
XIV COMPETENCIA INTERNACIONAL DE ARBITRAJE

ORGANIZADA POR:

UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES – UNIVERSIDAD DEL ROSARIO

2021

MEMORIAL DE CONTESTACIÓN

EQUIPO N° 428

EN REPRESENTACIÓN DE:

**CONSTRUCCIONES E INSTALACIONES
COSTADORENSE S.A.**

[CICSA]

EN CONTRA DE:

MINERA SANTA MARÍA S.A.

[MISMA]

MEMORIAL DE CONTESTACIÓN A LA DEMANDA
EQUIPO 428

Tabla de contenido

I.	ABREVIATURAS	3
II.	INTRODUCCIÓN	5
III.	ANTECEDENTES	6
IV.	JURISDICCIÓN	8
1.	EL TRIBUNAL ARBITRAL DEBE INCORPORAR A TPF COMO PARTE DEL PROCESO ARBITRAL.....	8
1.1.	<i>TPF tiene un rol determinante en la ejecución del Convenio Arbitral</i>	8
1.2.	<i>TPF debe responder solidariamente por la ejecución de las costas</i>	11
2.	EL TRIBUNAL DEBE GARANTIZAR EL PAGO DE LAS COSTAS DEL ARBITRAJE.....	12
2.1.	<i>El Tribunal es competente para ordenar una cautio judicatum solvi</i>	12
2.2.	<i>La falta de liquidez de MISMA causa incertidumbre en la ejecución del laudo</i>	13
2.3.	<i>Debe garantizarse la ejecución a través de una cautio judicatum solvi</i>	13
3.	CICSA NO PRETENDE QUE EL TRIBUNAL RESUELVA SOBRE MATERIA NO ARBITRABLE.....	15
3.1.	<i>CICSA pide que se determine el alcance de la cláusula 6.4 del Contrato</i>	15
3.2.	<i>Las excepciones planteadas por CICSA son arbitrables</i>	15
V.	MÉRITOS	16
4.	MISMA NO TIENE DERECHO AL COBRO DE LA PENALIDAD PORQUE LA SUSPENSIÓN DEL CONTRATO SE DEBE A UN EVENTO DE FUERZA MAYOR.....	16
4.1.	<i>La suspensión del Contrato se debe a un impedimento ajeno al control de CICSA</i>	16
4.2.	<i>A la celebración del Contrato, no era razonable esperar que el Bloqueo tenga lugar</i>	17
4.3.	<i>A la celebración del Contrato, no cabía razonablemente evitar o superar el Bloqueo</i>	19
4.4.	<i>CICSA notificó su impedimento en un plazo razonable</i>	20
5.	MISMA NO TIENE DERECHO AL COBRO DE LA PENALIDAD PORQUE LA SUSPENSIÓN DEL CONTRATO SE DEBE A UN EVENTO DE RIESGO NO CONTROLABLE.....	20
6.	MISMA NO TIENE DERECHO A DEMANDAR A CICSA PORQUE INCUMPLIÓ SUS OBLIGACIONES.....	21
6.1.	<i>MISMA incumplió su obligación de reconocer a CICSA el monto de las compensaciones por los derechos reales</i>	21
6.2.	<i>MISMA incumplió su obligación de colaborar porque debía informar a CICSA de sus relaciones previas con la Comunidad</i>	22
6.3.	<i>MISMA no puede exigir el cumplimiento del Contrato, pues ha incumplido sus obligaciones</i>	23
6.4.	<i>MISMA no puede exigir el pago de la Penalidad</i>	23
VI.	PETITORIO	24
VII.	BIBLIOGRAFÍA	25

MEMORIAL DE CONTESTACIÓN A LA DEMANDA
EQUIPO 428

I. ABREVIATURAS

ABREVIATURA	EXPLICACIÓN
§	Sección
¶	Párrafo
Aclaraciones	Aclaraciones sobre el Caso de la XIV Competencia Internacional de Arbitraje.
Arbitraje	Procedimiento arbitral entre CICSA y MISMA ante la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional.
Art. o Arts.	Artículo, artículos.
Bloqueo	Cierre definitivo del puente por parte de la comunidad indígena el 14 de julio de 2019.
Caso	Caso de la XIV Competencia Internacional de Arbitraje.
CICSA o Demandada o Contratista	Construcciones e Instalaciones Costadorenses S.A., sociedad comercial construida en Costa Dorada, principalmente dedicada a la construcción de obras e infraestructura.
Comunidad Campesina o Comunidad	Comunidad Campesina que habita una de las zonas del camino al Valle de Tania.
Contrato de Construcción o Contrato	Contrato de construcción suscrito entre CICSA y MISMA el 29 de diciembre de 2018.
Contrato de Financiamiento	Contrato de financiamiento que MISMA suscribió con TPF para hacer frente a los gastos originados por el Arbitraje.
Convenio Arbitral	Acuerdo de arbitraje contenido en la cláusula 23 del Contrato de Construcción suscrito entre CICSA y MISMA.
Tribunal de Marmitania	Corte de la última instancia judicial de Marmitania.
Lex Arbitri	Ley de Arbitraje de Feudalia, que corresponde al texto literal de la Ley Modelo de la

MEMORIAL DE CONTESTACIÓN A LA DEMANDA
EQUIPO 428

	Convención de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) con enmiendas del año 2006.
MISMA, Actora o Contraparte	Minera Santa María S.A., sociedad comercial constituida en Marmitania, que tiene la concesión del Gobierno de Marmitania para la explotación de una mina de azufre en Sierra Alta.
Obra	Construcción de instalaciones en la zona del cráter para el personal, y mejoras del camino para poder transportar el material hasta la fábrica de fertilizantes.
Partes	Construcciones e Instalaciones Costadorenses S.A. y Minera Santa María S.A.
Penalidad o Multa	Penalidad contenida en la Cláusula 6 del Contrato de Construcción, dada por el incumplimiento del plazo de entrega de la Obra.
Puente	Puente que conecta el Valle del Tania con el Volcán Boca del Diablo.
TPF o Financiado	Third Party Funder LLC, Sociedad de responsabilidad limitada constituida en el estado de Delaware, cuyo objeto principal es la financiación de procesos judiciales y arbitrales.
Tribunal o Tribunal Arbitral	Tribunal Arbitral conformado por los árbitros Magdalena Galloso (Presidenta), Valeria Gurruchaga (Árbitro) y Ernesto Pérez Oliva (Árbitro).

MEMORIAL DE CONTESTACIÓN A LA DEMANDA
EQUIPO 428

II. INTRODUCCIÓN

1. “Jugar limpio es no culpar a los demás de nuestros errores” (Eric Hoffer). Este es el caso de un juego sucio, en el que Minería Santa María S.A. [**“MISMA” o “Actora” o “Contraparte”**] pretende culpar a Construcciones e Instalaciones Costadorenses S.A. [**“CICSA”, “Demandada” o “Contratista”**] de sus propios *errores*.
2. Al suscribir el contrato objeto de este arbitraje [**“Contrato de Construcción” o “Contrato”**] MISMA se obligó a reconocer el monto de las compensaciones que CICSA tuviere que pagar a terceros por concepto de derechos reales. MISMA cometió un grave *error*, pues a pesar de estar obligada a reconocer estas compensaciones, decidió no aceptar el valor pactado con la comunidad campesina del Valle del Tania [**“Comunidad” o “Comunidad Campesina”**], para permitir el paso de los camiones de CICSA por el puente del Río Tania [**“Puente”**].
3. Este *error* causó que la Comunidad bloquee el puente [**“Bloqueo”**]; evento que ha imposibilitado a CICSA continuar con la construcción. MISMA pretende atribuir la responsabilidad de su propio *error* a CICSA, intentando cobrar una penalidad [**“Penalidad” o “Multa”**] por un incumplimiento supuestamente injustificado, a pesar de que conoce que fue el propio accionar *errado* de la Actora lo que originó la suspensión de la Obra [**“Obra”**].
4. MISMA cuenta con el apoyo de un jugador adicional, Third Party Fundings LLC [**“TPF”**], pero no quiere que sea integrado plenamente a este arbitraje, ni que tenga responsabilidad sobre el resultado, a pesar de que su participación resulta imprescindible para MISMA.
5. En la sección [IV](#) de esta memoria se demostrará que TPF debe ser incorporada al proceso arbitral [\[1\]](#). Sea o no incorporada, TPF debe responder como garante del pago de costas a través de un *cautio judicatum solvi* [\[2\]](#). Adicionalmente, se demostrará que CICSA no pretende que se resuelva sobre materia no arbitrable, como se ha referido MISMA en su demanda [\[3\]](#).
6. Posteriormente, en la sección V, se probará que MISMA no tiene derecho al cobro de la multa porque la suspensión del Contrato se debe a un evento de fuerza mayor [\[4\]](#) o riesgo no controlable [**“Riesgo No Controlable”**] [\[5\]](#). También se explicará que MISMA no tiene derecho a demandar ya que incumplió sus obligaciones [\[6\]](#).
7. CICSA acude ante este Tribunal para que se respeten las reglas del juego limpio. MISMA cometió un *error* al desconocer el cumplimiento de sus obligaciones contractuales. Este *error* trajo consigo el malestar de la Comunidad y el Bloqueo de la Obra. Ahora, MISMA quiere responsabilizar a CICSA de este *error*. Ello es inadmisibile.

