infundado y que existían pocas probabilidades que el mismo prosperase.
 - f. Ambas partes se sometieron a la jurisdicción arbitral.
12. Luego de la firma del Contrato Preliminar, ANSSA contrató a R&V, consultora internacional, para que lleve a cabo un *due diligence* sobre la situación financiera de PISSA. Los resultados de la auditoría fueron los siguientes: (i) se detectaron

contingencias derivadas de dos procesos laborales iniciados contra PISSA, valorizadas en US\$ 45.000, y (ii) la contingencia relativa al Procedimiento Tributario fue valuada en aproximadamente US\$ 138.000. En base a los resultados encontrados, R&V recomendó introducir una cláusula de indemnidad amplia a su favor. Las partes decidieron no incluirla en el Contrato Definitivo. Después de recibir los resultados del *due diligence*, el 22 de octubre de 2013, ANSSA decidió ejercer su opción de compra sobre el 100% de las acciones emitidas por PISSA.

13. El 20 de noviembre de 2013, ANSSA y matrimonio Sandoval celebraron el Contrato Definitivo en el cual se estableció lo siguiente:
 - a. El precio de venta total ascendía a US\$ 6.980.000 (solo hubo un reajuste de US\$ 20.000).
 - b. El matrimonio Sandoval se comprometió a dejar un importe no inferior a US\$ 50.000 en la cuenta bancaria de PISSA.
 - c. El matrimonio Sandoval se obligó a celebrar una Asamblea General de Accionistas de PISSA, a través de la cual se revocarían poderes, se removerían a todos los directores, se otorgarían nuevos poderes y se nombrarían a nuevos directores a designar por ANSSA,
 - d. El matrimonio Sandoval se comprometió a que PISSA cancele todas las obligaciones tributarias devengadas y pendientes de pago y a que ponga fin al Procedimiento Tributario ante el Fisco antes de la fecha de cierre.
 - e. Las partes pactaron una cláusula arbitral.
14. El 9 de enero de 2014, se celebró la Asamblea General de Accionistas de PISSA en la cual: (i) se aceptaron las renunciaciones de los directores y síndicos y se designaron a aquellos propuestos por ANSSA; (ii) se revocaron todos los poderes otorgados con anterioridad y se otorgó poder a las personas indicadas por ANSSA; y, (iii) se aprobó el balance general del ejercicio 2013 que reflejaba un saldo a favor de US\$ 183.456,28.
15. El 10 de enero de 2014, ANSSA firmó un acta donde se dejó constancia de que se habían cumplido los pasos necesarios para cerrar la operación y no manifestó ninguna disconformidad respecto a que el Procedimiento Tributario aún no había sido cerrado

por PISSA. En señal de conformidad, ANSSA pagó al matrimonio Sandoval, el precio pactado.

16. El 2 de julio de 2014, meses después de la transferencia, ANSSA envió una comunicación al matrimonio Sandoval solicitando el pago de US\$ 152.876, correspondiente al monto cancelado en una transacción negociada y pactada entre ANSSA y el Fisco para cerrar el Procedimiento Tributario el 13 de junio de 2014. Para ello, ANSSA alega un supuesto incumplimiento del matrimonio Sandoval respecto del literal (iv) de la cláusula quinta del Contrato Definitivo.
17. Asimismo, basándose en una norma vigente a partir del 1 de marzo de 2014, ANSSA comunicó que hasta el momento en que ellos decidieron cerrar el Procedimiento Tributario, el Estado de Costa Dorada suspendió un contrato de suministro de alimentos que mantenía con ANSSA. Ello le habría generado un lucro cesante ascendente a US\$ 89.000.
18. El 9 de julio de 2014, el matrimonio Sandoval contestó al correo enviado por ANSSA afirmando que no había incumplido el Contrato Definitivo y, que en consecuencia, no le adeudaba monto alguno. El matrimonio Sandoval señaló que ANSSA conocía la contingencia y que debió utilizar el dinero de la cuenta de PISSA para cancelar la deuda tributaria. Además, alegó que ANSSA debía asumir enteramente las consecuencias de la transacción, pues fue ella quien decidió transar con el Fisco.
19. ANSSA y PISSA decidieron someter la controversia a arbitraje y, el 1 de mayo de 2015, notificaron al matrimonio Sandoval con la solicitud de arbitraje. En dicha solicitud, ANSSA alegó el incumplimiento del literal (iv) de la cláusula quinta del Contrato Definitivo, razón por la cual el matrimonio Sandoval debía pagar los US\$ 152.876 que fueron utilizados para la cancelación de la deuda con el Fisco, y resarcir el supuesto lucro cesante generado, ascendente a US\$ 89.000.
20. El 5 de junio de 2015, el matrimonio Sandoval respondió la solicitud de arbitraje negando la existencia de una deuda, y alegó que PISSA no puede participar en el arbitraje por no ser parte del convenio arbitral. Además, señaló que la demanda debía ser rechazada en base a que: (i) ANSSA no posee legitimidad para demandar debido a

que el importe de la deuda fue cancelado por PISSA; (ii) el matrimonio Sandoval nunca asumió obligación alguna de responder personalmente por las deudas de PISSA; y, (iii) aun si la deuda existiese, ésta fue compensada por el reajuste del precio y la suma contenida en la cuenta bancaria en la fecha de cierre.

21. El 15 de junio de 2015, ANSSA y PISSA se comunicaron nuevamente con el matrimonio Sandoval, y alegaron que: (i) la cláusula arbitral era amplia e incluiría a PISSA, permitiéndole participar en la controversia e indicó que PISSA habría participado en todo momento de las negociaciones; (ii) ANSSA y PISSA se encontraban en proceso de fusión. Asimismo, señalaron que a través de esa comunicación PISSA cedía a ANSSA el crédito “en cuestión” y (iii) la supuesta compensación nunca habría ocurrido, ya que el monto en la cuenta de PISSA habría sido utilizado para poder cancelar otras contingencias.

III. ASUNTO PREVIO: EL CONTRATO DEFINITIVO NO OTORGA NINGÚN BENEFICIO A PISSA

22. En la presente controversia, PISSA pretende participar en el arbitraje y reclamar el pago de una indemnización alegando que se habría incumplido una estipulación otorgada en su favor. Sin embargo, olvida que en el Contrato Definitivo las partes no incorporaron ningún beneficio a su favor.
23. A continuación, se demostrará que ni el Contrato Preliminar ni el Contrato Definitivo establecen beneficio alguno a favor de PISSA, por lo tanto PISSA no es un tercero beneficiario. Para ello, debe tenerse presente que la última voluntad de las partes; y por tanto, la manifestación de voluntad que prevalece es la que se encuentra recogida en el Contrato Definitivo.
24. En las transacciones complejas, como la compraventa de una empresa, las partes recurren a diversos contratos para plasmar los acuerdos a los que van arribando durante el periodo de negociación. En este caso, la transferencia de la totalidad de acciones de PISSA se reguló mediante dos contratos: el Contrato Preliminar de fecha 23 de agosto de 2013 y el Contrato Definitivo de fecha 20 de noviembre del mismo año.
25. El Contrato Preliminar se suscribió principalmente con el objetivo de otorgar a ANSSA una opción de compra de las acciones de PISSA. Respecto a los contratos preliminares,

DIEZ-PICAZO (329:1996) señala que “*lo único que ocurre es que esa concorde voluntad de las partes asigna al acuerdo entre ellas existente [el Contrato Preliminar] una pura función preliminar o preparatoria del contrato que en definitiva entre ellas se establecerá [el Contrato Definitivo]*”.

26. Por lo tanto, al celebrar el Contrato Preliminar, las partes pretendían determinar las bases bajo las cuales se desarrollaría el futuro contrato que haría efectiva la transferencia de las acciones de PISSA. Así, se debe entender que lo negociado en el Contrato Preliminar sería vinculante siempre y cuando no se pactara algo distinto en el Contrato Definitivo o (ii) no se excluyera su regulación en el Contrato Definitivo.
27. A modo de ejemplo, la cláusula novena recogía tan solo la intención preliminar de las partes de incorporar, en su momento, ciertas estipulaciones en el Contrato Definitivo. Según el texto de la cláusula, la obligatoriedad de estas estipulaciones estaba supeditada a que las partes acuerden incorporarlas posteriormente en el Contrato Definitivo:

“NOVENO.- Sin perjuicio de otras que acuerden, el contrato definitivo contendrá las siguientes estipulaciones: (...) (iii) Los Vendedores se obligarán a defender y a mantener indemne a la Sociedad, sus directores y a la Compradora de cualquier acción, multa, penalidad o indemnización que la Sociedad deba afrontar por cuestiones originadas en hechos y/u omisiones de la Sociedad anteriores a la fecha del presente, que cumplan los requisitos previstos en el punto precedente;(...)”. (Énfasis agregado).

28. Como se puede apreciar, al celebrar el Contrato Preliminar, las partes tenían la voluntad de pactar en el futuro una cláusula de indemnidad en favor de PISSA, es decir, otorgarle un beneficio, siempre que se cumplan con los requisitos de la cláusula. Por ello, lejos de constituir una obligación exigible del Contrato Preliminar, la cláusula novena constituye una simple declaración de lo que se pretendía incluir –y no se incluyó– en el Contrato Definitivo.
29. Luego de realizarse el *due diligence*, la auditora R&V International recomendó a ANSSA establecer en el Contrato Definitivo la siguiente cláusula de indemnidad (de carácter más amplio):

CUARTO: OBLIGACION DE COMPENSAR E INDEMNIZAR.

4.1. Los Vendedores serán plenamente responsables ante la Compradora por los siguientes conceptos: (i) El pago de toda obligación devengada u originada en actos, omisiones o hechos ocurridos con anterioridad a la fecha de cierre, (ii) El

hecho de que alguna de las declaraciones y garantías de los Vendedores no sean exactas, correctas o veraces.

