

---

**VIII COMPETENCIA INTERNACIONAL DE ARBITRAJE  
COMERCIAL**

**UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES**

**UNIVERSIDAD NUESTRA SEÑORA DEL ROSARIO**

**ANFITRIÓN VIII EDICIÓN: PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE CHILE**

**2015**

---

**MEMORIA DE LA DEMANDADA**

**EQUIPO N° 26**

---

**EN REPRESENTACIÓN DE:**

**ERNESTO y MARÍA RAQUEL  
PRÓSPERI**

**DEMANDADA**

**EN CONTRA DE:**

**PROYECTOS MINEROS  
ESPECIALES S.A. (PROMESA)**

**DEMANDANTE**

---

## ÍNDICE GENERAL

ÍNDICE DE ABREVIATURAS .....	v
ÍNDICE DE NORMAS ..	vii
ÍNDICE DE AUTORIDADES.....	viii
ÍNDICE DE CASOS.....	xxxiv
HECHOS .....	1
ARGUMENTOS .....	2
RESUMEN DE LA DEMANDA .....	3
PARTE PROCESAL.....	4
<b>ASUNTO 1: EL TRIBUNAL NO TIENE JURISDICCIÓN SOBRE LOS HERMANOS PRÓSPERI POR CUANTO LA CLÁUSULA ARBITRAL ESTABLECIDA EN EL PRIMER CONTRATO NO LES ES OPONIBLE.....</b>	<b>4</b>
1.1 Los hermanos Prósperi nunca consintieron expresamente la cláusula arbitral .....	4
1.2 No se verifican los requisitos para extender los efectos de la cláusula arbitral a los hermanos Prósperi .....	5
1.2.1 La cláusula arbitral no es heredable mediante sucesión legal dada la estipulación contractual en contrario .....	6
1.2.2 La doctrina de grupo de compañías no es aplicable en este caso .....	6
1.3 La Cláusula Vigésimo Primera del Primer Contrato impide la transferencia de la obligación de arbitrar.....	7
1.3.1 Aun en el caso de que hubiera operado una transferencia a título <i>mortis causa</i> de la cláusula arbitral, ésta es nula en virtud de la prohibición pactada en la Cláusula Vigésimo Primera del Contrato .....	7
1.3.2 No procede la aplicación del principio de autonomía de la cláusula arbitral .....	9
CONCLUSIÓN I.....	10
<b>ASUNTO 2: LA CLÁUSULA ARBITRAL SE EXTINGUIÓ .....</b>	<b>10</b>

2.1 Contrariamente a lo que alegan los demandantes, el Primer Contrato se extinguió por novación y con él la cláusula arbitral .....	11
2.1.1 Operó una novación objetiva del Primer Contrato en virtud del Segundo Contrato .....	11
2.1.2 El principio de separabilidad no impide la extinción de la cláusula arbitral por novación .....	13
2.2 En subsidio, aun cuando se admitiera que el Primer Contrato no se ha novado, la cláusula arbitral se extinguió por novación como consecuencia de la inclusión de la cláusula de jurisdicción de cortes en el Segundo Contrato .....	15
2.2.1 La cláusula arbitral se extinguió por novación, en virtud de la cláusula de jurisdicción de cortes incluida en el Segundo Contrato .....	15
2.2.2 La cláusula de jurisdicción prevista en el Segundo Contrato regula las disputas que puedan surgir del Primer Contrato en virtud de formar ambos una misma operación económica.....	16
2.3 Aun cuando no se admitiera la novación específica de la cláusula arbitral a expensas de la cláusula de jurisdicción de cortes, las disputas se resuelven acorde a esta última: la cláusula arbitral es patológica; y se presenta necesaria y eficiente la existencia de un único foro de resolución de disputas .....	17
2.3.1 La existencia de dos foros de resolución pactados por las partes implica la existencia de una cláusula patológica.....	17
2.3.2 Las disputas que emergen de ambos contratos deben ser resueltas en un único foro de resolución de conflictos en función de criterios de justicia y eficiencia .....	19
CONCLUSIÓN II.....	21
<b>ASUNTO 3: EN SUBSIDIO DE LO ANTERIOR, LA CLÁUSULA ARBITRAL SE RESOLVIÓ EN RAZÓN DEL INCUMPLIMIENTO GRAVE Y ESENCIAL DE LA CONTRAPARTE DEL DEBER DE CONFIDENCIALIDAD .....</b>	<b>21</b>
3.1 Las partes se obligaron expresamente a la confidencialidad de las actuaciones arbitrales .....	22
3.2 La violación de la confidencialidad configura un incumplimiento grave y esencial que habilita la resolución del convenio arbitral.....	23