MEMORIAL DE CONTESTACIÓN A LA DEMANDA
EQUIPO 428

8. Por tanto, a lo largo de esta memoria se evidenciará que la Demanda es improcedente y que CICSA debe quedar exenta de la Penalidad que pretende ser cobrada. CICSA se mantendrá firme hasta el último minuto en defensa de sus derechos e intereses.

III. ANTECEDENTES

9. En octubre de 2018, MISMA obtuvo por parte del gobierno de Marmitania una concesión para la explotación de una mina de azufre ubicada en el Volcán Boca del Diablo [*Caso*, ¶4].
10. Debido a la dificultad geográfica, se necesitaba construir instalaciones adecuadas para poder trabajar en la mina. Además, el camino necesitaba algunas mejoras para que el equipo pudiera acceder al lugar de la extracción. Por ello, MISMA llamó a un concurso privado para poder comenzar la explotación de la mina lo antes posible [*Caso*, ¶8].
11. CICSA fue ganadora del concurso porque su propuesta técnica era la más completa y por el prestigio que tenía en este tipo de proyectos. Además, contaba con experiencia previa por haber realizado trabajos exitosos en dicha zona. Estos hechos convertían a CICSA en una contratista estrella. Sin embargo, ni toda la experiencia y conocimiento de CICSA serían suficientes para el éxito de la construcción, por tener una incompetente Contraparte.
12. MISMA y CICSA [**“Partes”**] suscribieron el contrato de construcción el 29 de diciembre de 2018 bajo la modalidad “EPC” y “Llave en Mano”. Por ello, CICSA se comprometió al diseño de las instalaciones, ingeniería, el suministro de materiales, equipos y personal, la construcción, la puesta en operación e, inclusive, la obtención de las autorizaciones o permisos de cualquier clase, cuando fuesen necesarios [*Caso*, ¶10]. Además, MISMA escogió la modalidad de “suma alzada” para el pago, por la certidumbre que generaba frente al precio total de US\$ 15.000.000 [*Caso*, ¶11].
13. El precio comprende de manera íntegra todos los costos vinculados a la ejecución de la Obra, así como la utilidad de CICSA [*Caso*, ¶12.3.4.] La única excepción a la invariabilidad del precio son las compensaciones por derechos de servidumbre u otros derechos reales, los cuales de acuerdo con el Contrato debían ser asumidos por MISMA.
14. Al poco tiempo de iniciar la ejecución de la Obra, la Comunidad Campesina reclamó un derecho de paso por el puente sobre la quebrada del Río Tania, derecho que no se conoce haya sido reclamado con anterioridad [*Aclaraciones*, ¶ 2.3].

MEMORIAL DE CONTESTACIÓN A LA DEMANDA
EQUIPO 428

15. A principios de mayo de 2019, CICSA comenzó un proceso de negociación con la Comunidad [*Caso*, ¶15], logrando conseguir una tregua para que se dejase que los vehículos pasen por dos meses a cambio de la reconstrucción de la sala de primeros auxilios y el arreglo del techo de una escuela. MISMA reembolsó el costo de estas mejoras a CICSA [*Caso*, ¶15].
16. Durante los dos meses, CICSA siguió negociando por el derecho de paso. Sin embargo, las negociaciones se vieron dificultadas por las altas expectativas de la Comunidad, ya que, en noviembre de 2018, el director general de MISMA ofreció al líder de la Comunidad construir un hospital y una escuela [*Aclaraciones*, ¶1.7]. Lamentablemente, este ofrecimiento no fue comunicado oportunamente a CICSA durante la fase precontractual.
17. A finales de mayo, CICSA exigió a MISMA que colabore en las negociaciones. MISMA envió a su Gerente de Relaciones Institucionales, sin que este pueda lograr un acuerdo. Habiendo inicialmente solicitado el canon de \$10 por vehículo, CICSA logró reducir la pretensión inicial de la Comunidad a \$8 por vehículo. CICSA informó a MISMA que debía asumir ese valor por tratarse de un derecho real [*Caso*, ¶18].
18. MISMA respondió de manera sorpresiva a esta comunicación. Indicó que este valor era extremadamente extorsivo y que de ninguna manera lo pagaría. Si bien reconoció su obligación de pago, indicó que solo reconocería el monto de hasta \$5,00 por vehículo y que CICSA debía asumir cualquier monto superior a este [*Caso*, ¶19].
19. Al ver que MISMA no cumpliría el acuerdo, el 14 de julio de 2019, la Comunidad bloqueó el paso de los vehículos por el puente, imposibilitando que se continúe con la Obra [*Caso*, ¶20]. CICSA envió un comunicado a MISMA señalando que se veía obligada a suspender las obras por un evento de fuerza mayor y/o Riesgo No Controlable.
20. El 5 de enero de 2021, MISMA presentó una solicitud de arbitraje contra CICSA ante la Secretaría de la Corte de la CCI [**“Arbitraje”**], manifestando su pretensión de cobrar la multa establecida en el Contrato [*Caso*, ¶20], que sería exigible si es que CICSA no entregaba la Obra transcurridos tres meses desde la fecha límite. En su contestación, CICSA negó que tuviera derecho al cobro de la Penalidad por no darse las condiciones previstas para ello.
21. En febrero de 2021, CICSA tuvo conocimiento que MISMA estaba siendo financiada por un tercero, por lo que solicitó a la Secretaría que MISMA lo confirme o desmienta. En caso de confirmarlo, se pidió que MISMA revele la identidad del financiador y que se detallen las cláusulas relevantes de su contrato [*Caso*, ¶34].

MEMORIAL DE CONTESTACIÓN A LA DEMANDA
EQUIPO 428

22. MISMA confirmó la celebración de un contrato de financiación con TPF [**“Contrato de Financiamiento”**], y reveló sus condiciones generales [*Caso*, ¶35]. El 8 de marzo de 2021, CICSA solicitó la incorporación de TPF como parte del Arbitraje por su evidente incapacidad económica, la cual podría perjudicar a CICSA si la demanda es desestimada [*Caso*, ¶36].
23. En agosto de 2020, el tribunal de última instancia de Marmitania [**“Tribunal de Marmitania”**] declaró que la Comunidad es continuadora jurídica de un pueblo indígena que habitaba la región. Por tanto, se estableció que tiene derecho a una compensación de US\$7,50 por vehículo [*Caso*, ¶25], tan solo US\$0,50 por debajo del valor que CICSA acordó con la Comunidad y que MISMA rechazó compensar.

IV. JURISDICCIÓN

24. En esta sección se explicará por qué el tribunal arbitral [**“Tribunal Arbitral”**] debe incorporar a TPF al proceso [1]. Además, incorporada o no, se expondrá porque TPF debe responder como un garante a las costas del Arbitraje [2]. Por último, se demostrará que las pretensiones de CICSA son arbitrables y no afectan de ninguna manera a los derechos de la Comunidad [3].

1. El Tribunal Arbitral debe incorporar a TPF como parte del Proceso Arbitral

25. TPF debe ser incorporado como parte al proceso arbitral debido a que tiene un rol determinante en la ejecución del convenio arbitral [**“Convenio Arbitral”**] [1.1]. Además, TPF debe responder solidariamente por la ejecución de las costas [1.2].

1.1. TPF tiene un rol determinante en la ejecución del Convenio Arbitral

26. Quien lleva las riendas quien logra manejar al caballo. En este caso, TPF tiene todo el control para la ejecución del convenio arbitral entre MISMA y CICSA. A lo largo de esta sección se demostrará que su rol es determinante y, por ende, debe ser incorporado al Arbitraje.
27. Tanto en doctrina como en jurisprudencia, e incluso en algunas legislaciones, se acepta la extensión del convenio arbitral a terceros no signatarios. Como indican Silva y Velarde, “hoy en día, no existe duda de que, bajo ciertas circunstancias, un convenio arbitral puede ser extendido a partes no signatarias” (2017, 22). La extensión del convenio arbitral se da por la naturaleza flexible del arbitraje (Silva, 2010, 53). Por esta razón, es posible extender el Convenio Arbitral si se cumplen algunos requisitos.