Cualquiera de estas circunstancias facultará a la Compradora a iniciar un reclamo a fin de obtener una compensación integral de los perjuicios sufridos.

4.2. Los Vendedores se comprometen a mantener indemne a la Sociedad y a sus Directores, respecto de cualquier multa o penalidad o indemnización que la Sociedad deba pagar como consecuencia, en virtud u ocasión de cualquier demanda o acción o reclamo fundada en alguna de las circunstancias referidas en la cláusula precedente”. (Énfasis agregado).

30. A pesar de lo expresado en el Contrato Preliminar y la recomendación de la auditora, al celebrarse el Contrato Definitivo, es claro que la última voluntad de las partes fue prescindir de una cláusula de indemnidad. En efecto, de la revisión del Contrato Definitivo se advierte que no se llegó a incorporar ni la obligación de indemnidad de la cláusula novena del Contrato Preliminar, ni la cláusula recomendada por la auditora.
31. En consecuencia, si las partes decidieron no incorporar dicha cláusula, es porque no se condecía con su voluntad final. Las partes son libres de establecer el contenido de los contratos conforme a su libertad contractual, reconocida tanto en el artículo 1255 del Código Civil español como el artículo 1.1 de los Principios Unidroit, normativa aplicable al Contrato Definitivo, tal como se demostrará en el Asunto I de los Méritos.
32. En aplicación de la libertad contractual, las partes únicamente decidieron incorporar al Contrato Definitivo la cláusula octava del Contrato Preliminar. Ello se aprecia en la redacción del literal (i) de la cláusula quinta del Contrato Definitivo:

“QUINTA (COMPROMISOS DE LOS VENDEDORES). Los Vendedores asumen frente a la Compradora los siguientes compromisos, a cumplirse antes de la fecha de Cierre: (i) No realizar, ni permitir que la Sociedad realice, desde la fecha de celebración del presente Contrato y hasta la fecha de Cierre ninguno de los actos previstos en la cláusula octava del contrato preliminar; (...).” (Énfasis agregado).
33. Como se advierte, la forma como las partes incorporaron estipulaciones del Contrato Preliminar al Contrato Definitivo era a través de referencias expresas. En ese sentido, si la intención de las partes hubiera sido incorporar la indemnidad de la cláusula novena, habrían hecho remisión a ella. Lo anterior no ocurrió en tanto la última voluntad de las partes fue, precisamente, no otorgar ninguna indemnidad en favor de PISSA.
34. De todo lo hasta aquí expuesto, podemos concluir lo siguiente: (i) el Contrato Preliminar no recoge ninguna cláusula de indemnidad sino la intención preliminar de las partes de

incorporarla en el Contrato Definitivo, (ii) las partes decidieron no incorporar al Contrato Definitivo ni la obligación de la indemnidad de la cláusula novena del Contrato Preliminar, ni cualquier otra estipulación a su favor y, por lo tanto (iii) PISSA no deriva ningún beneficio del Contrato Definitivo.

IV. JURISDICCIÓN

ASUNTO I: LA LEY APLICABLE AL CONVENIO ARBITRAL

35. Para determinar cuál es la ley aplicable al convenio arbitral debemos remitirnos a lo establecido por la CNY, tratado internacional suscrito por Feudalia -sede del arbitraje-. Este tratado establece en su artículo V.1.a, como causal para la denegación del reconocimiento del laudo, que el convenio arbitral no sea válido conforme a la ley elegida por las partes para regularlo o la ley de la sede del arbitraje.
36. Este mismo criterio es seguido por los artículos 34.1.a y 36.1.a de la Ley Modelo UNCITRAL, recogida por la Ley de Arbitraje de Feudalia, a efectos de anular y denegar el reconocimiento de un laudo. Tanto la CNY como la Ley Modelo UNICTRAL permiten analizar la validez y el ámbito de aplicación del convenio arbitral, de acuerdo a lo establecido en la ley de la sede del arbitraje. Siendo ello así, la ley aplicable al convenio arbitral es la Ley de Arbitraje de Feudalia.
37. Asimismo, el convenio arbitral no establece una ley aplicable a la validez material del convenio arbitral. En ese sentido, corresponde la aplicación de los Principios Unidroit pues recogen la mejor codificación de las reglas generales de derechos aplicables a los contratos comerciales internacionales.

ASUNTO II: PISSA NO ES PARTE DEL CONVENIO ARBITRAL

38. La contraparte pretende que un tercero que no ha consentido el convenio arbitral forme parte del arbitraje. Para ello alega que PISSA (i) derivaría un beneficio del Contrato, (ii) habría tenido una actuación determinante en la negociación y ejecución del Contrato y, (iii) pertenece a la misma realidad económica que ANSSA.
39. Sin embargo, se demostrará que las alegaciones de la contraparte no son ciertas: (i) PISSA no deriva ningún beneficio, (ii) PISSA no tuvo una actuación determinante en

ninguna de las etapas del Contrato Definitivo y (ii) la doctrina de grupo de sociedades no es aplicable. De esta manera, se acreditará que PISSA es un tercero ajeno al convenio arbitral y no debe participar en el presente arbitraje.

40. Como acertadamente afirma el profesor PARK (2:2009): “*el consentimiento es la piedra angular del arbitraje*”. De esta manera, el arbitraje nace de un convenio arbitral y su base es la voluntad de las partes de someterse al fuero arbitral para resolver sus controversias. En el mismo sentido, se ha pronunciado BORN (1140:2009) al señalar:

“El arbitraje es un asunto de consentimiento y, en particular, el consentimiento para llevar a arbitraje determinadas controversias que han surtido con determinadas partes, no un consentimiento para arbitrar en general o con el mundo entero”. (Énfasis agregado).

41. Al respecto, la Ley de Arbitraje de Feudalia señala expresamente lo siguiente:

“El “acuerdo de arbitraje” es un acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual. El acuerdo de arbitraje podrá adoptar la forma de una cláusula compromisoria incluida en un contrato o la forma de un acuerdo independiente”. (Énfasis agregado).

42. Como se puede apreciar, la Ley de Arbitraje hace una clara referencia a las partes del acuerdo de arbitraje, y que este solo resolverá las controversias que puedan surgir entre estas partes. Lo anterior se condice con la naturaleza contractual del convenio arbitral: se trata de un contrato, y como tal, en aplicación del principio “*res inter alia acta*”, solo puede surtir efectos entre las partes que lo suscribieron, sin afectar a quienes no han consentido ser parte de dicha relación jurídica.

43. Siendo ello así, solo podrán invocar la cláusula arbitral y únicamente podrán participar en el arbitraje quienes hayan suscrito el convenio arbitral. Asimismo, como afirma BULLARD (s.p:2010), en el proceso arbitral no podrá participar cualquier tercero ajeno al convenio arbitral.

44. En palabras de CAIVANO (s.p:2014), al ejecutar un convenio arbitral lo importante es asegurar la existencia del consentimiento de las partes. Dicho consentimiento tradicionalmente se manifiesta es través de la firma del convenio arbitral (o de ser el caso, el contrato principal que lo contiene).

45. Excepcionalmente, podría extenderse el convenio arbitral a aquellas partes que no lo firmaron (partes no signatarias). En este caso, en opinión de HANOTIAU (12:2006), podría extenderse el convenio siempre que se traten de partes que efectivamente hayan consentido someterse a arbitraje.
46. Respecto a este supuesto particular, SUAREZ ANZORENA (57:2005) ha señalado que la práctica del arbitraje internacional y las sentencias judiciales han desarrollado diferentes teorías que, en determinadas situaciones, permiten identificar a las partes no signatarias y extenderles los efectos del convenio arbitral.
47. Sin embargo, se debe tener en cuenta que la extensión a partes no signatarias sólo podría operar en los casos donde se determine que la entidad consintió el convenio arbitral. De lo contrario, en ausencia de consentimiento, el convenio arbitral no podrá ser extendido y un tercero ajeno al acuerdo arbitral no podrá participar en el arbitraje.
48. A continuación, se demostrará por qué PISSA no consintió el convenio arbitral, no es una parte no signataria del convenio arbitral y, por lo tanto, no debe participar en el presente arbitraje.

i. PISSA no es un tercero beneficiario

49. La contraparte señala que PISSA podría invocar el convenio arbitral y participar en el arbitraje por ser un tercero beneficiario de la obligación de indemnidad contenida en la cláusula novena del Contrato Preliminar. Sin embargo, en los siguientes párrafos se demostrará que PISSA no tiene un beneficio, y en todo caso, este no la faculta a invocar el convenio arbitral.
50. Bajo la teoría del tercero beneficiario, dos partes de una relación contractual pueden decidir otorgar un beneficio a favor de un tercero ajeno al contrato. En este caso, según afirman BREKOILAKIS (133:2010) y CAIVANO (s.p.:2014), quien acepta el beneficio tendrá el derecho de hacer valer las cláusulas del contrato que se lo otorgaron.
51. En el presente caso, como ya se demostró en el ASUNTO PREVIO, la cláusula novena del Contrato Preliminar, que estipularía una obligación de indemnidad a favor de

PISSA, no fue incluida en el Contrato Definitivo. Así, las partes decidieron reemplazar dicha cláusula por otro mecanismo de asignación de riesgos y, por lo tanto, la referida obligación no es exigible al matrimonio Sandoval.