CONCLUSIÓN III .....	24
<b>PARTE SUSTANCIAL.....</b>	<b>25</b>
<b>ASUNTO 4: LA MULTA ES UNA CLÁUSULA MORATORIA USURARIA .....</b>	<b>25</b>
4.1 El principio <i>pacta sunt servanda</i> tiene un límite en la usura.....	25
4.2 La multa es una cláusula moratoria .....	26
4.3 La multa está sometida al régimen de usura de la Ley Azcárate.....	26
4.3.1 La multa posee la misma naturaleza que los intereses moratorios .....	27
4.3.2 La operación de refinanciación es una operación crediticia, comprendida en la Ley Azcárate .....	27
4.3.3 Los intereses moratorios deben regirse por los límites de usura .....	28
4.4 La multa sobrepasa los límites jurisprudencialmente establecidos para la usura.....	29
4.5 El carácter usurario de la pena acarrea la nulidad del Segundo Contrato .....	30
4.6 Incluso si se considerara que la multa no es usuraria, la misma debe ser abatida por consideraciones de equidad .....	31
4.7 Conceder la multa atentaría contra la ejecutabilidad del laudo .....	33
CONCLUSIÓN IV .....	35
<b>ASUNTO 5: NO PROCEDE EL PAGO DE LA MULTA DADO QUE NO EXISTE RESPONSABILIDAD EN EL CUMPLIMIENTO POR PARTE DE LOS HERMANOS PRÓSPERI .....</b>	<b>35</b>
5.1 El incumplimiento es causado por un evento de fuerza mayor .....	35
5.2 En el caso de existir responsabilidad, habría que aplicar el principio <i>rebus sic stantibus</i> .....	36
5.2.1 La existencia de <i>rebus sic stantibus</i> permite la revisión del contrato .....	38
5.2.2 Si el tribunal entendiese que la modificación no es suficiente para mantener la viabilidad del contrato procede su resolución .....	39
CONCLUSIÓN V .....	40
<b>PETITORIO .....</b>	<b>40</b>

## ÍNDICE DE ABREVIATURAS

¶	Párrafo
<b>Aclaraciones</b>	Aclaraciones del caso de la octava edición de la Competencia Internacional de Arbitraje Comercial
<b>Art.</b>	Artículo
<b>CADES</b>	Canteras del Desierto S.A.
<b>CCI</b>	Cámara de Comercio Internacional
<b>CNUDMI</b>	Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional
<b>Convenio de Refinanciación</b>	Refinanciación de la deuda mantenida por CADES y Prósperi a PROMESA en relación al saldo de precio del contrato de consultoría de 23 de octubre de 2009, cuyos términos surgen del texto de correo electrónico enviado por CADES a PROMESA con fecha 19 de diciembre de 2012
<b>Contrato</b>	Contrato de Consultoría celebrado entre CADES y Abel Prósperi con PROMESA el 23 de Octubre de 2009
<b>Demandada</b>	Ernesto y María Raquel Prósperi

<b>Demandante</b>	PROMESA
<b>hermanos Prósperi</b>	Ernesto y María Raquel Prósperi, hijos de Abel Prósperi
<b>Memoria de la Demandante</b>	Memoria de demanda presentada por PROMESA el 8 de junio de 2015
<b>No.</b>	Número
<b>p.</b>	Página
<b>pp.</b>	Páginas
<b>Primer Contrato</b>	Contrato de Consultoría celebrado entre CADES y Abel Prósperi con PROMESA el 23 de Octubre de 2009
<b>PROMESA</b>	Proyectos Mineros Especiales S.A.
<b>Prósperi</b>	Abel Prósperi
<b>Segundo Contrato</b>	Nuevo Contrato de Consultoría firmado el 24 de diciembre de 2012 entre Ernesto y María Raquel Prósperi y CADES, por una parte, y PROMESA, por otra, cuyo texto se adjunta al correo electrónico enviado por CADES a PROMESA el 19 de diciembre de 2012. Sus incidencias no forman parte del objeto del presente arbitraje.
<b>v.</b>	Versus

## ÍNDICE DE NORMAS

<b>CCE</b>	Código Civil español
<b>CNY</b>	Convención de Nueva York de 1958 sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras
<b>LACIF</b>	Ley de Arbitraje Comercial Internacional de Feudalia, cuyo texto es idéntico a la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional con las enmiendas de 2006
<b>Ley Azcárate</b>	Ley española de Represión de la Usura, de 23 de julio de 1908
<b>PDEC</b>	Principios de Derecho Europeo de los Contratos
<b>Principios UNIDROIT</b>	Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales 2010

## ÍNDICE DE AUTORIDADES

- Acedo* ACEDO QUEZADA, Octavio. *Contratos Coaligados (Notas para una futura construcción dogmática)*. Revista de Derecho Privado, nueva época, año I, núm. 3, México, setiembre-diciembre, 2002.
- Disponible en:  
<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/derpriv/cont/3/dtr/dtr1.pdf>
- Citado en: ¶ 55.**
- Aguilar* AGUILAR GRIEDER, Hilda. *La Intervención de Terceros en el Arbitraje Comercial Internacional*. Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña, Universidade da Coruña, España, 2001.
- Disponible en: <http://ruc.udc.es/bitstream/2183/2114/1/AD-5-3.pdf>
- Citado en: ¶ 43, 69.**
- Albaladejo 1* ALBALADEJO, Manuel. *Compendio de derecho civil*, 14ª edición, Edisofer, Madrid, 2011.
- Citado en: ¶ 91.**
- Albaladejo 2* ALBALADEJO, Manuel. Derecho Civil II. Volumen primero. Derecho de las Obligaciones, décima edición. José María Bosch Editor SL. Barcelona, 1997.
- Citado en: ¶ 21.**

*Alcover*

ALCOVER GARAU, Guillermo. La Actual Crisis Economica Y La Irrupcion De La Clausula Rebus Sic Stantibus: ¿Un Nuevo Foco De Litigiosidad Mercantil?