MEMORIAL DE CONTESTACIÓN A LA DEMANDA
EQUIPO 428

28. Uno de los supuestos para incorporar a un tercero financiador al proceso arbitral es su rol determinante en la ejecución del Convenio. Así ocurre en el presente caso. Primero, el acuerdo de arbitraje entre MISMA y CICSA se encuentra en la cláusula 23.2 del Contrato de Construcción [*Caso*, ¶12.23.2]. Segundo, TPF tiene una participación determinante en este Arbitraje con base en que MISMA afirmó ante la Secretaría de la Corte que sólo puede desistir del Arbitraje o llegar a un acuerdo transaccional con la aprobación previa de TPF [*Caso*, ¶35].
29. Además, reveló que uno de los puntos del acuerdo consiste en poder retirar el financiamiento o resolver el contrato en caso de no estar de acuerdo con la estrategia de defensa que usen los abogados escogidos por MISMA [*Caso*, ¶35]. Es decir, TPF tiene un papel definitivo a la hora de decidir sobre la estrategia del litigio. Tanto la necesidad de aprobación como el nivel de decisión de TPF, muestra claramente que está interviniendo en la ejecución del Convenio Arbitral. Como se señala en el caso *Theller c. Hershey*:
- Las partes incluyen, no sólo aquellos cuyos nombres aparecen en el expediente, sino todos los demás que participan en el litigio contratando un abogado, o **contribuyendo con los gastos del mismo, o quienes, de alguna manera, tienen tal control de los mismos que tienen derecho a dirigir el curso del procedimiento** (énfasis añadido, 1898).
30. TPF tiene efectivamente control sobre el litigio, ya que controla la estrategia de defensa de MISMA al tener el poder de resolver el Contrato de Financiamiento en caso de no estar de acuerdo. Además, MISMA no puede llegar a un acuerdo con CICSA sin la aprobación de TPF.
31. Es cierto que, como señalan Cornejo e Irra, los actos de “mera asesoría o apoyo no pueden tener como consecuencia ser considerados como formas de consentir” (2013, 87). Pero el rol de TPF no consiste en una *mera asesoría o apoyo*. Va más allá. MISMA ha perdido su libertad de decisión respecto de la ejecución del Convenio Arbitral.
32. Aunque puedan no estar sujetos a una regulación jurídica pormenorizada, es claro que “los *funders* están sujetos, en buena cuenta, a las reglas de la buena fe procesal, o, a los principios (...)” (Ríos, 2017, 240). TPF debería ser incorporado por su rol determinante en la ejecución del Convenio. MISMA no puede desconocer esta vinculación, porque hacerlo implicaría una contradicción con sus propios actos, pues fue MISMA quien concedió a TPF un rol activo en el proceso.
33. Otro supuesto para incorporar a un tercero financiador es la existencia de un interés económico directo del laudo, que se encuentra recogido en las Directrices de la *International Bar Association* (IBA) sobre conflictos de intereses. El Art. 6.b de las Reglas prescribe:

MEMORIAL DE CONTESTACIÓN A LA DEMANDA
EQUIPO 428

Si una de las partes fuere una persona jurídica, cualquier persona jurídica o física que tenga una relación de control sobre dicha persona jurídica, o que tenga **un interés económico directo en**, o deba indemnizar a una parte por, **el laudo que se vaya a emitir en el arbitraje, podrá considerarse que ostenta la identidad de dicha parte** (énfasis añadido, 2014, 15).

34. Además, se ha escrito una nota explicativa sobre la norma:

Los terceros financiadores y las aseguradoras en relación a la disputa pueden tener un interés económico directo en el laudo, y por tanto pueden considerarse como equivalentes a la parte. A estos efectos, los términos ‘tercero financiador’ y ‘aseguradora’ **se refieren a cualquier persona o entidad que contribuya con fondos, u otro tipo de apoyo material, al desarrollo del proceso en interés de la demanda o defensa del caso y que tenga un interés económico directo en**, o un deber de indemnizar a una parte por, **el laudo** que se vaya a emitir en el arbitraje (énfasis añadido, 2014, 16).

35. TPF tiene un interés económico directo ya que ha pactado con MISMA que la retribución convenida a favor de TPF sería el equivalente al 51% de cualquier suma que el laudo reconociera a favor de MISMA [*Caso*, ¶ 35].

36. Se puede deducir que, debido al interés económico directo que tiene TPF en el laudo, ha pactado una serie de cláusulas con MISMA para poder tener el control de la ejecución del Convenio Arbitral como lo son la necesidad de permiso para desistir o llegar a un acuerdo transaccional y la decisión sobre la estrategia del litigio.

37. En *Dymocks Franchise Systems (NSW) Ltd c. Todd*, se ha utilizado el término “*the real party*” cuando el interés de un tercero financiador es tan decisivo que deja de ser un mero financiador, y se convierte en el principal interesado en obtener una decisión favorable. “En ciertos casos, el no-signatario no está facilitando el acceso a la justicia para el financiado, sino que obtiene el acceso a la justicia para sus propios intereses. Este mismo es el ‘*real party*’ del litigio” (2003). El hecho de que TPF tendría derecho a un valor incluso mayor que el de MISMA sobre lo que el laudo reconozca, demuestra que el verdadero interesado en el Arbitraje es TPF.

38. El caso *Abu-Ghazaleh c. Chaul*, resuelto por la Corte de Apelaciones de Florida, es muy similar al presente caso. Esta Corte resolvió que el tercero financiador debería ser incorporado como parte dentro del arbitraje debido a que tenía una participación activa y determinante dentro del proceso. Esto se dio porque el tercero financiador 1) tomaba decisiones sobre la estrategia de defensa y elegía a los abogados; 2) financiaba los gastos del proceso; y, 3) tenía la última palabra sobre cualquier acuerdo de conciliación propuesto a los demandantes. Por ello, la Corte decidió que el tercero financiador tenía "tal control como para tener derecho a dirigir el curso del procedimiento que era parte en la demanda"(2009).

MEMORIAL DE CONTESTACIÓN A LA DEMANDA
EQUIPO 428

39. Esos son hechos análogos a los del presente caso, ya que: 1) TPF puede resolver el Contrato de Financiamiento si no está de acuerdo con la estrategia de defensa; 2) TPF financia todos los gastos de MISMA en el proceso arbitral y además se le retribuye el 51% de la suma que el laudo reconociera a su favor; 3) la contraparte, no puede conciliar sin la aprobación de TPF.
40. En suma, el Tribunal debe incorporar a TPF como parte, ya que se ha demostrado que tiene una participación activa y determinante en la ejecución del Convenio Arbitral e interés directo sobre el laudo. Una vez comprobado que debe incorporarse a TPF al proceso, se determinará a continuación por qué debe responder solidariamente por la ejecución de las costas.

1.2. TPF debe responder solidariamente por la ejecución de las costas

41. El laudo debe extender a TPF la condena al pago de las costas del juicio solidariamente con MISMA. A causa del Contrato de Financiamiento, TPF adquiere derechos y asume obligaciones. Se ha obligado a financiar los gastos y costos de MISMA en el Arbitraje, y según una de las cláusulas del este contrato, la retribución convenida a favor de TPF sería el equivalente al 51% de cualquier suma que el laudo reconociera a favor de MISMA, más el 100% de las costas que el tribunal arbitral impusiera a CICSA [*Caso*, ¶35].
42. El Art. 11.1.2 de los Principios UNIDROIT prescribe que cuando varios deudores se obligan frente a un acreedor por la misma obligación, se presume la solidaridad. De obtener un laudo desfavorable, tanto TPF en calidad de financiador, como MISMA en calidad de actora, se obligarían ambos al pago de las costas, lo que resulta en la responsabilidad solidaria de TPF.
43. El Art. 4.5 de la misma norma establece que “los términos de un contrato se interpretarán en el sentido de dar efecto a todos ellos, antes que de privar de efectos a alguno de ellos”. Si es que CICSA resulta vencedora, TPF debe quedar obligado a responder solidariamente con MISMA para que la cláusula que le reconoce el 100% de las costas tenga un efecto útil. De no ser así, dicha cláusula quedaría sin efecto y CICSA no podría recuperar los gastos en los que incurra durante el proceso, por lo que se debe permitir que tenga derecho a exigirle el pago de las costas directamente a TPF, tomando en cuenta la falta de liquidez de la Actora [2.2].
44. En *Dymocks Franchise Systems (NSW) Ltd c. Todd*, se decidió que “cuando el no-signatario no solo financia el proceso, sino que sustancialmente lo controla o se beneficia de él, la justicia requerirá que, si sus pretensiones fallan, pagará las costas de la parte vencedora” (2003). El fallo de *Excalibur Ventures LLC c. Texas Keystone Inc.*, se basó en este principio para

MEMORIAL DE CONTESTACIÓN A LA DEMANDA
EQUIPO 428

determinar que “los financiadores debían ser solidariamente responsables por los costos ocasionados por el proceso” (2014).