52. Sin obligación de indemnidad exigible al matrimonio Sandoval, no existe ningún beneficio a favor de PISSA. En ese sentido, PISSA no puede ser un tercero beneficiario e invocar el convenio arbitral, pues no posee ningún beneficio derivado del contrato principal, el Contrato Definitivo, que pueda ser sujeta a reclamo.
53. En el supuesto negado que el Tribunal Arbitral determine que la obligación de indemnidad alegada por los demandantes sí fue incluida en el Contrato Definitivo, tampoco existe un beneficio a favor de PISSA, por lo cual no puede participar en el presente arbitraje.
54. Respecto a la aplicación de la teoría del tercero beneficiario, el caso WALTON establece que:

“El estatus del tercero beneficiario constituye una excepción a la regla general de que un contrato no otorga derechos exigibles a los no firmantes, una persona que aspira a esa condición debe mostrar con especial claridad que las partes contratantes tuvieron la intención de conferirle un beneficio”. (Énfasis agregado).
55. De esta manera, permitir que un tercero ajeno a la relación contractual pueda ingresar al arbitraje es una situación sumamente excepcional. Por ello, según BORN (1458:2014) se exige que, en cualquier situación, se demuestre la intención de las partes contratantes de otorgar un beneficio y la facultad de invocar el convenio arbitral a un tercero.
56. Al respecto, en el caso CARGIL, la Corte de Apelaciones de Estados Unidos señaló que, solo cuando se cumpla con derivar un beneficio del contrato, el tercero beneficiario podrá estar relacionado con la cláusula arbitral contenida en este.
57. De acuerdo a lo anterior, para determinar si un tercero beneficiario tiene derecho o no a invocar el convenio arbitral, es necesario determinar cuál fue la intención de las partes al suscribir el contrato y si efectivamente quisieron otorgar al tercero tal beneficio.

58. Asimismo, al realizar dicho análisis se debe verificar que la intención de las partes haya establecido claramente el beneficio, así lo establece el caso MCI TELECOM:

“Una corte no creará a un tercero beneficiario por inferencia. La intención de contratar o conferir un beneficio directo a un tercero debe estar clara y plenamente establecida o la invocación [del convenio arbitral] del tercero deberá ser denegada”.

59. En el mismo sentido se ha pronunciado la corte de apelaciones de Texas en el caso LOYD al determinar que:

“El hecho que una persona sea directamente afectada por la conducta de las partes, o tenga un interés sustancial en la ejecución del contrato, no la hace un tercero beneficiario”.

60. Conforme a lo establecido por la jurisprudencia, para poder aplicar la teoría del tercero beneficiario, la voluntad de las partes de otorgar un beneficio a un tercero debe ser indubitable y no puede tratarse simplemente de que dicha parte sea afectada por el contrato o esté interesada en su cumplimiento.
61. En el presente caso, no existe un beneficio a favor de PISSA. Claramente, no era intención de las partes establecer un beneficio directo a su favor. A quien debía beneficiar la obligación de indemnidad no es a la sociedad objeto de la compraventa sino a quienes la adquirieron, es decir, a ANSSA en su calidad de comprador y contraparte contractual del matrimonio Sandoval.
62. Si PISSA tiene un interés en que se ejecute la indemnidad o, de alguna manera, se ve afectada por la conducta de las partes –sea un beneficio o perjuicio- ello no la convierte en un tercero beneficiario. Las demandantes se equivocan al tratar de sustentar que las partes decidieron otorgarle un beneficio: no figura en la redacción del Contrato Definitivo, ni se deriva de la actuación de las partes.
63. En ese sentido, solo ANSSA podría reclamar la ejecución de la obligación de indemnidad, en el supuesto negado que esta exista y sea exigible al matrimonio Sandoval. Por tanto, PISSA no es un tercero beneficiario del Contrato Definitivo y no puede invocar el convenio arbitral.

ii. **PISSA no consintió implícitamente el convenio arbitral**

64. La contraparte sostiene que PISSA es parte del convenio arbitral debido a que lo habría consentido implícitamente por haber tenido una actuación determinante en la ejecución del Contrato Definitivo. Contrariamente a lo alegado por las demandantes, la participación de PISSA no es determinante, y en todo caso, no fue voluntad de PISSA ejecutarlo.

65. Como ya fue explicado, la extensión del convenio arbitral sólo podrá operar cuando se demuestre fehacientemente que la parte que no firmó el convenio -en ejercicio de su voluntad- consintió someterse a arbitraje.

66. En palabras de CONEJERO e IRRA (69:2012-2013), la doctrina del consentimiento implícito señala que el convenio arbitral puede extenderse a aquella parte que, sin haber firmado el contrato principal, tiene una actuación o participación determinante en el contrato principal:

“El hecho 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”. (Énfasis agregado).

67. En ese sentido, los referidos autores también afirman que: *“No cualquier participación en la vida de un contrato, es susceptible en convertir a un tercero en una auténtica parte de dicha relación contractual”*

68. Al respecto, la Corte de Apelaciones de París, en el caso GRANOMAR ha establecido lo siguiente:

“La cláusula arbitral de un contrato internacional tiene validez y eficacia por sí misma, que debe ser interpretada extendiendo sus efectos 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”. (Énfasis agregado).

69. De acuerdo a lo señalado anteriormente, el consentimiento implícito no se deriva de cualquier participación que una entidad pueda tener en la negociación, celebración, ejecución o terminación de un contrato que no ha suscrito. Para considerar que realmente

hubo consentimiento implícito al convenio arbitral esta participación debe ser determinante.

70. En relación a lo anterior, en un laudo del 24 de agosto de 2010, el Tribunal Arbitral señaló que podía extenderse el convenio arbitral a una parte no signataria, bajo la teoría del consentimiento implícito, cuando se haya cumplido que: *“dicha parte ha intervenido de una manera particularmente intensa en la ejecución del contrato que contenga la cláusula de arbitraje.”*
71. En resumen, bajo la teoría del consentimiento implícito, el convenio arbitral puede extenderse a partes no signatarias siempre que (i) se compruebe que esta tuvo una actuación particularmente intensa durante cualquiera de las etapas del contrato y (ii) que esta actuación demuestre que su voluntad era someterse al fuero arbitral.
72. En el presente caso, la contraparte alega como actuación determinante de PISSA: (i) la celebración de la Asamblea General de Accionistas, (ii) la revocación de los poderes, y (iii) la entrega de información para la realización del *due diligence*. Sin embargo, dichas acciones no reflejan un consentimiento implícito de PISSA al convenio arbitral.
73. En primer lugar, no estamos ante una actuación determinante. Las acciones realizadas por PISSA no reflejan una participación intensa en la ejecución del Contrato Definitivo. Son meros actos formales que no reflejan una real voluntad de PISSA de ejecutar el Contrato Definitivo o ser parte del convenio arbitral.
74. En cualquier caso, dichas actuaciones no fueron realizadas realmente por PISSA sino por voluntad del matrimonio Sandoval. PISSA fue sólo un vehículo, el matrimonio Sandoval era el único dueño de PISSA y eran solamente Ernesto y María Raquel Sandoval quienes estaban obligados frente a ANSSA a realizar tales acciones.
75. El objeto del contrato era transferir las acciones de PISSA y, en consecuencia, era necesario que dicha sociedad ejecute ciertas acciones -bajo órdenes del matrimonio Sandoval- para hacer efectiva la transferencia, como por ejemplo, la celebración de la Asamblea General de Accionistas.

76. Claramente, la intención de las partes siempre fue que PISSA actúe solo como el objeto del contrato de compraventa de acciones y no como una parte de la transacción. Por lo tanto, PISSA no tuvo una actuación determinante en ninguna de las etapas del Contrato Definitivo y no manifestó su voluntad de vincularse al convenio arbitral y, en consecuencia, no existe consentimiento implícito.

iii. PISSA no es parte del convenio bajo la teoría de grupo de sociedades

77. La contraparte alega que PISSA y ANSSA deben participar del presente arbitraje en aplicación de la doctrina de grupo de sociedades debido a que ambas pertenecen a una misma realidad económica y han consentido ser parte del convenio arbitral. Sin embargo, a continuación se demostrará por qué no cabe la aplicación de la mencionada teoría en el presente caso.

78. BORN (1445:2014) señala que la doctrina de grupo de sociedades es aplicable cuando *“una compañía que es parte de un grupo de empresas, es objeto del control de una empresa filial que ha ejecutado un contrato”*. (Énfasis agregado y traducción libre).

79. En ese sentido, el mismo autor precisa que la aplicación de dicha doctrina debe ser realizada desde el siguiente enfoque:

“[A] pesar de que la existencia de un grupo (de empresas) es la primera condición para traer a un tercero al procedimiento de arbitraje, también es necesario determinar la real intención de las partes al momento de los hechos o, al menos, la intención de los tercero no signatarios”. (Énfasis agregado y traducción libre).

80. Al respecto, HANOTIAU (51:2006) señala los principios aplicables a la doctrina de grupo de sociedades:

“En particular, el consentimiento para arbitrar puede ser entendido como la conducta de una empresa del grupo -aunque no haya firmado el acuerdo de arbitraje- en razón de su implicancia en la negociación y/o el desarrollo y/o en la terminación del acuerdo que contiene el convenio arbitral y en el cual uno o más miembros de su grupo son partes. (...) Sin embargo, por otro lado, el solo hecho de que una empresa no signataria sea parte de un grupo de empresas, y uno o más miembros (del grupo) hayan firmado el acuerdo que contiene la cláusula de arbitraje, no es per se una circunstancia suficiente para permitir la extensión del convenio al no signatario”. (Énfasis agregado).

81. El análisis de la voluntad de las partes en la aplicación de la teoría del grupo de sociedades fue desarrollado por el Tribunal Arbitral en el Caso No. 6000 CCI:

“[S]e admite ampliamente que (...) cuando un contrato, que incluye una cláusula arbitral, está firmado por una empresa que es parte de un grupo de sociedades, la otra empresa o empresas del grupo que estén involucrados en la ejecución, actuación y/o terminación del contrato se encuentran vinculadas a la cláusula de arbitraje siempre que la común intención de las partes no haya excluido tal extensión”. (Traducción libre).