Disponible En:

[Http://Revistas.Laley.Es/Content/Documento.aspx?Params=H4siaaaaaaeao29b2acszyli9tynt\\_Svvk1-B0oqiaybmk2jbaeozbim3mkuwdaucjkasqgcplvmvdzhazo2dvpfee--999577733ujudtif33\\_8\\_Xgzkawz2zkrazz4hgkrihz9-Fb8\\_Iorz7lonb3bo2du9t7u3\\_Wsv87opquvnp1lc5ms2x9\\_F-Fxtavrmepv\\_Dp6vtf4lf1nb5vvnz59\\_Kddt\\_Ev3yq8\\_E3x6k2ev3xz\\_Wnxsvw8dsl-Gvt\\_Aiyykqbvaawke](http://Revistas.Laley.Es/Content/Documento.aspx?Params=H4siaaaaaaeao29b2acszyli9tynt_Svvk1-B0oqiaybmk2jbaeozbim3mkuwdaucjkasqgcplvmvdzhazo2dvpfee--999577733ujudtif33_8_Xgzkawz2zkrazz4hgkrihz9-Fb8_Iorz7lonb3bo2du9t7u3_Wsv87opquvnp1lc5ms2x9_F-Fxtavrmepv_Dp6vtf4lf1nb5vvnz59_Kddt_Ev3yq8_E3x6k2ev3xz_Wnxsvw8dsl-Gvt_Aiyykqbvaawke)

**Citado en: ¶ 92.**

*Álvarez Robles*

ÁLVAREZ ROBLES, Antonio. *La Seguridad En Los Negocios Juridicos*. En: Estudios Juridicos Del Colegio Notarial De Barcelona, Barcelona, 1979.

**Citado en: ¶ 91.**

*Amerasinghe*

AMERASINGHE, Chittharanjan Félix. *Jurisdiction of International Tribunals*. Kluwer Law International, 2013.

**Citado en: ¶ 64.**

*Arana De La Fuente I*

ARANA DE LA FUENTE, Isabel. *Algunas Reflexiones sobre la Reforma de la Cláusula Penal*.

Disponible en:

[www.unam.es/otros/aede/documentos/ARANA%20-%20](http://www.unam.es/otros/aede/documentos/ARANA%20-%20)

**Citado en: ¶ 93, 97.**

*Arana De La Fuente 2* ARANA DE LA FUENTE, Isabel. La Pena Convencional y su modificación judicial. En especial, La Clausula Penal Moratoria. En: Anuario De Derecho Civil, España, 2009.

Disponible en:

[HTTP://WWW.BOE.ES/PUBLICACIONES/ANUARIOS\\_DER ECHO/ABRIR\\_PDF.PHP?ID=ANU-C-2009-40157901686 ANUARIO DE DERECHO CIVIL LA PENA CONVENCIONAL Y SU MODIFICACI%F3N JUDICIAL EN ESPECIAL, LA CL%E1USULA PENAL MORATORI](http://www.boe.es/publicaciones/anuarios_der_echo/abrir_pdf.php?id=anu-c-2009-40157901686_anuario_de_derecho_civil_la_pena_convencional_y_su_modificaci%F3n_judicial_en_especial_la_cl%E1usula_penal_moratori)  
[A](#)

**Citado en: ¶ 102, 121, 125, 129.**

*Auletta* AULETTA, Giuseppe. *Importanza Del Adempimento E Diffida Ad Adempere*, En Rivista Trimestrale Di Diritto E Proceduria Civile, Año 1955, No. Ii, Italia.

**Citado en: ¶ 85.**

*Baón* BAÓN ROMASANTA, Carmen. *La Cláusula Rebus sic Stantibus y su Aplicación en el Panorama Actual*, Ramón y Cajal Abogados, Revista Newsletter, Barcelona, abril-junio 2012.

Disponible en:

[http://ramonycajalabogados.com/wp-content/uploads/Newsletter\\_Procesal-junio2012.pdf](http://ramonycajalabogados.com/wp-content/uploads/Newsletter_Procesal-junio2012.pdf)

**Citado en: ¶ 164.**

*Berard* BERARD, Marie. *Severability has limits: Arbitration Clause cannot exist without Underlying Agreement*. Clifford Chance LLP, junio de 2013.

**Citado en: ¶ 44.**

*Berger* BERGER, Klaus P. *International Economic Arbitration*. Wolters Kluwer, Deventer, Boston, 1993.

**Citado en: ¶ 22, 42.**

*Blasco Gascó* BLASCO GASCÓ. *Derecho de Obligaciones y Contratos*. Valencia, 1994.

**Citado en: ¶ 121**

*Born 1* BORN, Gary. *International Commercial Arbitration*. Wolters Kluwer, Segunda Edición, 2014.

**Citado en: ¶ 3, 4, 8, 21, 42, 43, 78.**

*Born 2* BORN, Gary. *International Arbitration: Law and Practice*, Kluwer Law International, 2012.

**Citado en: ¶ 49, 69.**

*Born 3* BORN, Gary. *International Arbitration: Cases and Materials*, 2nd edition. Kluwer Law International, 2015.

**Citado en: ¶ 27.**

*Brekoulakis* BREKOULAKIS, Stavros, *The Notion of the Superiority of Arbitration Agreements over Jurisdiction Agreements: Time to Abandon It?* *Journal of International Arbitration*, Volume 24, Issue 4, Kluwer Law Arbitration, 2007.

**Citado en: ¶ 61.**

*Caivano 1*

CAIVANO, Roque. Arbitraje y Grupo de Sociedades. Extensión de los Efectos de un Acuerdo Arbitral a quien no ha sido Signatario.