45. Uno de los supuestos para incorporar a una parte a un proceso es la solidaridad. Según Seguel, “la doctrina y jurisprudencia extranjera, a partir de su propia regulación sustantiva, ha propuesto que la responsabilidad solidaria obliga a configurar un litisconsorcio necesario, imponiendo que la relación procesal se trabe con todos los obligados solidarios” (2019, 114).
46. Al haberse demostrado que TPF debe responder solidariamente por el pago de las costas, se expone la necesidad de que, en consecuencia, deba ser incorporado como parte al Arbitraje.

2. El Tribunal debe garantizar el pago de las costas del Arbitraje

47. Incorporado o no al proceso, TPF debe constituir una *cautio judicatum solvi* para garantizar el pago de las costas arbitrales. No está en discusión la falta de liquidez de MISMA para responder por estas costas [Aclaraciones, ¶4.5], por lo que existe duda acerca de su situación económica. Es mejor prevenir que lamentar un laudo no ejecutado. En este apartado se probará la competencia del Tribunal Arbitral [2.1], el desequilibrio ocasionado por la situación económica de MISMA [2.2], y la necesidad de ordenar una *cautio judicatum solvi* [2.3].

2.1. El Tribunal es competente para ordenar una *cautio judicatum solvi*

48. No cabe duda de que el Tribunal tiene el poder para ordenar una *cautio judicatum solvi*. Esta es una “forma especial de medida cautelar presentada durante el proceso por la parte que responde a la demanda que quiere asegurar que el demandante pueda pagar una posible decisión de pago de costos en su contra” (Von Goeler, 2016, 333).
49. Según el Art. 17.2.c de la Ley de Arbitraje de Feudalia, el Tribunal puede otorgar medidas cautelares a petición de una de las partes para preservar bienes que permitan la ejecución del laudo. Según las circunstancias del caso, un tribunal es competente para otorgar esta medida en la cual se ordena que “se pague una cantidad de dinero en concepto de fianza con el fin de garantizar que el solicitante pueda recuperar las costas del arbitraje” (Fernández, 2016, 217).
50. En *Commerce Group Corp. & San Sebastian Gold Mines, Inc. c. El Salvador*, el Tribunal manifestó que “como guardián de la integridad del proceso, el Tribunal puede, en situaciones apropiadas, usar sus poderes inherentes para ordenar un *security for costs*” (2012). Se demostrará que la presente situación amerita que el Tribunal acepte esta solicitud.

MEMORIAL DE CONTESTACIÓN A LA DEMANDA
EQUIPO 428

2.2. La falta de liquidez de MISMA causa incertidumbre en la ejecución del laudo

51. De obtener una decisión favorable, el principal interés de CICSA radicaría en recuperar los costos en los que incurra para defenderse. Es así que CICSA ha tomado conocimiento de que su Contraparte atraviesa por un periodo de falta de liquidez, a pesar de que posee capital en maquinaria y concesiones [*Aclaraciones*, ¶4.5]. Consecuentemente, de emitirse un laudo en contra de MISMA, esta no podría responder por las costas arbitrales. La situación económica y jurídica de CICSA se vería afectada de manera injustificada.
52. CICSA es una constructora reconocida y con basta experiencia en su área. Esto significa que mantiene varias obras en ejecución que, en su mayoría, devienen de contratos EPC. Bajo esta modalidad contractual, se le transfieren la mayor parte de los riesgos de la obra a la contratista (Figuroa, 2020, 200). En consecuencia, necesita mantener fondos a su disposición y; por ende, asegurarse del eventual pago de costas del presente Arbitraje.
53. El hecho de que MISMA haya recurrido a un tercero financiador demuestra su incapacidad financiera, lo cual se desprende de las condiciones generales del Contrato de Financiamiento reveladas por la Contraparte [*Caso*, ¶36]. Por ejemplo, si el laudo resulta desfavorable a sus pretensiones, TPF no recibirá remuneración alguna, ni siquiera el reintegro de lo aportado [*Aclaraciones*, ¶4.3], lo que da cuenta de la incapacidad de MISMA de pagar las costas.
54. Por ello, es necesario que el Tribunal garantice la ejecución del laudo a través de una *cautio judicatum solvi*. Solo así se brindaría un proceso justo y equitativo para las Partes, toda vez que se someten a un proceso arbitral en miras de una certera ejecución de la decisión final.

2.3. Debe garantizarse la ejecución a través de una *cautio judicatum solvi*

55. Según el Art. 38.5 del Reglamento de la CCI, se puede ordenar una *cautio judicatum solvi* a un tercero financiador cuando las condiciones del procedimiento así lo ameriten. Al momento de evaluar la solicitud, se toma en cuenta el comportamiento de las partes, su reputación en procedimientos anteriores, y el seguimiento a las órdenes procesales.
56. MISMA se obligó a cubrir los costos por los derechos de paso para la ejecución de la obra [*Caso*, ¶18]. A pesar de ello, se deslindó de tal responsabilidad por su situación económica. Además, MISMA está involucrada en la ejecución de otros contratos, por lo que, ante el supuesto de tener que pagar por las costas arbitrales, su liquidez no sería suficiente.

MEMORIAL DE CONTESTACIÓN A LA DEMANDA
EQUIPO 428

57. Según Júdice, una garantía puede ser interpuesta al financiador cuando las condiciones excepcionales del caso así lo ameriten. Como presidente del tribunal en *Guaraccachi c. Bolivia*, señala que el comportamiento de las partes durante el *iter* contractual y el arbitraje, en el mencionado caso, no fundamentaban una necesidad de *security for cost* (2018, 64).
58. *Contrario sensu*, el presente caso sí lo amerita. Se puede evidenciar la falta de músculo financiero de MISMA cuando, emulando a Poncio Pilatos, se lava las manos e ignora su obligación contractual: reconocer a CICSA el monto de las compensaciones que esta haya debido pagar a terceros [*Caso*, ¶12]. Más tarde, MISMA no reveló que tiene un financiador [*Caso*, ¶34], con la esperanza que no se descubra su situación económica.
59. La evaluación de la capacidad económica de MISMA es imprescindible para la seguridad de las partes en el proceso ya que, además de brindar un laudo justo, el Tribunal debe otorgarles equilibrio y certeza. La existencia de un Contrato de Financiamiento muestra de manera imperiosa la incapacidad potencial de satisfacer los costos de un laudo desfavorable (Sepult, 2017, 309). Así, en adición al cambio de comportamiento durante la ejecución del Contrato, MISMA se vinculó con TPF por la falta de liquidez que atraviesa.
60. En el supuesto que MISMA no cuente con los fondos necesarios para cubrir las costas, una *cautio judicatum solvi* permitiría asegurar que TPF no cometa la práctica tan criticada llamada *hit and run* (Kalicki, 2016, 131). Se evitaría que, ante un laudo desfavorable, el financiador pueda desentenderse del proceso, y dejar a CICSA sin garantía de pago alguno.
61. En suma, la *cautio judicatum solvi* sirve como único control indirecto para el Tribunal (Darwazeh & Leleu, 2016, 126). Aún si el laudo fuese desfavorable para MISMA, el escenario de rendir la caución no resulta gravoso para TPF, toda vez que el pago de las costas finalmente estaría a su cargo, ya sea en virtud del Contrato de Financiamiento, o porque el financiador no tendrá más remedio que "adelantar este dinero" para no comprometer la inversión ya realizada (Kirtley & Wietrzykowski, 2013, 26). Es decir, a fin de ejecutar el contrato con MISMA, el financiador no tendría otra opción que dar la garantía y cumplir con el *cautio judicatum solvi*.
62. De esta forma, sin que esto afecte al análisis de los méritos, se solicita que se ordene una *cautio judicatum solvi* a TPF, con la finalidad de brindar certidumbre a CICSA y garantizar un justo proceso y ejecución del laudo.