82. De acuerdo a lo anterior, para extender el convenio arbitral bajo la teoría del grupo de sociedades se deben cumplir con tres requisitos: (i) que se acredite que las empresas pertenecen a un mismo grupo económico, (ii) que la empresa no signataria tenga el poder de control sobre la que ejecuta el contrato y (iii) que a través del ejercicio de dicho control, se refleje la intención implícita del no signatario de someterse a arbitraje.
83. El objeto de la presente transacción era la adquisición de la totalidad de las acciones de PISSA por parte de ANSSA. A partir de la fecha de cierre y luego de la firma del acta de conformidad, se puede afirmar que ANSSA y PISSA efectivamente forman parte un mismo grupo económico.
84. Siendo ello así, se cumple con lo establecido en el primer requisito: la vinculación económica. El segundo requisito no se cumple debido a que PISSA –empresa no signataria- no posee poder de control sobre ANSSA, sino que sucede todo lo contrario: es ANSSA quien tiene el poder de control sobre PISSA. Una vez acreditado que no se cumple con el segundo requisito, se puede afirmar que la teoría del grupo de sociedades no es aplicable al presente caso.
85. Sin perjuicio de lo anterior, se demostrará por qué no se cumple con el tercer requisito: el consentimiento implícito del no signatario de someterse a arbitraje.
86. Como ya se explicó en la sección precedente, las supuestas actuaciones determinantes de PISSA en la ejecución del Contrato no son tales, o en todo caso, no reflejan ninguna voluntad de ser parte del convenio arbitral. Es el matrimonio Sandoval quien, aun siendo propietario del 100% de las acciones de la PISSA, se obligó a realizar determinadas acciones a través de dicha sociedad. En otras palabras, PISSA solo actuó como el

vehículo en la ejecución del Contrato Definitivo, y no manifestó una real voluntad de someterse a arbitraje.

87. En consecuencia, no puede extenderse el convenio arbitral a PISSA bajo la doctrina de grupo de sociedades debido a que no se cumplen con dos de los tres requisitos obligatorios para su aplicación: (i) PISSA no ejerce control sobre ANSSA y (ii) PISSA no tuvo una actuación determinante en ninguna de las etapas del Contrato Definitivo.

iv. El convenio arbitral no incluye a PISSA

88. La contraparte señala que el convenio arbitral contendría términos amplios, y que, por lo tanto, incluiría a PISSA como una parte no signataria. Sin embargo, a continuación se demostrará que la voluntad de ANSSA y el matrimonio Sandoval no reflejó la intención de incluir a la sociedad objeto de la compraventa en el convenio arbitral.

89. Para determinar el alcance de un convenio arbitral, es indispensable examinar el texto de la cláusula pactada por las partes, ya sea en relación con los sujetos a quienes se aplique como la clase de conflicto que podrá resolverse por medio de arbitraje. Dependiendo de cada caso, la redacción del convenio arbitral –que refleja la voluntad de las partes- puede ampliar o restringir el ámbito dentro del cual puede operar.

90. En este punto, cabe reiterar lo señalado en el ASUNTO I, y, ante falta de pacto de las partes, corresponde aplicar los principios Unidroit como norma aplicable al fondo del convenio arbitral. Respecto a la interpretarse de la voluntad de las partes, el artículo 4.1 de los Principios Unidroit señala lo siguiente:

*“1. El contrato debe interpretarse conforme a la intención común de las partes.
2. 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”.*

91. Asimismo, según el artículo 4.3 de los Principios Unidroit, se deberá tomar en cuenta:

*“Para la aplicación de los Artículos 4.1 y 4.2, deberán tomarse en consideración todas las circunstancias, incluyendo:
a. las negociaciones previas; b. las prácticas que ellas hayan establecido entre sí; c. los actos realizados por las partes con posterioridad a la celebración del contrato; d. el significado comúnmente dado a los términos y expresiones en el respectivo ramo comercial; y e. los usos”.* (Énfasis agregado).

92. Es decir, para determinar cuál era la común intención de las partes al redactar el convenio arbitral se debe tomar en consideración las negociaciones previas a su inclusión en el Contrato Definitivo.
93. Como demostraremos a continuación, desde el inicio de las negociaciones, no existió intención alguna de las partes de incluir a PISSA en el convenio arbitral del Contrato Definitivo. En ese sentido, como se puede apreciar en el texto de la cláusula novena del Contrato Preliminar, al redactarla, las partes no hicieron mención o referencia alguna a PISSA. El acuerdo adoptado por las partes fue el siguiente: *“El contrato se regirá por la legislación del Reino de España y las controversias relacionadas con él serán resueltas por arbitraje.”*
94. Siguiendo este criterio, es claro que la voluntad común fue que la cláusula arbitral del Contrato Preliminar sólo afecte a las partes signatarias de la cláusula de arbitraje, voluntad que fue reiterada en el convenio arbitral del Contrato Definitivo.
95. Lo anterior se condice con el rol que ambas partes quisieron asignar a PISSA durante la transacción: PISSA solo era la sociedad objeto de la compraventa y, en algunos casos, un mero vehículo para que el matrimonio Sandoval realizara determinadas acciones necesarias para efectuar la transferencia de acciones.
96. Habiendo quedado claro cuál fue la real voluntad de las partes durante las negociaciones previas al Contrato Definitivo, ahora se procederá a analizar la redacción del convenio arbitral contenido en su cláusula undécima del Contrato Definitivo. Esta señala lo siguiente:
- “Cualquier controversia derivada de o relacionada con el negocio jurídico que refleja este contrato y entre cualesquiera de los involucrados, será definitivamente resuelta por arbitraje de derecho, renunciando las partes a cualquier otra jurisdicción que pudiera corresponder. El procedimiento se regirá por el Reglamento de Arbitraje de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil internacional (2010). (...)”.* (Énfasis agregado).
97. Respecto a la interpretación del convenio arbitral, SANDROCK (949:1993) señala que es de aplicación el principio de interpretación estricta que postula que se debe respetar la voluntad de las partes de la manera más fiel posible. Es decir, el texto del convenio arbitral –y las partes del mismo- debe ser “escrupulosamente respetado” como

consecuencia de que, a través de dicha cláusula, la jurisdicción arbitral deroga a la judicial.

98. Como acertadamente afirma BORN (1404:2009), el arbitraje comercial internacional es meramente consensual por su naturaleza. En ese sentido, los efectos de un acuerdo arbitral sólo les serán aplicables a las partes que han manifestado el *animus* de suscribirlo.

99. Con respecto al consentimiento de las partes, SILVA-ROMERO y MANTILLA (237:2008) señalan acertadamente, que:

“(...) el principio general es el principio de autonomía de la voluntad, el cual se manifiesta a través del efecto relativo de los contratos, que determina que el pacto arbitral únicamente produce efectos jurídicos con respecto a los que manifestaron indudablemente su voluntad, en virtud del cual, no sólo los sujetos tienen la libertad de celebrar o no el pacto arbitral, sino que, además, éstos sólo se obligan en la medida que hayan aceptado sus disposiciones”. (Énfasis agregado)

100. Así, el arbitraje se configura como un mecanismo distinto a la jurisdicción ordinaria y los sujetos que deciden resolver sus controversias mediante esta vía renuncian al juez natural al pactar un convenio arbitral. En ese sentido, al interpretar el convenio arbitral se debe buscar cuál fue la real intención de las partes al suscribirlo, limitando su aplicación a dicha voluntad.

101. La redacción del convenio arbitral contenido en el Contrato Definitivo es clara en establecer que solo ANSSA y el matrimonio Sandoval –las partes del Contrato Definitivo- renunciaron expresamente a la jurisdicción ordinaria y se sometieron al fuero arbitral.

102. La intención de que solo las partes que firmaron el contrato principal puedan invocar arbitraje se ve reflejada en las definiciones contenidas en el Contrato Preliminar. En este documento, las partes establecieron la definición del término “partes” y solo incluyeron dentro de ella a la ANSSA –la compradora- y el matrimonio Sandoval –los vendedores-. Esta misma voluntad, como ya fue señalado, se vio replicada en el convenio arbitral contenido en el Contrato Definitivo.

103. Asimismo, según lo desarrollado en párrafos anteriores, el convenio arbitral sólo produce efectos jurídicos para ANSSA y el matrimonio Sandoval, pues solo ellos manifestaron indudablemente su voluntad de arbitrar, y, por lo tanto, solo ellos se obligaron a cumplir con el convenio arbitral.
104. Por el contrario, a diferencia de las partes signatarias del Contrato Definitivo, PISSA no aceptó las disposiciones pactadas en el convenio arbitral, no fue parte del mismo y no tuvo mención alguna en su redacción. En ese sentido, desde el inicio de las negociaciones y al momento de redactar el convenio arbitral, la común intención de las partes de no incluir a PISSA en éste se mantuvo firme. Al ser la voluntad común de las partes no incluir a PISSA como parte del convenio arbitral, el mismo no puede ser extendido a su favor.
105. Por todo lo anterior, hemos demostrado que PISSA no es parte del convenio y no puede participar del arbitraje, toda vez que (i) no es un tercero beneficiario, (ii) no consintió implícitamente el convenio arbitral, (iii) no le es aplicable la doctrina de grupo de sociedades y (iv) no era voluntad de las partes incluirla dentro del convenio arbitral.

ASUNTO III: ANSSA NO ESTÁ LEGITIMADA PARA DEMANDAR MEDIANTE ARBITRAJE

106. En la presente sección se demostrará que (i) ANSSA no se encuentra legitimada para demandar por el daño emergente que habría sufrido PISSA, (ii) la cesión no afectó la situación de ANSSA en el arbitraje, y (iii) aun si tuviera un beneficio, ANSSA no puede reclamar dicho beneficio mediante arbitraje.

i. El reclamo por la supuesta obligación de indemnidad

107. La contraparte alega que ANSSA se encuentra legitimada para demandar por el daño que habría sufrido PISSA, luego de efectuar el pago de la transacción con el Fisco. Sin embargo, a continuación se demostrará que no cabe que ANSSA demande por dicho supuesto daño.

108. Como ya fue demostrado en el ASUNTO PREVIO, no existe obligación de indemnidad a favor de PISSA ni a favor de ANSSA, toda vez que la cláusula de indemnidad alegada

por la contraparte no fue incluida dentro del Contrato Definitivo. Por tanto, no existe una obligación de indemnidad exigible al matrimonio Sandoval.