Disponible en: [http://www.limaarbitration.net/LAR1/roque\\_j\\_caivano.pdf](http://www.limaarbitration.net/LAR1/roque_j_caivano.pdf)

**Citado en: ¶ 8.**

*Caivano 2*

CAIVANO, Roque. El Principio de la Separabilidad del Convenio Arbitral y la Cesión del Contrato que lo contiene.

Disponible en:

<http://lexarbitri.pe/wp-content/uploads/2014/12/Separabilidad-y-cesi%C3%B3n-Lex-Arbitri-.pdf>

**Citado en: ¶ 27, 43.**

*Caivano 4*

CAIVANO, Roque, *Control Judicial en el Arbitraje*, Abeledo Perrot, 1ª edición, Buenos Aires, 2011.

**Citado en: ¶ 136.**

*Cajarville*

CAJARVILLE, Juan Pablo, *Régimen Legal de los Intereses y Delito de Usura*, Instituto de Investigación y Técnica Notarial, Asociación de Escribanos del Uruguay, 1980.

**Citado en: ¶ 137.**

*Carmona*

CARMONA, C.A. Arbitragem e Processo. Um comentario a Lei 9.307/96, SÃO PAULO, 1998.

**Citado en: ¶ 27.**

- Castán Tobeñas* CASTÁN TOBEÑAS, José. *Derecho Civil Español, Común y Foral*. Tomo Tercero: *Derecho de las Obligaciones. La Obligación y el Contrato en General*, Ed. Reus S.A., Madrid, 1992.
- Citado en: ¶ 34.**
- Compendio CNUDMI* Compendio de Jurisprudencia relativo a la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías. Disponible en: [http://www.uncitral.org/uncitral/es/case\\_law/digests/cisg.html](http://www.uncitral.org/uncitral/es/case_law/digests/cisg.html).
- Citado en: ¶ 85.**
- Craig/ Park/ Paulsson* CRAIG, W.L.; PARK, W.; PAULSSON J. *International Chamber of Commercial Arbitration*. 2nd ed., Oceana, New York, 1990.
- Citado en: ¶ 4.**
- Cremades* CREMADES, Bernardo. *The Arbitral Award, Leading Arbitrators Guide to International Arbitration*, Juris Publishing Inc., 2004.
- Citado en: ¶ 135.**
- Dávila González* DÁVILA GONZÁLEZ, Javier. *La Obligación con Cláusula Penal*. Editorial Montecorvo, Madrid, 1992.
- Citado en: ¶ 111.**

De Cossio DE COSSIO, Manuel. *Frustraciones y Desequilibrios Contractuales*. Granada, Comares, 1994.

**Citado en: ¶ 168.**

*De Los Mozos Touya* DE LOS MOZOS TOUYA, José Javier. *Los Intereses de Demora en los Préstamos Hipotecarios*. Revista de Derecho Privado, Año nº 75, Mes 9, pp. 699-708. Madrid, 1991.

Disponible en:

<http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=17608>

**Citado en: ¶ 111.**

*Delvolvé/Rouche/Pointon* DELVOLVÉ, Jean-Louis; ROUCHE, Jean; POINTON, Gerald H. *French Arbitration Law and Practice: A Dynamic Civil Law Approach to International Arbitration*. Kluwer Law International, 2009.

**Citado en: ¶ 61, 62.**

*Díez-Picazo* DÍEZ-PICAZO, Luis. Fundamentos del derecho civil patrimonial. Volumen ii. Las Relaciones Obligatorias. 6ª edición, ed. Thomson-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2008.

**Citado en: ¶ 97, 168.**

*Doral/Martínez-Pardo* DORAL, José, MARTÍNEZ-PARDO, Marina, *Nuevas Orientaciones sobre la Obligación de Pago de Intereses. Estudios Monográficos*. Disponible en: [http://www.boe.es/publicaciones/anuarios\\_derecho/abrir\\_pdf.php?id=ANU-C-1980-30052300570](http://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-C-1980-30052300570)

**Citado en: ¶ 101.**

*Estreicher/Bennet*

ESTREICHER, Samuel; BENNETT, Steven C., The Confidentiality of Arbitration Proceedings, en *New York Law Journal*, vol. 240, no. 31, 2008, disponible en: [http://www.jonesday.com/files/Publication/3c7c5ff7-ec4a-4b01-979a-6960d29c663f/Presentation/PublicationAttachment/58f159e4-8b12-4012-9532-241147d2b4c9/EstreicherBennett\\_NYLJ\\_081308.pdf](http://www.jonesday.com/files/Publication/3c7c5ff7-ec4a-4b01-979a-6960d29c663f/Presentation/PublicationAttachment/58f159e4-8b12-4012-9532-241147d2b4c9/EstreicherBennett_NYLJ_081308.pdf)

**Citado en: ¶ 77.**

*Feliu Rey*

FELIU REY, Jorge, *Cláusula Penal: Naturaleza de la Pena, Moderación Judicial y su Posible Configuración como Título Ejecutivo*.

Disponible en:

[http://www.boe.es/publicaciones/anuarios\\_derecho/abrir\\_pdf.php?id=ANU-C-2014-10016900218\\_ANUARIO\\_DE\\_DERECHO\\_CIVIL\\_CI%E1usula\\_penal:\\_naturaleza\\_de\\_la\\_pena,\\_moderaci%F3n\\_judicial,\\_y\\_su\\_posible\\_configuraci%F3n\\_como\\_t%EDtulo\\_ejecutivo](http://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-C-2014-10016900218_ANUARIO_DE_DERECHO_CIVIL_CI%E1usula_penal:_naturaleza_de_la_pena,_moderaci%F3n_judicial,_y_su_posible_configuraci%F3n_como_t%EDtulo_ejecutivo)

**Citado en: ¶ 97, 111, 155.**

Fernández Hierro

FERNÁNDEZ HIERRO, José Manuel. *La Modificación del Contrato*, Pamplona, Editorial Aranzadi, 1992.