MEMORIAL DE CONTESTACIÓN A LA DEMANDA
EQUIPO 428

3. CICSA no pretende que el Tribunal resuelva sobre materia no arbitrable

63. Al contrario de lo que afirma la Contraparte, CICSA no pretende que el Tribunal resuelva sobre materia no arbitrable. No está en discusión si la Comunidad tiene o no derecho al pago del paso por el puente. Esta representación simplemente niega el pago de la Multa que MISMA pretende cobrar [V]. En esta sección se mostrarán las excepciones que CICSA ha planteado [3.1]. Luego, se abordará la arbitrabilidad de dichas pretensiones y se establecerá por qué esta no es una discusión sobre los derechos de la Comunidad [3.2].

3.1. CICSA pide que se determine el alcance de la cláusula 6.4 del Contrato

64. En su contestación a la solicitud de Arbitraje, CICSA negó que MISMA tenga el derecho a cobrar la Penalidad, puesto que las condiciones de la ejecución del Contrato eximen a CICSA por tratarse de un evento de caso fortuito, fuerza mayor o Riesgo No Controlable [Caso, ¶30].

65. La discusión radica en si aquellas condiciones ocurrieron, para que CICSA pueda eximirse del pago de la multa [4]. La Actora confunde dichas excepciones proponiendo una discusión sobre los derechos de la Comunidad, que no tiene lugar en este momento.

3.2. Las excepciones planteadas por CICSA son arbitrables

66. Como se explicó previamente, las excepciones que CICSA plantea son: el rechazo a la pretensión de MISMA sobre el pago de la multa y la imposición de las costas del Arbitraje [Caso, ¶30]. De esta forma, resulta incongruente pensar que se puede alegar la no arbitrabilidad de las excepciones, sin que esto afecte también a las pretensiones.

67. En el momento que MISMA alega que las excepciones no son arbitrables, está afirmando que sus pretensiones tampoco lo son. Así, la Actora habría solicitado un arbitraje sobre materia no arbitrable, ante un Tribunal que considera incompetente.

68. La Actora alega que las excepciones de CICSA son materia no arbitrable por pertenecer al orden público. Es incongruente afirmar que un caso de incumplimiento contractual entre privados sea orden público. De acuerdo con el Art. 34.2.b de la Ley Modelo CNUDMI, un laudo puede ser anulado si es contrario al orden público de ese Estado (2006). Bajo esa lógica, la Contraparte habría iniciado un proceso arbitral para obtener un laudo que será anulado.

69. Por todo lo mencionado, esta representación solicita al Tribunal que se incorpore a TPF al Arbitraje [1], se constituya una *cautio judicatum solvi* para que TPF responda como garante

MEMORIAL DE CONTESTACIÓN A LA DEMANDA
EQUIPO 428

por el pago de las costas [2], y se evalúe la incongruencia de las pretensiones de MISMA toda vez que la Actora las considera no arbitrables [3].

V. MÉRITOS

70. En esta sección se demostrará que MISMA no tiene derecho al cobro de la Penalidad porque el incumplimiento no es imputable a CICSA, debido a que se trata de un evento de fuerza mayor [4] o Riesgo No Controlable [5]. Subsidiariamente, se probará que MISMA no tiene derecho a demandar debido a que incumplió sus obligaciones [6].

4. MISMA no tiene derecho al cobro de la Penalidad porque la suspensión del Contrato se debe a un evento de fuerza mayor

71. El Bloqueo configura un evento de fuerza mayor, por lo que CICSA no es responsable de la ejecución del Contrato, toda vez que esta suspensión se debe a un impedimento ajeno al control de CICSA [4.1]. Además, a la celebración del Contrato, no era razonable esperar que el Bloqueo tenga lugar. [4.2]. Tampoco cabía razonablemente haberlo evitado o superado [4.3]. Por último, CICSA notificó su impedimento en un plazo razonable [4.4].

4.1. La suspensión del Contrato se debe a un impedimento ajeno al control de CICSA

72. Según el Art. 7.1.7 de los Principios UNIDROIT, para que una parte pueda excusarse del incumplimiento de su obligación, debe ocurrir lo siguiente: 1) que el incumplimiento se deba a “un impedimento ajeno a su control”; 2) que, a la celebración del contrato, “no cabía razonablemente esperar, haberlo tenido en cuenta, o haber evitado o superado”; y, 3) que la parte incumplidora notifique el impedimento y su impacto en un plazo razonable.

73. Con respecto al primer requisito, Gianfelici señala que la exterioridad, un requisito cualitativo de la fuerza mayor, consiste en “un accidente que haya tenido su causa u origen fuera del círculo industrial de la empresa a la cual se le confió la guarda de la cosa dañada” (1995, 37). Así, si el Bloqueo se hubiera dado por una huelga de los trabajadores de CICSA, o por el deterioro de uno de sus vehículos, no hubiera sido un evento ajeno al círculo interno de CICSA, ni mucho menos ajeno a su control. El Bloqueo fue ocasionado por la Comunidad, un ente independiente y ajeno a la voluntad de CICSA, por lo que se trata de un evento externo a ella.

MEMORIAL DE CONTESTACIÓN A LA DEMANDA
EQUIPO 428

74. Por otro lado, que el impedimento sea ajeno a su control no se debe únicamente a que el evento sea externo a la empresa. En el caso *Canadian Industries Alcohol Co. c. Dunbar Molasses Co., OFN* (1932), el tribunal determinó que la defensa del demandado no era suficiente para excusarse del incumplimiento porque no logró demostrar esfuerzos por impedir el evento. Así mismo, el Tribunal del Centro de Arbitraje de México concluyó, en un caso en que un proveedor se había visto imposibilitado de entregar los productos acordados a consecuencia del fenómeno de “El Niño”, que no solo el evento era ajeno a su propia conducta, sino que indudablemente “tampoco contribuyó a su existencia” (“Caso El Niño”, 2006, 142). Así, para que un impedimento sea ajeno al control de una parte también requiere que sea un evento ajeno a su propia conducta; es decir, que su actuar no haya sido la causa del impedimento.
75. El Bloqueo fue ocasionado por una Comunidad Campesina, un ente independiente, cuyas decisiones no están bajo el control ni dependencia de CICSA. Adicionalmente, CICSA hizo todas las diligencias posibles para evitar el Bloqueo: llegó a una tregua [*Caso*, ¶15] y mantuvo las negociaciones hasta llegar a un acuerdo con la Comunidad [*Caso*, ¶18]. Por ello, el Bloqueo del puente efectuado por la Comunidad es un impedimento ajeno al control de CICSA.
76. Para Vogenauer, el hecho de que sea ajeno a su control no significa que sea exterior, sino simplemente que el evento no sea previsible ni evitable (2009, 771); requisitos que serán expuestos en los siguientes puntos.

4.2. A la celebración del Contrato, no era razonable esperar que el Bloqueo tenga lugar

77. No era razonable que CICSA anticipara el Bloqueo. Ese es otro motivo por el que no debe ser responsable. El estándar de razonabilidad es un concepto derivado del *common law* (Sourgens, 2014) que, de acuerdo con la Corte Suprema de Canadá:
- (...) **depende de los hechos de cada caso**, incluyendo la probabilidad de un daño conocido o previsible, la gravedad del daño y la carga o costo que debería ser incurrida para prevenir el daño. Además, se pueden utilizar indicadores externos (...) como la costumbre, la **práctica de la industria** y los estándares legales o reglamentarios” (énfasis añadido, Ryan v. Victoria, 1999).
78. Por su parte, Sourgens señala que existen diversas teorías del estándar de razonabilidad: la utilitarista, formalista y pragmatista, y esta última es la que se suele aplicar en materia contractual (2014, 76). De acuerdo con esta teoría, la razonabilidad o no de una conducta depende de “si otras personas en una situación similar considerarían que hay una base racional para las acciones de las partes contratantes, dado su compromiso contractual” (76-77). Para

MEMORIAL DE CONTESTACIÓN A LA DEMANDA
EQUIPO 428

Vogenauer, el estándar hace referencia a “si una persona razonable en la misma clase de circunstancias al momento de la celebración del contrato hubiera anticipado el evento que produjo el incumplimiento” (772).