109. Sin perjuicio de lo anterior, cabe señalar que aun si el Tribunal Arbitral considerara que sí existe una obligación de indemnidad, ANSSA no puede estar legitimada a demandar por el cumplimiento de dicha obligación debido a que no sufrió el supuesto perjuicio.

110. En efecto, los Principios Unidroit establecen en sus artículos 7.4.1 y 7.4.2 que el incumplimiento de una obligación permite reclamar a la parte perjudicada los daños sufridos:

“ARTÍCULO 7.4.1 (Derecho al resarcimiento) Cualquier incumplimiento otorga a la parte perjudicada derecho al resarcimiento, bien exclusivamente o en concurrencia con otros remedios, salvo que el incumplimiento sea excusable conforme a estos Principios.” (Énfasis agregado).

“ARTÍCULO 7.4.2 (Reparación integral) (1) 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”. (Énfasis agregado).

111. Pues bien, en el presente caso resulta que quien habría sufrido el perjuicio es PISSA, puesto que se utilizó el dinero de su patrimonio para transar con el Fisco. ANSSA no tuvo que desembolsar un centavo de los US\$ 152.876 que fueron pagados al Fisco pues, a pesar de la estrecha relación que existe entre las empresas, éstas tienen personalidades jurídicas independientes.

112. Por tanto, ANSSA no es la parte perjudicada por haber realizado el pago al Fisco y, en consecuencia, no se encuentra legitimada para reclamar por el supuesto daño que habría sufrido un tercero.

ii. La cesión del supuesto crédito de PISSA

113. La contraparte alega que la cesión del supuesto crédito de PISSA facultaría a ANSSA a demandar por la obligación de indemnidad contenida en el Contrato Preliminar. Sin embargo, en la presente sección se demostrará por qué aun con la cesión, ANSSA no se encuentra legitimada para demandar mediante arbitraje por dicha obligación.

114. Como ya fue explicado en el ASUNTO PREVIO, la obligación de indemnidad contenida en la cláusula novena del Contrato Preliminar no fue incluida en el Contrato Definitivo, y como tal, no es una obligación exigible al matrimonio Sandoval. De acuerdo a lo anterior, PISSA no se encuentra facultado a reclamar por el reembolso del pago que efectuó al Fisco, y, sin crédito oponible al matrimonio Sandoval, no ha cedido ningún crédito a ANSSA.
115. Sin la existencia de un crédito atribuible a la supuesta obligación de indemnidad, la cesión de PISSA no alteró la situación de ANSSA: esta sigue sin poseer legitimidad para reclamar por una obligación de indemnidad inexistente.
116. Aun en el supuesto negado que el Tribunal Arbitral considere que existe una obligación de indemnidad y que ésta fue cedida por PISSA a favor de ANSSA, se demostrará en las siguientes líneas que la vía para reclamar por su cumplimiento no es la vía arbitral sino la judicial, y, en todo caso, PISSA ya no debe participar en el arbitraje.
117. Para determinar si un arbitraje puede llevarse a cabo respecto de una determinada relación jurídica, es necesario que se verifique una serie de criterios, dentro de los cuales se encuentra que el convenio arbitral sea obligatorio en sentido personal. Como bien sostiene CAIVANO (116:2006), *“debe haber identidad entre quienes sean o vayan a ser parte en el arbitraje y quienes han sido parte en el acuerdo arbitral”* debido a que el fuero arbitral es voluntario y, como tal, se limita a las partes que lo consintieron.
118. Asimismo, CAIVANO (117:2006) sostiene que, por el contrario, la jurisdicción estatal es imperativa y más amplia que el arbitraje. Esto porque, para poder acudir al proceso judicial, no hay necesidad de un acuerdo preexistente entre las partes y tampoco existen límites respecto de las materias que podrán ser conocidas por el juez.
119. De esta manera, como ya se demostró en el acápite anterior, al no ser PISSA parte del convenio arbitral, no se cumple con el presupuesto subjetivo indicado anteriormente, en tanto no hay identidad entre quienes desean ser parte del arbitraje y quienes son partes del acuerdo arbitral. Siendo ello así, y sin convenio arbitral de por medio, la vía que poseía PISSA para reclamar por el referido crédito –antes de la cesión- era la vía judicial.

120. En consecuencia, y en el supuesto negado que se considere que existe un beneficio a favor de PISSA, una vez cedido el crédito y la vía para reclamarlo, ANSSA puede demandar por dicho beneficio pero no a través de este arbitraje, sino a través de las cortes judiciales.
121. Aun asumiendo la postura de la contraparte, y en el supuesto que PISSA sea parte del convenio arbitral y exista un beneficio que le permita reclamar por el pago efectuado al Fisco, el derecho a reclamar por el reembolso ya fue cedido ANSSA y, en consecuencia, no existe crédito alguno que relacione a PISSA con este arbitraje.
122. Por todo lo anterior, ANSSA no puede reclamar el cumplimiento de la obligación de indemnidad debido a que no es una obligación exigible, y, en todo caso, no puede reclamar el reembolso de lo pagado a través del arbitraje. Aun en el supuesto que PISSA sea parte del convenio arbitral, ya no debe permanecer en el arbitraje por haber cedido el supuesto crédito.

V. MÉRITOS

ASUNTO I: LA LEY APLICABLE AL FONDO DE LA CONTROVERSIA ES EL DERECHO ESPAÑOL Y LA LEX MERCATORIA INTERNACIONAL

123. La ley aplicable al fondo de la controversia es la Legislación del Reino de España y, para lo no previsto en ella, la lex mercatoria internacional, en su mejor codificación: los Principios Unidroit, así como los usos y costumbres contractuales en una compraventa de acciones.
124. De acuerdo con el artículo 28° de la Ley de Arbitraje y el artículo 35° (1) del Reglamento de Arbitraje, las partes son libres de establecer las normas aplicables al fondo del litigio. En este caso, las partes acordaron en la Cláusula Decimosegunda del Contrato Definitivo que: *“El contrato se regirá por la legislación del Reino de España y, en lo no previsto, por la lex mercatoria internacional”*.

125. Por tanto, el Tribunal Arbitral deberá resolver la presente controversia conforme al Derecho español, el Código Civil español y, supletoriamente, la *lex mercatoria* internacional que se encuentra recogida en los Principios Unidroit.
126. En relación a la aplicación de los Principios Unidroit, cabe mencionar que los contratos comerciales se encuentran dentro de su ámbito de regulación. Entonces, al ser el contrato de compraventa de acciones un contrato comercial, los mencionados principios resultan aplicables al mismo.
127. Por otro lado, la expresión “*lex mercatoria* internacional” como pacto de ley aplicable permite recurrir a los Principios Unidroit. En efecto, el preámbulo de estos principios señala que: “*pueden aplicarse cuando las partes hayan acordado que su contrato se rija por principios generales del derecho, la “lex mercatoria” o expresiones semejantes*”.
128. Asimismo, debe tenerse en cuenta que los Principios Unidroit son un reflejo de las prácticas o principios comunes en materia de transacciones comerciales en todo el mundo; es decir, de la *lex mercatoria*. En ese sentido, PIEDRA POVEDA (62:2012) sostiene que:
- “En mi opinión, los principios en cuestión no son más que una recopilación de lex mercatoria, o sea son lex mercatoria codificada, dicho sea de paso de una manera muy completa, pero no agotan los Principios a la lex mercatoria, ya que esto sería imposible debido a su vastedad y constante evolución”.* (Énfasis agregado).
129. La aplicación de los Principios Unidroit como *lex mercatoria* también ha sido reconocido por diversos tribunales arbitrales en el Caso CCI 7365, Caso Ad-Hoc Nueva York y Caso PCA 45863.
130. Adicionalmente, conforme al artículo 28.4 de la Ley de Arbitraje, el Tribunal Arbitral deberá considerar los usos y costumbres aplicables a los contratos de compraventa de acciones. Teniendo en consideración que este tipo de contratos no cuenta con una regulación particular, la práctica comercial desarrollada por los contratantes resulta ilustrativa para entender cómo operan las obligaciones asumidas por las partes.

131. En conclusión, el Tribunal Arbitral deberá resolver la presente controversia a la luz del Código Civil español y, supletoriamente, los Principios Unidroit y conforme a los usos y costumbres aplicables a los contratos de compraventa de acciones.

ASUNTO II: LA PRETENSIÓN POR INDEMNIZACIÓN DE DAÑO EMERGENTE ES INFUNDADA

132. Las demandantes pretenden obtener una indemnización por el monto de US\$ 152.876 que PISSA pagó en la transacción con el Fisco. Para ello, alegan que el matrimonio Sandoval incumplió con lograr que PISSA finalice el Procedimiento Tributario antes de la fecha de cierre del Contrato Definitivo.

133. Sin embargo, olvidan que el matrimonio Sandoval y ANSSA acordaron dejar en la cuenta de PISSA el dinero suficiente para cubrir la contingencia del Procedimiento Tributario. Por ello, en los siguientes párrafos se demostrará que la pretensión de indemnización por daño emergente debe ser declarada infundada.

134. En la cláusula quinta del Contrato Definitivo, las partes pactaron una serie de compromisos que debían verificarse a la fecha de cierre:

“QUINTA (COMPROMISOS DE LOS VENDEDORES). Los vendedores asumen frente a la Compradora los siguientes compromisos, a cumplirse antes de la fecha de Cierre. (...)”. (Énfasis agregado).

135. Conforme a las prácticas comerciales, en los contratos de adquisición de compañías, la citada cláusula constituye una cláusula típica de condiciones precedentes. En ese sentido, resulta relevante entender cómo funcionan y cuáles son los efectos de las condiciones precedentes. Para ello, nos remitimos a los usos y costumbres aplicables. Así pues, el artículo 1.9 de los Principios Unidroit dispone que:

“Las partes están obligadas por cualquier uso que sea ampliamente conocido y regularmente observado en el comercio internacional por los sujetos participantes en el tráfico mercantil de que se trate, a menos que la aplicación de dicho uso sea irrazonable”. (Énfasis agregado).