**Citado en: ¶ 168.**

Fernández Rozas 1 FERNÁNDEZ, ROZAS, José C. Crisis del paradigma de la confidencialidad en el arbitraje comercial, disponible en <http://www.legaltoday.com/practica-juridica/civil/arbitraje/crisis-del-paradigma-de-la-confidencialidad-en-el-arbitraje-comercial>.

**Citado en: ¶ 77.**

Fernández Rozas 2 FERNÁNDEZ ROZAS, José C., *Trayectoria y contornos del mito de la confidencialidad en el arbitraje comercial*, en *Arbitraje: Revista de arbitraje comercial y de inversiones*, vol. II, no. 2, 2009.

**Citado en: ¶ 77.**

*Ferrari/Kröll* FERRARI, Franco; KROLL, Stefan. *Conflict of laws in International Arbitration*, Sellier European Law Publishers, Munich, 2011.

**Citado en: ¶ 62, 64.**

*Fortier* FORTIER, L. Yves. *The Occasionally Unwarranted Assumption of Confidentiality*. En: *Arbitration International*, vol. 15, no. 2, 1999.

**Citado en: ¶ 68.**

*Fouchard/ Gaillard/ Goldman/ Savage* FOUCHARD, Philippe; GAILLARD, Emmanuel; GOLDMAN, Berthold; SAVAGE, John. *Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 1999.

**Citado en: ¶ 43, 63.**

*Fuentes*

FUENTES, Mario. *Papel del Estado en la Economía*.

Disponible en: [www.biblio.juridicas.unam.mx](http://www.biblio.juridicas.unam.mx).

**Citado en: ¶ 137.**

*Gamarrá 1*

GAMARRA, Jorge. *Tratado de Derecho Civil Uruguayo*. Tomo XVII, Primera Edición, MBA, Montevideo, 1976.

**Citado en: ¶ 85, 156, 157.**

*Gamarrá 2*

GAMARRA, Jorge. *Responsabilidad Contractual*. Tomo II: *El Juicio de Responsabilidad*, Primera Edición, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1997.

**Citado en: ¶ 156.**

*García Goyena*

GARCÍA GOYENA, Florencio. *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil Español*. España, 1ra Edición, Editorial Sociedad Tipográfica, 1974.

**Citado en: ¶ 125.**

Gómez Garrido

GÓMEZ Garrido, Isabel. *Lo que queda del Principio Clásico Pacta sunt Servanda*. En: Derecho y Cambio Social. Disponible en:  
[http://www.derechoycambiosocial.com/revista025/pacta\\_sunt\\_servanda.pdf](http://www.derechoycambiosocial.com/revista025/pacta_sunt_servanda.pdf)

**Citado en: ¶ 91.**

GERBI

GERBI, Sharon. Confidentiality Arbitration UK Law. Disponible en:  
<http://www.twobirds.com/en/news/articles/2006/confidentiality-arbitration-uk-law>

**Citado en: ¶ 78.**

Gete-Alonso Y Calera

GETE-ALONSO Y CALERA, María del Carmen. *Apuntes para una Explicación de la Modificación y Novación de la Relación Obligatoria*. En: Homenaje al profesor Juan Roca Juan, Universidad de Murcia, 1989.

**Citado en: ¶ 35.**

GIRSBERGER/  
HAUSMANINGER

GIRSBERGER, Daniel; HAUSMANINGER, Christian. Assignment of rights and agreement to arbitrate. Disponible en:  
<http://arbitration.oxfordjournals.org/content/8/2/121>

**Citado en: ¶ 22, 37.**

*Goldman*

Goldman, Berthold, *Arbitrage (Droit International Privé)* en FRANCESKAKIS, P. (ed.), Encyclopédie Dalloz – Droit International. Francia, 1968.

**Citado en: ¶ 43, 63.**

*Gómez Calero*

GÓMEZ CALERO, Juan. *Contratos Mercantiles con Cláusula Penal*, Civitas Ediciones. Madrid, 1983.

**Citado en: ¶ 111.**

*González De Cossío*

GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco, *Novación y Acuerdo Arbitral*.

Disponible en:

<http://www.gdca.com.mx/PDF/arbitraje/Novacion%20del%20Acuerdo%20Arbitral.pdf>.

**Citado en: ¶ 34, 37.**

*González García*

GONZÁLEZ GARCÍA, Louis Alberto, *Is Consolidation of Claims a Step to Improvement? The HFCS Case*. Symposium co-organised by ICSID, OECD and UNCTAD, París, Diciembre 2005.

Disponible en:

<http://www.oecd.org/investment/internationalinvestmentagreements/36055400.pdf>

**Citado en: ¶ 69.**

*Graham*

GRAHAM, James. La atracción de los no firmantes de la cláusula compromisoria en los procedimientos arbitrales.

Disponible en:

<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2552/19.pdf>

**Citado en: ¶ 3.**

*Gueiler/Alou*

GUEILER, Susana Silvina; ALOU, Stella Maris. *Contratos Conexos*.