79. Así, se puede concluir que es razonable haber previsto, impedido o superado los hechos relativos al Bloqueo si, de acuerdo con las circunstancias del caso, teniendo en cuenta la práctica industrial que se ejecutaba y las condiciones contractuales, una persona en las mismas circunstancias hubiera actuado de forma similar. Para determinar si era razonable o no haber previsto el Bloqueo, se analizará la experiencia de CICSA, las condiciones contractuales y la naturaleza de las medidas tomadas por la Comunidad.
80. CICSA había realizado obras en la zona; no obstante, la Contraparte erróneamente señala que dichas obras se encontraban “muy cerca de la comunidad” [*Demanda*, ¶ 25]. La obra más cercana fue la planta de fertilizantes ubicada a 130 kilómetros del Volcán. En el mencionado Caso El Niño, el tribunal arbitral determinó que era razonable haber previsto los hechos relativos al fenómeno por la alta experiencia que tenía la parte que incumplió y porque ya había experimentado este fenómeno ocho veces en el pasado (146).
81. Así mismo, la Corte Distrital de Sverdlovsk (Rusia, 2017), en aplicación del Art. 7.1.7 de los Principios UNIDROIT, señaló que para que se configure este requisito, es necesario también el carácter extraordinario o exclusivo del evento: tienen que ser hechos que vayan más allá de lo ordinario, que impida que puedan ser tomados en cuenta. En el presente caso, no se conoce que la Comunidad haya reclamado con anterioridad el derecho de paso, ni que alguna vez lo haya cobrado [*Aclaraciones*, ¶2.2], y este reclamo ocurrió posterior a la celebración del Contrato [*Caso*, ¶14]. Es decir, fue la primera vez que la Comunidad reclama derecho de paso sobre el puente y, en consecuencia, fue la primera vez que se bloqueó el paso de vehículos.
82. Por otro lado, debido a que la modalidad del Contrato es de llave en mano y suma alzada, “la obra se realiza a cambio de un precio global, asumiendo el contratista el riesgo derivado de una valoración errónea de las cantidades de obra que resulten finalmente ejecutadas” (Rodríguez, 2014, 205). Por ello, el precio comprende de manera íntegra todos los costos y riesgos relacionados con la obra, así como la utilidad del Contratista. En el precio del Contrato están comprendidos todos los riesgos que CICSA podría asumir durante su ejecución, salvo uno: los derechos reales que deba obtener de terceros, necesarios para la ejecución del Contrato

MEMORIAL DE CONTESTACIÓN A LA DEMANDA
EQUIPO 428

[*Caso*, ¶12.10]. Esto quiere decir que, a la celebración del Contrato, las Partes no pudieron prever este riesgo, de haber sido posible, no lo hubieran dejado afuera del precio.

83. Según la cláusula 7 del Contrato, CICSA declaró contar con información suficiente para la ejecución de todas las actividades, conocer las condiciones legales, técnicas y ambientales para su cumplimiento y ejecución, además de las condiciones ambientales, climáticas estructurales, topográficas del lugar de la Obra [*Caso*, ¶12.7.2]. Sin embargo, el Bloqueo ocasionado por la Comunidad fue una medida de hecho: de acuerdo con la normativa vigente, no era un derecho de la Comunidad bloquear un camino que es vía pública [*Aclaraciones*, ¶2.2]. Así mismo, si bien la sentencia de última instancia reconoce una compensación en favor de la Comunidad [*Caso*, ¶25], en ningún momento se le reconoce el derecho a bloquear la vía pública.
84. Por ello, es racional pensar que una persona en similares circunstancias no habría podido prever que una comunidad indígena decida bloquear el paso de vehículos. No existía una norma que le autorice a tomar dicha decisión. La Comunidad nunca había reclamado un derecho o compensación por el paso de vehículos por el puente y, por ende, se trata de un riesgo imprevisible, que no pudo haber sido cuantificado a la celebración del Contrato.

4.3. A la celebración del Contrato, no cabía razonablemente evitar o superar el Bloqueo

85. CICSA no pudo razonablemente evitar o superar el bloqueo. La doctrina define la inevitabilidad como:

Un hecho que el deudor no pueda contrarrestar; o bien que esté dotado de una fuerza invencible; o que el hombre sea impotente para impedir su ocurrencia; o, en fin, que importe un obstáculo insuperable que coloque al deudor en la imposibilidad de ejecutar la obligación (Gianfelici, 1995, 50).

86. Para que se pueda hablar de imposibilidad de ejecutar la obligación se requiere de un esfuerzo racional por quien debe ejecutar la obligación. La Corte Distrital de Sverdlovsk (2017) determinó que la inevitabilidad requiere el esfuerzo de tomar todas las medidas razonables para evitar el impedimento. CICSA realizó todas las actuaciones posibles para evitar el Bloqueo. Logró una tregua con la Comunidad para el paso de vehículos por dos meses [*Caso*, ¶15], buscó soluciones permanentes y, si bien las negociaciones se vieron dificultadas, principalmente por el actuar de MISMA [6.2], llegó a un acuerdo con la Comunidad con un canon de US\$ 8,00 por cada vehículo, que fue rechazado injustificadamente por MISMA. Tan

MEMORIAL DE CONTESTACIÓN A LA DEMANDA
EQUIPO 428

acertado fue el acuerdo alcanzado por CICSA, que solo era US\$ 0,50 superior a la compensación que el Tribunal de Marmitania reconoció en favor de la Comunidad.

87. Por otro lado, Vogenauer señala que, teniendo en cuenta el carácter excepcional de la fuerza mayor, se debe hacer un esfuerzo económico razonable. Sin embargo, que sea “económicamente razonable hacer esfuerzos adicionales para evitar o superar los obstáculos para el cumplimiento de la obligación” no impide que se pueda alegar fuerza mayor “cuando estos esfuerzos adicionales igual involucren atrasos inevitables” (2009, 174). Pese a que CICSA realizó todas las medidas económicamente razonables para entregar la Obra en el plazo acordado, cualquier otra medida adicional —como construir una nueva vía— definitivamente hubiera terminado con un atraso inevitable.
88. Debido a su naturaleza imprevisible, un bloqueo es uno de los eventos calificados por el Banco Mundial como fuerza mayor en sus cláusulas ejemplificativas (2020). En este caso, el Bloqueo, además de ser inevitable, no pudo ser superado por CICSA, debido a que impedía el transporte de vehículos, maquinaria y personal a la zona de la Obra, imposibilitando así la ejecución del Contrato. Por lo expuesto, no era razonable haber evitado o superado el Bloqueo.

4.4. CICSА notificó su impedimento en un plazo razonable

89. Finalmente, mediante comunicado efectuado el 17 de julio de 2019, 3 días después del Bloqueo, CICSА comunicó a MISMA que debido a un evento de fuerza mayor se había visto obligada a suspender las obras al no poder acceder a la zona donde debían ejecutarse. Existe una inmediatez temporal entre la ocurrencia de los hechos y su debida notificación a la Contraparte; por ello, la notificación fue recibida en un plazo más que razonable.
90. CICSА debe ser eximida de la Penalidad dado que, de conformidad con la cláusula 6.4 del Contrato, la suspensión se debe a un evento de fuerza mayor. El Bloqueo de la Comunidad es un hecho ajeno a la voluntad de CICSА que, a la celebración del Contrato, no cabía razonablemente prever, evitar o superar. Además, CICSА lo notificó en un plazo razonable.

5. MISMA no tiene derecho al cobro de la Penalidad porque la suspensión del Contrato se debe a un evento de Riesgo No Controlable

91. Según el Contrato, para que una parte pueda alegar Riesgo No Controlable, debe tratarse de 1) una situación ajena a la conducta de las partes; 2) que no hubiese podido razonablemente ser prevista al tiempo de ejecución del Contrato; y, 3) que no pudiese superarse empleando la

MEMORIAL DE CONTESTACIÓN A LA DEMANDA
EQUIPO 428

diligencia exigible teniendo en cuenta la naturaleza de la obligación y las circunstancias de las personas, el tiempo y lugar en que las prestaciones deben ser cumplidas.

92. En cuanto al primer requisito, ya se demostró en la sección [4.1](#) que es una situación ajena a la conducta de las partes. Así mismo, se probó que no cabía razonablemente esperar [\[4.2\]](#), y evitar o superar el Bloqueo [\[4.3\]](#). Por lo expuesto, MISMA no tiene derecho al cobro de la Penalidad porque la suspensión del Contrato se debe a un Riesgo no Controlable.