136. Pues bien, conforme a los usos mercantiles, las condiciones precedentes son hechos o circunstancias que deben verificarse antes de la fecha de cierre de la transacción. Al respecto, Hugh Beale y Joseph Chitty (193:2004) sostienen que la condición precedente

o suspensiva supedita la obligatoriedad de la transferencia de las acciones hasta que se produzca el evento especificado.

137. Entonces, solo si se cumplen las condiciones precedentes surge en la fecha de cierre la obligación del vendedor de transferir las acciones de la compañía en venta y la obligación del comprador de pagar el precio. Visto de otro modo, ante la inobservancia de alguna de las condiciones precedentes, se otorga el derecho de salida a la parte afectada.
138. Asimismo, debe tenerse en cuenta que el solo incumplimiento de una condición precedente no da lugar a una indemnización. Sobre el particular, los Comentarios al Model Stock Purchase Agreement de la American Bar Association (245:2010) precisan lo siguiente:

“Aunque toda representación y obligación de los Vendedores también opera como una condición para el cierre (...) algunas de las condiciones para el cierre (...) no constituyen representaciones ni obligaciones de los Vendedores. Si finalmente, los Vendedores dejan de satisfacer alguna de estas condiciones para el cierre, el Comprador tendrá derecho a terminar la adquisición, pero a no ser que haya existido además un incumplimiento adicional por parte de los Vendedores de una representación o una obligación, los Vendedores no serán responsables frente al Comprador por no haber satisfecho la condición”. (Énfasis agregado y traducción libre).

139. Como se puede apreciar, las condiciones de cierre solo otorgan un derecho de salida al comprador, salvo que el vendedor haya incumplido, además, otra obligación. Solo así, tal incumplimiento generará adicionalmente un derecho a ser resarcido. En palabras de Peter Jaslow y Craig Circosta (s.p.:2012):

“La falta de satisfacción de una condición de cierre otorga a la otra parte el derecho a no perfeccionar la adquisición pero no genera responsabilidad sobre la parte que tenía a cargo la condición, a menos que el incumplimiento sea el resultado de o la causa de otro incumplimiento del contrato”. (Énfasis agregado y traducción libre).

140. Resulta que en los contratos de compraventa de acciones, las partes pueden pactar una misma estipulación en diferentes cláusulas, a fin de darle consecuencias distintas. Por ejemplo, una obligación puede ser pactada como (i) condición de cierre, (ii) estar incluida en la cláusula de obligaciones adicionales y (iii) en la cláusula de indemnidad.

Dependiendo de ello, se determinará las consecuencias que se derivaran ante la inobservancia de la obligación. Entonces, si el mismo compromiso se estipula en las tres formas descritas, la inobservancia de una condición de cierre, a su vez, generará el incumplimiento de otra obligación del contrato, lo cual otorgará el derecho a reclamar una indemnización.

141. Como bien señalan las citas precedentes, la falta de verificación de una condición de cierre solo da lugar a una indemnización si ello ha ocasionado un incumplimiento adicional. Sin embargo, en el presente caso, los compromisos de la cláusula quinta del Contrato Definitivo solo fueron pactados como meras condiciones de cierre. Por tanto, la inobservancia de alguno de ellos solo otorgan a ANSSA un derecho de salida, mas no de resarcimiento.
142. Teniendo en cuenta lo expuesto, se pasará a analizar qué pactaron las partes como condiciones precedentes en el Contrato Definitivo. En el presente caso, el matrimonio Sandoval se comprometió en el literal (iv) de la cláusula quinta del Contrato Definitivo a que PISSA pusiera fin al Procedimiento Tributario:

“QUINTA (COMPROMISOS DE LOS VENDEDORES). Los Vendedores asumen frente a la Compradora los siguientes compromisos, a cumplirse antes de la fecha de Cierre:(...) (iv) Adicionalmente los Vendedores se comprometen a que la Sociedad cancele todas las obligaciones tributarias devengadas y pendientes de pago y a que ponga fin al proceso administrativo seguido por la autoridad fiscal de Costa Dorada por el Impuesto a las Ganancias del ejercicio 2012”. (Énfasis agregado).

143. Asimismo, debe recordarse que el matrimonio Sandoval se comprometió a no realizar alguna acción que produjera un detrimento patrimonial a PISSA. Ello se desprende de una lectura conjunta del literal (i) de la cláusula quinta del Contrato Definitivo y el literal (v) de la cláusula octava del Contrato Preliminar:

“QUINTA (COMPROMISOS DE LOS VENDEDORES). Los vendedores asumen frente a la Compradora los siguientes compromisos, a cumplirse antes de la fecha de Cierre: (i) No realizar, ni permitir que la Sociedad realice, desde la fecha de celebración del presente Contrato y hasta la fecha de Cierre ninguno de los actos previstos en la cláusula octava del contrato preliminar;(...”. (Énfasis agregado).

“OCTAVO.- (...) (v) Tomar cualquier acción o incurrir en cualquier omisión que pueda ocasionar un detrimento patrimonial a la Sociedad”. (Énfasis agregado).

144. Como se puede apreciar, ambos compromisos debían verificarse a la fecha de cierre, por lo cual el matrimonio Sandoval tenía que encargarse de que PISSA finalice el Procedimiento Tributario sin causar un perjuicio a la misma sociedad. Entonces, si bien en el literal (iv) de la cláusula quinta, el matrimonio Sandoval se comprometió a que PISSA termine el Procedimiento Tributario pendiente, es necesario considerar los mecanismos con los que contaba para lograr ello.
145. A pesar de que los demandados tenían el control de PISSA, finalmente, la potestad de culminar el procedimiento recaía en la autoridad fiscal de Costa Dorada. Así pues, el matrimonio Sandoval solo podía encargarse de que PISSA siga diligentemente con el curso normal del Procedimiento Tributario hasta la culminación del mismo.
146. Ahora bien, los demandantes alegan que el matrimonio Sandoval podía garantizar que el Procedimiento Tributario termine a la fecha de cierre transando con el Fisco. No obstante, una transacción implica el reconocimiento de la deuda y tener que cancelarla -compromiso que jamás asumió el matrimonio Sandoval-, pues de la lectura del literal (iv) de la cláusula quinta no se desprende un compromiso a pagar personalmente la deuda del Procedimiento Tributario.
147. Además, si el matrimonio Sandoval hacía que PISSA transe con el Fisco -como alegan las demandantes-, la cancelación de la deuda tributaria en litigio habría ocasionado un detrimento patrimonial a PISSA. Ello, por supuesto, habría significado un incumplimiento de la condición de no causar un perjuicio a PISSA.
148. Bajo esas circunstancias, a la fecha de cierre, el matrimonio Sandoval no pudo lograr que PISSA cierre el Procedimiento Tributario. Entonces, al no haberse verificado esta condición precedente -tal como ha sido explicado anteriormente- ANSSA tenía la facultad de ejercer su derecho de salida, es decir, no continuar con la adquisición de las acciones de PISSA.
149. Sin embargo, las partes llegaron a un acuerdo sobre la forma de cumplir con esa condición de precedente: El matrimonio Sandoval debía dejar en la cuenta de PISSA el dinero suficiente para cubrir la contingencia del Procedimiento Tributario. A fin de cuentas, el propósito de pactar el cierre del mencionado procedimiento como una condición precedente era que ANSSA no reciba una sociedad con esa contingencia y al

dejar el dinero suficiente para terminar con la contingencia se cumple con el mismo objetivo.

150. Conforme a lo acordado, el matrimonio Sandoval cumplió con dejar en la cuenta de la compañía dinero suficiente para cubrir esa contingencia e incluso otras contingencias detectadas en el *due diligence*. De acuerdo con el resultado del *due diligence*, la contingencia por el Procedimiento Tributario estaba valorizada en US\$ 138.000, mientras que las contingencias por los dos juicios laborales y otras obligaciones tributarias fueron valorizadas en US\$ 45.000. El monto total de ambas contingencias ascendía a US\$ 183.000.
151. Precisamente, a la fecha de cierre el matrimonio Sandoval dejó en la cuenta de PISSA un saldo de US\$ 183.456,28. Como se puede apreciar, el monto dejado es incluso superior al valor total de las contingencias. A su vez, dejando este saldo mayor en la cuenta de PISSA también se cumplió con la condición de dejar un importe no inferior a US\$ 50.000, tal como fue establecido en el literal (iii) de la cláusula quinta del Contrato Definitivo.
152. Además, debe considerarse que en el Contrato Preliminar se había establecido un precio de US\$ 7.000.000 y en el Contrato Definitivo el precio se redujo a US\$ 6.980.000. Esta reducción del precio de las acciones en US\$ 20.000 también compensó el riesgo asumido por ANSSA al recibir una compañía con algunas contingencias vigentes.
153. Pues bien, conforme señalan las aclaraciones en el numeral 2.2, el saldo final dejado en la cuenta y la reducción del precio fueron el resultado de negociaciones entre las partes. Estas negociaciones permitieron arribar al siguiente acuerdo: tener por cumplidas las condiciones de cierre y perfeccionar la compraventa de las acciones de PISSA, a cambio de dejar el dinero de las contingencias y reducir el precio de venta. De ese modo, la condición de cerrar el Procedimiento Tributario, finalmente, se dio por satisfecha con el saldo equivalente dejado en la cuenta de PISSA.
154. La mayor evidencia del arreglo al que arribaron las partes es la suscripción del Acta de Conformidad. En efecto, el 10 de enero de 2014, ANSSA y el matrimonio Sandoval firmaron un Acta de Conformidad en la que se estableció expresamente que se habían cumplido todos los pasos necesarios para perfeccionar la operación. Allí mismo,

ANSSA entregó al matrimonio Sandoval la constancia de haber efectuado la transferencia del importe convenido como precio, es decir, los US\$ 6.980.000.