Disponible en:

<http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/tdc/article/viewFile/1056/959>

**Citado en: ¶ 55.**

*Gülerci*

GÜLERCI, Altan Fahri. *Separability of the Arbitration Agreement in International Arbitration*.

Disponible en:

[http://www.ankarabarusu.org.tr/siteler/AnkaraBarReview/tekma\\_kale/2008-1/14.pdf](http://www.ankarabarusu.org.tr/siteler/AnkaraBarReview/tekma_kale/2008-1/14.pdf)

**Citado en: ¶ 37.**

*Gutiérrez González*

GUTIÉRREZ GONZÁLEZ, Ernesto. *Derecho de las Obligaciones*. Editorial José M. Cajica Jr.

Disponible en:

<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/3/1022/6.pdf>.

**Citado en: ¶ 162.**

*Hackman*

HACKMAN, Nana Adjoa. *The Problem of Arbitration and multi-party/multi-contract disputes: is court-ordered consolidation an adequate response?* Universidad de Dundee, Escocia.

Disponible en:

<http://doctrise.org/pdf-file/2f994/the-problem-of-arbitration-and-multi-partymulti-.html>

**Citado en: ¶ 69.**

*Hanefeld/Trittmann*

TRITTMANN, Rolf; HANEFELD, Inka. Arbitration in Germany: The Model Law in Practice. 2nd edition. Kluwer Law International, 2015.

**Citado en: ¶ 4.**

*Hernández Gil 1*

HERNÁNDEZ GIL, A. Derecho de Obligaciones, tomo 3 de sus Obras Completas. Espasa- Calpe, Madrid, 1988.

**Citado en: ¶91.**

*Hernández Gil 2*

HERNÁNDEZ GIL, FRANCISCO, *COMENTARIO DEL CODIGO CIVIL*. EDITORIAL BOSCH. BARCELONA. 2000.

**Citado en: ¶121.**

*Hubicki*

HUBICKI, Michal. *Solving the "Grandfather Paradox" of Arbitration*, 2014.

Disponible en:

<http://www.arbitrationhq.com/english/category/separability-principle>

**Citado en: ¶ 44.**

- International Law Association* International Law Association, *The Hague Conference (2010): Confidentiality in international arbitration*, disponible en: [http://www.academia.edu/1690741/Confidentiality in International Commercial Arbitration - ILA - ICA COMMITTEE REPORT THE HAGUE 2010](http://www.academia.edu/1690741/Confidentiality_in_International_Commercial_Arbitration_-_ILA_-_ICA_COMMITTEE_REPORT_THE_HAGUE_2010)
- Citado en: ¶ 79.**
- Jagusch/Sinclair* JAGUSCH, Stephen; SINCLAIR, Anthony. *Pervasive Problems in International Arbitration*. International Arbitration Law Library, Volume 15. Kluwer Law International, 2006.
- Citado en: ¶ 4.**
- Jiménez Muñoz* JIMÉNEZ MUÑOZ, Francisco Javier. *La Usura. Evolución Histórica y Patología de los Intereses*. Editorial Dykinson. Madrid, 2010.
- Citado en: ¶ 102, 107.**
- Jordano* Jordano Barea, Juan Bautista. *Cumplimiento Tardío y Facultad Resolutoria Tacita*. En: Anuario De Derecho Civil, Año 1951, No. 1, Madrid.
- Citado en: ¶ 85.**
- Kaster* KASTER, Laura A. *Confidentiality in US Arbitration*, en NYSBA New York Dispute Resolution Lawyer, vol. 5, no. 1, New York (Estados Unidos), Spring 2012.
- Citado en: ¶ 78, 79.**

*Kemelmajer De Carlucci* De Kemelmajer De Carlucci, Aida. *La Clausula Penal*, Editorial De Palma, 1981.

**Citado en: ¶ 101.**

*Kenneth* KENNETH R. DAVIS, *A model for arbitration law: Autonomy, Cooperation and Curtailment of State Power*, The Fordham Urban Law Journal, vol. 26, issue 2. Estados Unidos, 1998.

Disponible en: <http://ir.lawnet.fordham.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1729&context=ulj>

**Citado en: ¶ 42.**

*Klein* KLEIN, Luciane. *El Orden Público Internacional: la Defensa de la Identidad del Estado y los Procesos de Integración*.

Disponible en: <http://www.oab.org.br>

**Citado en: ¶ 136.**

*Lacruz* LACRUZ, José Luis. *Derecho de Obligaciones*. Edición revisada por RIVERO HERNÁNDEZ. Editorial Dykinson, Madrid, 1999.

**Citado en: ¶ 172.**

*Lew/Mistelis/Kröll* LEW, Julian; MISTELIS, Loukas; KRÖLL, Stefan. *Comparative International Commercial Arbitration*, Ed. Kluwer Law International, 2003.

**Citado en: ¶ 3, 4, 78, 79.**

*Liu* LIU, Joe, *Arbitration of Cross-Border M&A Disputes*, disponible en: <http://kluwerarbitrationblog.com/blog/2015/04/21/arbitration-of-cross-border-ma-disputes/>

**Citado en: ¶ 77.**

*López* LÓPEZ, Carlos. *La Separabilidad Del Convenio Arbitral*. Disponible En: [http://www.arbitrajecomercial.com/bancoconocimiento/l/la\\_separabilidad\\_del\\_convenio\\_arbitral/la\\_separabilidad\\_del\\_convenio\\_arbitral.asp?codseccion=1](http://www.arbitrajecomercial.com/bancoconocimiento/l/la_separabilidad_del_convenio_arbitral/la_separabilidad_del_convenio_arbitral.asp?codseccion=1)

**Citado en: ¶ 27.**

*Manresa* MANRESA Y NAVARRO, José María. *Comentarios al Código Civil Español*. Segunda Edición, Imprenta de la Revista de Legislación, Madrid, 1907.