6. MISMA no tiene derecho a demandar a CICSA porque incumplió sus obligaciones

93. Incluso si el Tribunal decide que no existe un caso de fuerza mayor o Riesgo No Controlable, MISMA no tiene derecho a demandar debido a que incumplió su obligación de reconocer a CICSA el monto de las compensaciones por los derechos reales [\[6.1\]](#). Así mismo, no colaboró en su deber de brindar la información de las relaciones previas existentes entre la Actora y la Comunidad [\[6.2\]](#). Como resultado, MISMA no puede exigir el cumplimiento del Contrato [\[6.3\]](#) y, por lo tanto, no puede exigir el pago de la Penalidad [\[6.4\]](#).

6.1. MISMA incumplió su obligación de reconocer a CICSA el monto de las compensaciones por los derechos reales

94. El único riesgo que no estaba comprendido en el precio del Contrato era la obtención de derechos reales [\[4.2\]](#). Como bien reconoce la contraparte, CICSA se encontraba en la obligación de obtener un derecho real con la Comunidad para el paso de los vehículos por el Puente [*Demanda*, ¶102]. Por ello, MISMA no solo debía colaborar para su obtención, sino que también debía compensar los valores que se generen por dicho concepto. Estas actuaciones constituyen obligaciones fundamentales para MISMA [*Caso*, ¶12].
95. A pesar del Bloqueo, CICSA realizó todas las diligencias para cumplir sus obligaciones, según los Arts. 1.5.2 y 1.5.3 de los Principios UNIDROIT. En ellos se especifican las fuentes de este tipo de obligaciones y se hace referencia a la cooperación que debe existir entre las Partes. Para Betti, “la idea de relación obligatoria como instrumento de cooperación social, es la clave o hilo conductor que sirve al jurista para resolver los principales problemas del derecho de obligaciones” (1953, 10). Buscando que el Contrato perdure, CICSA negoció con la Comunidad y llegó a un acuerdo en el que se reducía el canon de US\$ 10 a US\$ 8, cumpliendo su obligación de obtención de derechos reales.

MEMORIAL DE CONTESTACIÓN A LA DEMANDA
EQUIPO 428

96. Si bien reconoció su obligación de compensar este derecho real, MISMA se negó a aceptar dicho valor por considerarlo extorsivo e irrazonable [*Caso*, ¶19]. En consecuencia, MISMA fijó unilateralmente como compensación razonable la de US\$ 5, indicando que cualquier monto superior a este está a riesgo de CICSA. Al hacerlo, no solo se interpone en el cumplimiento de las obligaciones de CICSA, sino que incumple de por medio la cláusula 10 del Contrato [*Caso*, ¶12]. Para Vidal Olivares:

(...) el concepto de incumplimiento es objetivo e inicialmente actúa al margen de la culpa o dolo del deudor y es el resultado de la simple constatación de la falta de coincidencia entre el dato ideal (lo prometido) y el real (lo ejecutado por el deudor), con la consiguiente insatisfacción del interés del acreedor (2007, 41).

97. El incumplimiento se visualiza cuando existe una secuencia de conductas en las cuales una de las Partes necesita actuar de forma preestablecida, y no lo hace. Se acordó que MISMA compensaría los derechos reales obtenidos, independientemente de si una de ellas lo consideraba razonable o no. Sin embargo, con el fin de no cumplir con su obligación, la Actora tacha de extorsivo e irracional el valor que el Tribunal de Marmitania fijó a tan solo US\$ 0,50 menos. MISMA tenía la obligación de compensar por los derechos reales obtenidos, no los valores que unilateralmente estime como “razonables”.

6.2. MISMA incumplió su obligación de colaborar porque debía informar a CICSA de sus relaciones previas con la Comunidad

98. MISMA dificultó las gestiones necesarias para obtener el paso por el puente [*Caso*, ¶16]. En tal sentido, como parte de su obligación de colaboración [*Caso*, ¶12.8], MISMA debía informar a CICSA sobre sus negociaciones previas con la Comunidad, pues para sorpresa de CICSA, MISMA había prometido la construcción de un hospital y una escuela [*Aclaraciones*, ¶1.7]. Al no informar sobre dichas promesas, MISMA incumplió su obligación de colaboración, dificultando la obtención del derecho de paso por el puente.

99. El Art. 1.7 de los Principios UNIDROIT establece: “(1) las partes deben actuar con buena fe y lealtad negocial en el comercio internacional; (2) las partes no pueden excluir ni limitar este deber”. La doctrina es casi unánime en considerar que la buena fe a la que se refieren los Principios UNIDROIT, se extiende a todas las etapas del contrato. Así, Oviedo-Albán explica:

[...] la obligación de actuar de buena fe en la etapa precontractual (tanto en los tratos preliminares como en la oferta y aceptación) se derivan para los particulares una serie de deberes que se resumen –se insiste– en los principios de lealtad y corrección de la conducta, y que consisten básicamente en manifestar claramente las circunstancias personales u objetivas que puedan rodear

MEMORIAL DE CONTESTACIÓN A LA DEMANDA EQUIPO 428

las respectivas etapas, y un deber de informar sobre todas las circunstancias que puedan interesar a la contraparte [...] (2008, 94).

100. Es claro que el deber de buena fe, recogido de manera amplia en los Principios UNIDROIT, trae consigo un deber de informar a la contraparte, sobre todo lo que a ella pueda interesarle. En el caso que nos ocupa, las promesas realizadas por MISMA a la Comunidad son un elemento esencial en la gestión para obtener el paso por el Puente. Al abstenerse de informar a CICSA, MISMA actuó de mala fe en la etapa precontractual e incumplió el Contrato de Construcción dificultando así, las negociaciones con la Comunidad.

6.3. MISMA no puede exigir el cumplimiento del Contrato, pues ha incumplido sus obligaciones

101. Ha quedado claro que MISMA incumplió sus obligaciones. Dentro de una relación contractual se esperan prestaciones recíprocas. Por regla general, cuando el deudor incumple sus prestaciones, provoca el nacimiento inmediato de ciertos derechos para el acreedor.

102. De acuerdo con el principio de buena fe, en aquellos casos en los que el acreedor tampoco haya cumplido su obligación o se haya allanado a hacerlo, el deudor puede proponer la excepción de contrato no cumplido. Como lo explica Baraona, no hay incumplimiento en tanto no exista por una de las partes la ejecución de su deber de prestación (1997, 2003). En el caso *Eureka B.V. c. República de Polonia*, el tribunal señaló que la excepción de contrato no cumplido esencialmente aplica para casos en los que las prestaciones son simultáneas. Para sostener dicho punto, el tribunal se refirió al Art. 7.1.3 de los Principios UNIDROIT, que establece que cuando las partes han de cumplir simultáneamente, cada una puede suspender el cumplimiento de su prestación, hasta que la otra ofrezca la suya (2005).

103. Así, queda demostrado que MISMA no puede exigir el cumplimiento del Contrato, puesto que no ha cumplido sus propias obligaciones, ni parece pretender hacerlo. CICSA estuvo en todo su derecho de suspender el cumplimiento de su prestación.

6.4. MISMA no puede exigir el pago de la Penalidad

104. El pago de la Penalidad prevista en el Contrato [*Caso*, ¶12, 6.2] indica que el incumplimiento en términos de tiempo adjudicable a CICSA, dará la facultad a MISMA de reclamar un monto de US\$ 10.000 por cada día de atraso. Además, el Contrato indica que, si trascurren tres meses

MEMORIAL DE CONTESTACIÓN A LA DEMANDA
EQUIPO 428

de la fecha límite convenida, el incumplimiento se considerará definitivo, otorgándole la potestad a MISMA no solo de resolver el Contrato, sino de exigir una suma de US\$ 1.500.000.

105.Sin embargo, la exclusión de dicha Penalidad fue definida por las partes al momento de la suscripción del Contrato, dejando de manera expresa que, si existía un incumplimiento a causa de un evento de fuerza mayor o Riesgo No Controlable, CICSA estaría exenta del pago.

106.Como se desarrolló en el punto anterior [6.3], MISMA se encontraba en incumplimiento de sus obligaciones principales del Contrato, aplicándose así la teoría de la excepción de contrato no cumplido, teniendo como resultado que MISMA no tenga derecho a exigir el pago de la Penalidad porque ha incumplido sus obligaciones.

107.Por todo lo expuesto, CICSA debe ser eximida de la Penalidad dado que la suspensión se debe a un evento de fuerza mayor [4] o Riesgo No Controlable [5]. Incluso si el Tribunal estima que los hechos no configuran un evento de fuerza mayor o Riesgo No Controlable, MISMA no tiene derecho a demandar puesto que no cumplió con sus obligaciones [6].