155. En este sentido, la declaración de haberse cumplido con todos los pasos necesarios para perfeccionar la operación exterioriza la conformidad de ANSSA con la situación de PISSA: el Procedimiento Tributario seguía vigente pero PISSA contaba con el dinero necesario para cerrarlo cuando estuviera bajo el control de ANSSA. Solo así, ANSSA dio por cumplidas las condiciones precedentes y decidió cerrar la operación.
156. Como se puede apreciar, el Acta de conformidad corrobora la voluntad de las partes de continuar con la operación en los términos expuestos. Según DÍEZ-PICAZO 2 (175:2007), se trata de una manifestación de voluntad expresa, toda vez que ha sido exteriorizada de forma escrita:

“En términos generales, podemos entender que una declaración de voluntad es expresa cuando el declarante se comunica con el destinatario de su declaración por medio de signos idóneos para hacer llegar a éste su pensamiento. El medio normal de realizar una declaración expresa de voluntad es obviamente el lenguaje, tanto verbal como escrito (...)”. (Énfasis agregado).

157. Sin perjuicio de ello, incluso en el supuesto negado que no se considere que hubo una manifestación de voluntad expresa, existió una manifestación tácita de la voluntad de ANSSA. Sobre el particular, DÍEZ-PICAZO 2 (176:2007) precisa lo siguiente:

“La declaración tácita de voluntad contractual, que es aquella que se realiza por medio de actos concluyentes e inequívocos (facta concludentia) está sometida siempre a una interpretación y valoración de los tribunales, que debe realizarse de forma objetiva, no buscando tanto la inducción de una voluntad oculta bajo ellos, cuanto el sentido que el comportamiento tiene y la confianza que suscita en los demás”. (Énfasis agregado).

158. En este sentido, la suscripción del Acta de Conformidad más la constancia de ANSSA de haber efectuado la transferencia por el precio convenido denotan, indubitadamente, la voluntad de las partes de cerrar la operación. Así, se acordó que la condición de cerrar el Procedimiento Tributario fue cumplida dejando el dinero en la cuenta de PISSA.

159. Es más, estos actos concluyentes cobraron mayor fuerza con el tiempo transcurrido desde que se cerró la operación -10 de enero de 2014- y la fecha en que se reclamaron los pagos indemnizatorios al matrimonio Sandoval -02 de julio de 2014-. Este lapso de conformidad de más de cinco meses produjo la confianza en el matrimonio Sandoval de que ANSSA efectivamente había asumido el riesgo del Procedimiento Tributario, toda vez que para ello se le dejó el dinero.
160. Finalmente, incluso si se considerara que ANSSA no dio por cumplida la condición precedente de cerrar el Procedimiento Tributario a cambio del dinero dejado en la cuenta de PISSA, el comportamiento de ANSSA denota su renuncia a esta condición, pese a su inobservancia. Tal como se mencionó líneas arriba, el incumplimiento de una condición precedente solo genera el derecho de salida al afectado con el incumplimiento. Sin embargo, este incumplimiento puede ser convalidado a fin de no frustrar la operación si el comprador decide renunciar a esta condición.
161. Sobre el particular, los Comentarios al Model Stock Purchase Agreement de la American Bar Association (247:2010) acotan que “*el comprador podrá renunciar total o parcialmente a cualquier condición de cierre*”.
162. De igual modo, los Comentarios al artículo 5.3.1 de los Principios Unidroit mencionan lo siguiente:
- “Normalmente (...) en la fecha del cierre (“closing date”) las partes firman un documento que confirma que ninguna condición previa continúa en suspenso o, si algunas condiciones no han sido cumplidas, que han sido objeto de renuncia”.*
163. Precisamente, esto sucedió en el presente caso. Llegó la fecha de cierre -10 de enero de 2014- y el Procedimiento Tributario seguía vigente. En ese momento, la contraparte tenía dos opciones: terminar el contrato o continuar con la transacción. ¿Qué decidió la compradora? ANSSA firmó el Acta de Conformidad en la que indicó expresamente que se había cumplido los pasos necesarios para perfeccionar la operación. Este hecho demuestra que renunció a cualquier reclamo por la condición precedente inconclusa y se cerró la operación.
164. Sobre la base de lo expuesto, sea que se considere que hubo un acuerdo o que se renunció a la condición precedente, lo cierto es que a partir de la fecha de cierre ANSSA asumió

el riesgo de lo que pudiera pasar con la contingencia del Procedimiento Tributario y que PISSA contaba con el dinero para poner fin al mismo. A partir de ese momento, era responsabilidad exclusiva de ANSSA encargarse de que PISSA finalice el Procedimiento Tributario.

165. En conclusión, está demostrado que no existe un incumplimiento del Contrato Definitivo, toda vez que (i) las partes dieron por cumplida la condición de cerrar el Procedimiento Tributario al dejar el dinero en la cuenta de PISSA, (ii) ANSSA renunció a su derecho de salida y decidió cerrar la operación y (iii) ANSSA asumió el riesgo del Procedimiento Tributario luego de la fecha de cierre. Por tanto, no corresponde que el matrimonio Sandoval asuma el costo de la transacción de PISSA con el Fisco.

i. La diferencia entre el monto de la transacción y el dinero dejado en la cuenta tampoco es un daño indemnizable

166. Si bien es cierto que el matrimonio Sandoval dejó en la cuenta de PISSA US\$ 138 000 para cubrir el riesgo del Procedimiento Tributario, PISSA terminó pagando al Fisco un monto de US\$ 152 876. Aun si ANSSA pretendiera el resarcimiento por esa diferencia, en las siguientes líneas se demostrará que ello no es un daño indemnizable.

167. A la fecha de cierre, cuando ANSSA adquirió las acciones de PISSA, las contingencias de la sociedad pasaron a ser riesgos asumidos por ANSSA. En tal sentido, estaba bajo el control de ANSSA disponer que PISSA cerrara el Procedimiento Tributario utilizando el dinero dejado en la cuenta.

168. A pesar de que desde el 10 de enero de 2014 PISSA contaba con el dinero suficiente para transar con el Fisco y así cerrar el Procedimiento Tributario, recién el 13 de junio de 2014 -más de cinco meses después- PISSA transó con el Fisco. Al dejar transcurrir tanto tiempo, ANSSA permitió que los intereses y punitivos de la deuda de PISSA se incrementen, por lo cual el monto pagado en la transacción fue mayor al valor de la contingencia en la fecha de cierre.

169. Como se puede apreciar, la causa del incremento de la deuda es una conducta atribuible exclusivamente a ANSSA. Entonces, el daño que generaría la diferencia entre el monto dejado en la cuenta de PISSA y el monto de la transacción es un daño ocasionado por

la propia ANSSA, por lo cual encaja en la figura de hecho de la propia víctima. En este supuesto, como bien señalan DIEZ PICAZO y GULLÓN (553:2001) el hecho de la víctima rompe con la relación de causalidad:

“La doctrina y la jurisprudencia entienden que la obligación de reparar al agente debe verse disminuida en su intensidad o cuantía al concurrir la culpa del propio perjudicado con fundamento en el artículo 1103 del Código Civil, que faculta a los Tribunales para moderar la responsabilidad procedente de la culpa. (...) No obstante, cuando la culpa del perjudicado o del agente se ofrece con muy acusados relieves o intensidad, puede absorber a toda otra concurrente”. (Énfasis agregado).

170. Al no existir relación de causalidad entre el hecho que el matrimonio Sandoval dejara US\$ 138 000 en la cuenta de PISSA y el daño sufrido por el mayor monto que se pagó al Fisco, el matrimonio Sandoval no debe indemnizar esa diferencia. Por el contrario, es únicamente ANSSA quien debe asumir las consecuencias y el daño que le ocasionó la demora de PISSA en poner fin al procedimiento Tributario.
171. Por todo lo expuesto, está demostrado que el matrimonio Sandoval no debe pagar dólar alguno de los US\$ 152 876 que PISSA desembolsó para transar con el Fisco. Por tanto, la pretensión de daño emergente es infundada.

ASUNTO III: LA PRETENSIÓN POR INDEMNIZACIÓN DE LUCRO CESANTE ES INFUNDADA

172. Pese a que ANSSA asumió el riesgo de cerrar el Procedimiento Tributario a partir de la adquisición de PISSA, ahora pretende desconocer esta situación. Así, los demandantes intentan trasladar las consecuencias de sus propias decisiones: el no haber cerrado el Procedimiento Tributario a tiempo. Sin embargo, este acápite demostrará que el lucro cesante reclamado al matrimonio Sandoval también carece de todo sustento.
173. Los demandantes alegan que, producto del supuesto incumplimiento de la condición precedente del literal (iv) de la cláusula quinta del Contrato Definitivo, ANSSA sufrió un daño de US\$ 89.000 por concepto de lucro cesante.