**Citado en: ¶ 156, 157.**

*Marguerat* MARGUERAT, Jean. Extensión de la Cláusula Arbitral a Terceros No Firmantes. En: Collantes-Cremades (dir.) *Arbitraje Comercial Internacional en Europa (aspectos actuales y regímenes jurídicos)*. Primera edición, Lima, 2013.

Disponible en:

[http://www.froriep.com/uploads/tx\\_news/2013\\_2\\_JEM\\_Extension\\_clausula\\_arbitral\\_a\\_terceros.pdf](http://www.froriep.com/uploads/tx_news/2013_2_JEM_Extension_clausula_arbitral_a_terceros.pdf).

**Citado en: ¶ 4.**

Marín

MARIN GARCIA, Ignacio. Clausula Penal: La Facultad Moderadora del Juez.

Disponible En:

<http://www.raco.cat/index.php/indret/article/viewfile/77874/101729>

**Citado en: ¶ 126.**

Martínez Rodríguez

MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, Nieves. *La Vinculación Contractual en la Ley 7/1995 de Crédito al Consumo*. En: *Estudios de Derecho de Obligaciones. Homenaje al profesor Mariano Alonso Pérez*. Ed. La Ley, Grupo WoltersKluwer, Tomo II, España, 2006.

**Citado en: ¶ 55.**

Martínez Velencoso

MARTÍNEZ VELENCOSO, Luis M., *La Alteración de las Circunstancias Contractuales*, ed. Civitas, Madrid, 2003.

**Citado en: ¶ 91.**

Medina

MEDINA CRESPO, Mariano; MEDINA ALCOZ, María; MEDINA ALCOZ, Luis. *La Fuerza Mayor y su condicionada Virtualidad Exoneradora en sede de Responsabilidad Civil*.

Disponible en:

<http://www.asociacionabogadosrcs.org/congreso/6congreso/ponencias/Mariano%20Medina%20Crespo%20parte1.pdf>

**Citado en: ¶ 156, 157.**

*Merino Merchán*

MERINO MERCHÁN, Jose F. Confidencialidad y Arbitraje.

Disponible En: [Http://Www.Josemigueljudice-Arbitration.Com/Xms/Files/02\\_Textos\\_Arbitragem/01\\_Doutrina\\_Scolarstexts/Confidentiality/Confidencialidad Y Arbitraje - Jose Fernando Merino.Pdf](http://Www.Josemigueljudice-Arbitration.Com/Xms/Files/02_Textos_Arbitragem/01_Doutrina_Scolarstexts/Confidentiality/Confidencialidad_Y_Arbitraje_-_Jose_Fernando_Merino.Pdf)

**Citado en: ¶ 78.**

*Montserrat Valero*

MONSERRAT VALERO, Antonio. Los Intereses Garantizados Por La Hipoteca. Disponible En:

[Http://Www.Boe.Es/Publicaciones/Anuarios\\_Derecho/Abrir\\_Pdf.Php?Id=Anu-C-1999-10001300100](http://Www.Boe.Es/Publicaciones/Anuarios_Derecho/Abrir_Pdf.Php?Id=Anu-C-1999-10001300100)

**Citado en: ¶ 101.**

*Morrissey/Graves*

MORRISSEY, Joseph; GRAVES, Jack. *International Sales Law and Arbitration: Problems, Cases and Commentary*. Kluwer Law International, 2008.

**Citado en: ¶ 60, 63, 64.**

*Múrtula Lafuente*

MÚRTULA LAFUENTE, Virginia. La Protección frente a las Cláusulas Abusivas en Préstamos y Créditos. Ed. Reus, 2012.

Citado en: ¶ 106.

*Neill*

NEILL, Patrick, *Confidentiality in Arbitration*, en *Arbitration International*, vol. 12, no. 3, 1996.

**Citado en: ¶ 79.**

*Ossorio*

OSSORIO MORALES, J. Notas para una teoría general del contrato, *Revista de Derecho Privado*, diciembre, 1965.

**Citado en: ¶ 91.**

*Pereira*

PEREIRA, Santiago. Autonomía de la Cláusula arbitral y Competencia del Tribunal Arbitral para resolver sobre su Competencia en el Arbitraje interno uruguayo.

Disponible en: <http://revistaderecho.um.edu.uy/wp-content/uploads/2012/12/Pereira-Campos-Autonomia-de-la-Clausula-Arbitral-y-competencia-del-Tribunal-Arbitral-para-resolver-sobre-su-competencia-en-el-arbitraje-interno-uruguayo.pdf>

**Citado en: ¶ 27.**

*Pérez Monge*

PÉREZ MONGE, Marina. *Prestamo Usuario Y Garantía Hipotecaria*. En: *Anuario De Derecho Civil*, España, 2003.

Disponible En : <Http://Www.Unizar.Es/Derecho/Nulidad/Prestamo.Pdf>

**Citado en: ¶ 121.**

*Petsche/Riegler*

PETSCHE, Alexander; RIEGLER, Stefan, *The Baker & McKenzie International Arbitration Yearbook*, WoltersKluwe, 2007.