VI. PETITORIO

108.Con base en los argumentos expuestos, CICSA solicita respetuosamente al Tribunal que:

- a. En cuanto a la jurisdicción, que DECLARE:
 - i. Ser competente para resolver sobre las excepciones y argumentos de defensa presentados por CICSA.
 - ii. Incorporar a TPF al proceso arbitral.
- b. En cuanto a los méritos, que DECLARE:
 - i. El Bloqueo configura un evento de fuerza mayor.
 - ii. CICSA ha cumplido sus obligaciones.
 - iii. MISMA ha incumplido su obligación de Colaborar y de compensar por los derechos reales y no tiene derecho al cobro de la Penalidad.
- c. Que DESESTIME la Demanda; y,
- d. Que ORDENE a MISMA el pago de todos los costos en los que CICSA incurra con ocasión de este proceso y la constitución de una caución por parte de TPF a favor de CICSA para garantizar el pago de las costas dentro de este arbitraje.

MEMORIAL DE CONTESTACIÓN A LA DEMANDA
EQUIPO 428

VII.BIBLIOGRAFÍA

LIBROS

- | | | |
|-------------------|---|-----------------|
| Betti, E. | Teoria Generale delle
Obbligazioni, Milan.
<i>Giuffre</i> . (1953) | Citado en: ¶ 95 |
| Gianfelici, M. C. | Caso Fortuito y Caso de
Fuerza Mayor en el
Sistema de
Responsabilidad Civil.
Buenos Aires: <i>Abeledo
Perrots</i> . (1995) | Citado en: ¶ 73 |
| Von Goeler, J. | Third-Party Funding in
International Arbitration
and its Impact on
Procedure. <i>International
Arbitration Law Library</i> .
Vol. 35. Kluwer Law
International. (2016) | Citado en: ¶ 48 |
| | Traducción libre. | |

ARTÍCULOS DE REVISTA

- | | | |
|--------------------------------------|--|------------------|
| Baraona González, J. | La exigibilidad de las
obligaciones: noción y
principales presupuestos
(con especial énfasis en las
cláusulas de aceleración).
<i>Revista Chilena De
Derecho</i> 24, no. 3 (1997) | Citado en: ¶ 102 |
| Cornejo, C. ; Irra de la
Cruz, R. | La extensión del acuerdo
arbitral a partes no
signatarias en la ley de
arbitraje peruana: algunas
lecciones del derecho
comparado. <i>Foro Peruano
de Arbitraje</i> . (2013) | Citado en: ¶ 31 |

MEMORIAL DE CONTESTACIÓN A LA DEMANDA
EQUIPO 428

- Fernández Masiá, E. La financiación por terceros en el arbitraje internacional. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 8, Nº 2 (2016) Citado en: ¶ 49
- Figueroa, J. E. La distribución de los riesgos en los contratos colaborativos de construcción. *Revista Derecho & Sociedad*, Nº 55, Noviembre 2020 / ISSN 2079-3634. (2020) Citado en: ¶ 52
- Hernández Rodríguez, A. Los contratos internacionales de construcción “llave en mano”. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 6, 161-235. (2014)
- Judice, J. M. Some Notes About Third-Party Funding: A Work in Progress. *Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*. (2018) Citado en: ¶ 57
Traducción libre.
- Kalicki, J. Security for Costs in International Arbitration, *Transnational Dispute Management*. (2006) Citado en: ¶ 60
Traducción libre.
- Kirtley, W. ;
Wietrzykowski, K. Should an Arbitral Tribunal Order Security for Costs Citado en: ¶ 61

MEMORIAL DE CONTESTACIÓN A LA DEMANDA
EQUIPO 428

When an Impecunious
Claimant Is Relying upon
Third-Party Funding?
*Journal of International
Arbitration, 2013.*

Traducción libre.

Darwazeh, N. ; Leleu A. Disclosure and Security for Citado en: ¶ 61
Costs or How to
Address Imbalances
Created by Third-Party
Funding, *Journal of
International
Arbitration.* (2016)

Traducción libre.

Oviedo-Albán, J. Tratos preliminares y Citado en: ¶ 99
responsabilidad
precontractual. *Vniversitas,*
115, 83-116. (2008)

Ríos Pizarro, C. ¿Tres son multitud? Citado en: ¶ 32
Algunas notas sobre el
Third Party Funding y su
aplicación en arbitrajes
comerciales. *Revista IUS et
VERITAS, No. 54.* (2017)

Sepult, E. Le tiers financeur dans Citado en: ¶ 59
l'arbitrage: quand la finance
rencontre la justice, *Faculté
de Droit, de Science
Politique et de
Criminologie,* 2017.

Traducción libre.

Silva, E. ; Velarde, L. M. La extensión del convenio Citado en: ¶ 27
arbitral a partes no

MEMORIAL DE CONTESTACIÓN A LA DEMANDA
EQUIPO 428

signatarias en Europa: ¿un
enfoque uniforme?
Arbitraje PUCP. (2017)

- Silva, E. El artículo 14 de la nueva Ley Peruana de Arbitraje: Reflexiones sobre el contrato de arbitraje. *Revista del círculo peruano de arbitraje.* (2001) Citado en: ¶ 27
- Sourgens, F. Reason and Reasonableness: The Necessary Diversity of the Common law. *Maine Law Review.* (2014) Citado en: ¶ 77, ¶78
- Vidal, A. Traducción libre. Cumplimiento e Incumplimiento Contractual en el Código Civil: Una perspectiva más realista, *Revista Chilena de Derecho. Santiago: Pontificia Universidad de Chile.* (2007) Citado en: ¶ 96
- Vogenauer, Kleinheisterkamp, J. S; Commentary on the Unidroit Principles of International Commercial Contracts (PICC). *Oxford University Press.* (2009) Citado en: ¶ 76, ¶78, ¶87
- Traducción libre.

JURISPRUDENCIA

- Abu-Ghazaleh c. Chaul.* Apelaciones de Florida, Tercer Distrito Caso No. Citado en: ¶38

MEMORIAL DE CONTESTACIÓN A LA DEMANDA
EQUIPO 428

3D07-3128, 3D07-3130,
2009.

Traducción libre.

<i>Caso “El Niño”</i>	Centro de Arbitraje de México. 30 de noviembre 2006.	Citado en: ¶74
<i>Canadian Industrial Alcohol Co. v. Dunbar Molasses Co.</i>	Appellate Division of the Supreme Court in the First Judicial Department (New York). Case 179 N.E. 383	Citado en: ¶ 74
<i>Commerce Group Corp. & San Sebastian Gold Mines, Inc. c. El Salvador, Decision on El Salvador’s Application for security for costs.</i>	ICSID Case No. 2009-17, September 20th, 2012, 45. Traducción libre.	Citado en: ¶ 50
<i>Eureko B.V. v. República de Polonia.</i>	(2005). Corte Ad Hoc de Arbitraje en Bruselas.	Citado en: ¶ 102
<i>Excalibur Ventures LLC c. Texas Keystone Inc. & otros</i>	High Court, (Commercial Court). Case 2014 - 53 Traducción libre.	Citado en: ¶ 44
<i>Guaracachi America, Inc. (U.S.A.) and Rurelec plc (United Kingdom) v. Plurina- tional State of Bolivia</i>	The Permanent Court of Arbitration. Case No. 2011–17. Traducción libre. Supreme Court Judgements. Case 25704	Citado en: ¶ 57
<i>Ryan v. Victoria (City)</i>		Citado en: ¶ 77

MEMORIAL DE CONTESTACIÓN A LA DEMANDA
EQUIPO 428

Traducción libre.

Theller v. Hershey

Corte de Apelaciones del
Noveno Distrito. 1898. Caso
No. 12,139. 89 F. 575.

Citado en: ¶29

Traducción libre.

CUERPOS NORMATIVOS

Directrices de la
International Bar
Association sobre
Conflictos de Intereses en
Arbitrajes Internacionales,
2014.

Citado en: ¶ 33, ¶ 34

Principios UNIDROIT,
2010.

Citado en: ¶ 42, ¶ 72,
¶ 81, ¶ 95, ¶ 99, ¶
100, ¶ 102,

Ley Modelo de la
CNUDMI, 2006.

Citado en: ¶ 65

PÁGINAS WEB

Banco Mundial.

Sample Force Majeure Clauses. Citado en: ¶
<https://ppp.worldbank.org/public-private-partnership/ppp-overview/practical-tools/checklists-and-risk-matrices/force-majeure-checklist/sample-clauses> (2020,
Noviembre 30). 84