174. El 1 de marzo de 2014 entró en vigencia la norma que prohíbe al Estado de Costa Dorada mantener contratos con empresas proveedoras que tuviesen deudas impositivas y con empresas controlantes o vinculadas a las empresas deudoras. En virtud de esta norma, el Estado suspendió el contrato que tenía con ANSSA para la provisión de alimentos para los comedores escolares del país, toda vez que ANSSA era la controlante de PISSA, una empresa deudora ante el Fisco.
175. La suspensión del contrato de suministro perduró hasta fines de junio de 2014, cuando PISSA- bajo el control de ANSSA- decidió cerrar el Procedimiento Tributario, a través de una transacción con el Fisco. El tiempo que duró la suspensión del contrato ocasionó a ANSSA una pérdida de US\$ 89 000 por ganancias dejadas de obtener, monto que ahora pretende trasladar al matrimonio Sandoval.
176. Conforme al artículo 1101 del código civil español, solo surge la obligación de indemnizar los daños causados por el incumplimiento de obligaciones. En ese sentido, las demandantes sostienen que la inobservancia de culminar el Procedimiento Tributario a la fecha de cierre habría ocasionado el lucro cesante.
177. No obstante, olvidan una vez más que (i) el compromiso de cerrar el Procedimiento Tributario fue pactado como una condición precedente y (ii) las partes acordaron dar por cumplida dicha condición al dejar en la cuenta de PISSA el dinero equivalente al valor de la contingencia (los fundamentos han sido ampliamente desarrollado en el ASUNTO II de los Méritos).
178. Entonces, al no existir incumplimiento por parte del matrimonio Sandoval tampoco existe conducta antijurídica alguna. Por ello, el examen de responsabilidad contractual no resiste el menor análisis y el lucro cesante no es un daño atribuible al matrimonio Sandoval.
179. Sin perjuicio de lo anterior, aún en el supuesto negado que el Tribunal Arbitral considere que existe un incumplimiento, el daño sufrido por concepto de lucro cesante tampoco es indemnizable. Esto se debe a dos motivos: (i) se trata de un daño derivado de un evento de fuerza mayor y, a todo evento, (ii) se trata de un daño imputable únicamente a ANSSA.

180. Respecto al primer punto, el artículo 1105 del Código Civil Español precisa que "*fuera de los casos expresamente mencionados en la ley, y de los en que así lo declare la obligación, nadie responderá de aquellos sucesos que no hubieran podido preverse, o que, previstos, fueran inevitables*" (énfasis agregado). En suma, no son resarcibles los daños producto de sucesos imprevisibles o inevitables.
181. En ese sentido, el cambio normativo al ser calificado como un evento de fuerza mayor es imprevisible o inevitable. Al respecto, la STS del 13 de julio de 1999 estableció que un cambio legislativo constituirá un supuesto de fuerza mayor siempre que se demuestre que este hecho escapa del control de la empresa –a saber, imprevisible o inevitable- y que, además, exista un nexo causal fehaciente entre el evento y el resultado. En el presente caso, ambos supuestos concurren.
182. En efecto, el cambio normativo era imprevisible, puesto que la norma por la cual se suspendió el contrato de suministro es posterior a la celebración del Contrato Definitivo e incluso al momento de haber cerrado la operación. Mientras que el Contrato Definitivo se celebró el 20 de noviembre de 2013 y la fecha de cierre fue el 10 de enero de 2014, la normativa se emitió el 1 de marzo de 2014, casi dos meses después de haberse cerrado la transferencia.
183. Asimismo, existe causalidad fehaciente entre el evento (el cambio normativo) y el resultado (la suspensión del contrato de suministro). En efecto, la única razón por la cual se suspendió el contrato de suministro celebrado entre ANSSA y el Fisco es la norma que prohíbe al Estado mantener contratos con empresas proveedoras deudoras o que controlen o estén vinculadas a empresas deudoras.
184. En relación al segundo argumento para desestimar esta pretensión, los hechos evidencian que el daño fue ocasionado por una conducta negligente del acreedor. De conformidad con DÍEZ-PICAZO y GULLÓN (553:2001), el supuesto causante no debe responder por los daños causados por la acción u omisión de la propia víctima.
185. En este caso, las ganancias frustradas se deben únicamente a la conducta negligente de ANSSA. Como se mencionó, la norma fue emitida el 1 de marzo de 2014; sin embargo, recién a mediados de junio de 2014 -más de tres meses después-, ANSSA decidió que PISSA pusiera fin al Procedimiento Tributario transando con el Fisco. Es más, debe

recordarse que el matrimonio Sandoval dejó el dinero para cubrir esa contingencia desde el 10 de enero de 2014, por lo cual ANSSA debió poner fin al Procedimiento Tributario incluso antes de se emitiera la norma.

186. Por todo lo expuesto, está acreditado que los US\$ 89.000 reclamados por concepto de lucro cesante no deben ser indemnizados, toda vez que (i) el daño se produjo por un evento de fuerza mayor y (ii) la misma ANSSA se produjo el daño al no cancelar el Procedimiento Tributario a tiempo. Por tanto, la pretensión por lucro cesante debe ser declarada infundada.

ASUNTO IV: ANSSA ACTÚA EN CONTRA DE SUS PROPIOS ACTOS AL RECLAMAR UNA INDEMNIZACIÓN

187. A continuación, se demostrará que ANSSA, al pretender una indemnización por los perjuicios que le habría ocasionado la falta de cierre del Procedimiento Tributario, está contraviniendo sus propios actos.

188. Luego de que el matrimonio Sandoval dejó en la cuenta de PISSA el monto exacto para que ANSSA cierre el Procedimiento Tributario, ANSSA decidió perfeccionar la operación, suscribió el Acta de Conformidad y asumió el riesgo del Procedimiento Tributario. Sin embargo, ahora pretende desconocer todos estos hechos y reclama al matrimonio Sandoval una indemnización derivada del Procedimiento Tributario.

189. Conforme al principio de la buena fe que se encuentra recogido en el inciso 1 del artículo 7 del Código Civil español, las partes no pueden actuar en contra de sus propios actos. Al respecto, el Tribunal Supremo Español en la STS del 28 de setiembre de 2000 estableció lo siguiente:

“La doctrina de los actos propios tiene su fundamento último en la protección de la confianza y en el principio de la buena fe, que impone un deber de coherencia y autolimita la libertad de actuación cuando se han creado expectativas razonables”. (Énfasis agregado).

190. En esa misma línea, el Tribunal Supremo Español en la STS del 22 de mayo de 2003 señaló que :

“La regla general según la cual no puede venirse contra los propios actos, o jurídico a la conducta contraria, se asienta en la buena fe o, dicho de otra manera, en la protección a la confianza que el acto o conducta suscita objetivamente en otra u en otras. El centro de gravedad de la regla no reside en la voluntad de su autor, sino en la confianza generada en terceros, ni se trata de ver una manifestación del valor de una declaración de voluntad negocial manifestada por hechos o actos concluyentes. No es la regla una derivación de la doctrina del negocio jurídico, sino que tiene una sustantividad propia, asentada en el principio de buena fe”. (Énfasis agregado).

191. Por su parte, los Principios Unidroit disponen en su artículo 1.8 que: *“una parte no puede actuar en contradicción a un entendimiento que ella ha suscitado en su contraparte y conforme al cual esta última ha actuado razonablemente en consecuencia y en su desventaja”*

192. Al respecto, la doctrina señala que los actos propios implican que nadie puede variar de comportamiento injustificadamente cuando ha generado en otros una expectativa de comportamiento futuro. Con ello, se busca la protección de la confianza generada en la parte a la que se le generó una expectativa. En palabras de BORDA (53:2000):

"Es dable exigir a las partes un comportamiento coherente ajeno a los cambios de conducta perjudiciales, desestimando toda actuación que implique un obrar incompatible con la confianza que -merced a actos anteriores- se ha suscitado en el otro contratante. (...) Nadie puede ponerse de tal modo en contradicción con sus propios actos ejerciendo una conducta incompatible con la asumida anteriormente" (Énfasis agregado).

193. Vemos, pues, que el 10 de enero del 2014 se suscribió el Acta de Conformidad, a través de la cual las partes manifestaron que se encontraban de acuerdo con los términos finales de la transacción. Asimismo, durante el intervalo entre la suscripción del Contrato Definitivo y la fecha de cierre (lapso en el cual el matrimonio Sandoval se habría obligado a que PISSA cierre el Procedimiento Tributario) los demandantes no le comunicaron al matrimonio Sandoval ninguna inquietud o reclamo respecto de la supuesta obligación.

194. Es más, transcurrieron más de cinco meses y no llegó disconformidad alguna hasta el sorpresivo correo que los demandantes enviaron el 02 de julio del 2014, cuando la

transferencia de PISSA ya se había consumado. No fue hasta esta fecha, cinco meses después de la fecha de cierre, que los demandantes reclamaron al matrimonio Sandoval no solo el monto adeudado por no haber cerrado el Procedimiento Tributario que ascendía a US\$ 152.876, sino también un imprevisible e inimputable lucro cesante por un monto equivalente a US\$ 89.000.

195. De conformidad con el Tribunal Supremo Español, en la STS del 22 de mayo de 2003, *“los actos propios, para vincular a su autor, han de ser inequívocos y definitivos, en el sentido de crear, establecer y fijar una determinada situación jurídica (...)”* (énfasis agregado). Esto fue precisamente lo que ocurrió con ANSSA: a través del Acta de Conformidad, se precisó expresamente que se había cumplido los pasos necesarios para perfeccionar la operación. Nada más claro. Asimismo, esta situación se corrobora con los más de cinco meses de silencio de ANSSA.
196. Por todo lo expuesto, resulta evidente que ANSSA, luego de haber acordado con el matrimonio Sandoval el cierre definitivo de la operación y del cumplimiento de todas las condiciones de cierre, contradice su propia actuación al solicitarnos una indemnización. Por tanto, las pretensiones solicitadas por concepto de daño emergente y lucro cesante deben ser declaradas infundadas.

VI. PETITORIO:

A lo largo del presente memorial de contestación, se ha demostrado que las pretensiones de ANSSA y PISSA carecen de fundamentos, por ello solicitamos al Tribunal Arbitral:

- (i) Que se declare que PISSA no debe participar en el arbitraje por no ser parte del convenio arbitral
- (ii) Que se declare que, en el supuesto negado que exista un beneficio cedido, ANSSA no puede reclamar dicho beneficio mediante este arbitraje
- (iii) Que se declare que el matrimonio Sandoval no incumplió el Contrato Definitivo.
- (iv) Que se declare infundada la pretensión de indemnización por daño emergente, correspondiente a la suma de US\$ 152.876 que PISSA pagó al Fisco de Costa Dorada.

- (v) Que se declare infundada la pretensión de indemnización por lucro cesante, correspondiente a la suma de US\$ 89.000.00 por la suspensión del contrato de suministro de ANSSA.