**Citado en: ¶ 64.**

*Pothier* POTHIER, Robert Joseph. *Traité des Obligations*. Schmidt Periodicals. Alemania, 1993.

**Citado en: ¶ 126.**

*Poudret/ Besson* POUURET, Jean-François; BESSON, Sébastien. *Comparative Law Of International Arbitration*, Sweet and Maxwell Ltd., Londres, 2007.

**Citado en: ¶ 69.**

*Puig* PUIG BRUTAU, José. Compendio de Derecho Civil, t. II, Vol. I, 3ª edición, Bosch Casa Editorial S.A., Barcelona, 1997.

**Citado en: ¶ 91.**

*Redfern / Hunter / Blackaby/ Partasides* REDFERN, Alan; HUNTER, Martin; BLACKABY, Nigel; PARTASIDES, Constantine. *Law and Practice of International Commercial Arbitration*. Cuarta edición, Sweet and Maxwell Ltd., Londres, 2004.

**Citado en: ¶ 3, 69, 135.**

*Represa* REPRESA, Patricia. Eficacia de la Cesión frente al Deudor Cedido: las Condiciones del Pago Liberatorio.

Disponible en: [http://www.indret.com/pdf/631\\_es.pdf](http://www.indret.com/pdf/631_es.pdf).

**Citado en: ¶ 21.**

*Reuben*

REUBEN, Richard. *First Options, consense to arbitration, and the demise of separability: restoring access to Justice for contracts with arbitration provisions*. University of Missouri School of Law Review, N° 56, mayo de 2003, citado en: CAIVANO, Roque, *La Cláusula Arbitral: evolución histórica y comparada*, Editorial Universidad del Rosario, Bogotá, 2008.

**Citado en: ¶ 42.**

*Ripert*

RIPERT, Georges. *La règle morale dans les Obligations Civiles*. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1925.

**Citado en: ¶ 91.**

*Rodríguez Tapia*

RODRÍGUEZ TAPIA, Jose Miguel. *Sobre La Clausula Penal En El Codigo Civil*. Anuario De Derecho Civil, T. Xlvi, Fasciculo Ii, España, 1993.

Disponible En:

[Http://Www.Boe.Es/Publicaciones/Anuarios\\_Derecho/Abrir\\_Pd\\_f.Php?Id=Anu-C-1993-20051100588\\_Anuario\\_De\\_Derecho\\_Civil\\_Sobre\\_La\\_Cl%Elus\\_ula\\_Penal\\_En\\_El\\_C%F3digo\\_Civil](http://Www.Boe.Es/Publicaciones/Anuarios_Derecho/Abrir_Pd_f.Php?Id=Anu-C-1993-20051100588_Anuario_De_Derecho_Civil_Sobre_La_Cl%Elus_ula_Penal_En_El_C%F3digo_Civil)

**Citado en: ¶ 111, 125, 155.**

*Ruiz*

RUIZ, Gonzalo. “*Aplicación jurisprudencial de la Ley de Usura*”.

Disponible en:

[http://justiciayderecho.ausbanc.es/web/Aplicacion\\_jurisprudencial\\_de\\_la\\_Ley\\_de\\_Usura\\_201359174347.asp](http://justiciayderecho.ausbanc.es/web/Aplicacion_jurisprudencial_de_la_Ley_de_Usura_201359174347.asp)

**Citado en: ¶ 106, 117.**

*Sancho Rebullida* SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís. *Elementos del Derecho Civil, Derecho de Obligaciones*, (La Cruz Berdejo, José Luis; Luna Serrano, Agustín; Rivero Hernández, Francisco), Volumen 1, Barcelona, 1985.

**Citado en: ¶ 34.**

*Santos* SANTOS BELANDRO, Ruben. *Arbitraje Comercial Internacional*, 1ª. Edición, FCU, Montevideo, 1988.

**Citado en: ¶ 27, 136.**

*Savage/ Gaillard* SAVAGE, John; GAILLARD, Emmanuel. *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 1999.

**Citado en: ¶ 43, 63.**

*Seguí* SEGUÍ, Adela. *Teoría de los Contratos Conexos. Algunas de sus Aplicaciones*, Santa Fe, setiembre 1999, citando a: TEYSSIE, B., *Les Groupes de Contrats*, París, 1975.

**Citado en: ¶ 55.**

*Scherer*

SCHERER, Matthias. Three Recent Decisions Of The Swiss Federal Tribunal Regarding Assignments And Transfer O Of Arbitration Agreements. Asa Bulletin Vol. 20, N° 1. 2002.

**Citado en: ¶ 22.**

*Smit*

SMIT, Robert, H. *Separability and competence-competence in international arbitration: ex nihilo nihilfit? Or can something indeed come from nothing.* American Bar Association, Sección de Derecho Internacional y Práctica, Washington D.C., 2003.

Disponible en:

[http://www.stblaw.com/docs/default-source/cold-fusion-existing-content/publications/publication22\\_0.pdf?sfvrsn=2](http://www.stblaw.com/docs/default-source/cold-fusion-existing-content/publications/publication22_0.pdf?sfvrsn=2)

**Citado en: ¶ 44.**

*Soto Rusell*

SOTO RUSELL, Olivier. *Los Contratos como Fuentes de Normas: Contratos Marco, Contratos Normativos y Contratos de Colaboración.* 1ª edición, Editorial Reus S.A., España, 2014.

**Citado en: ¶ 55.**

*Torres /Levison*

TORRES, Héctor; LEVISON, Harold G. *Uniting Arbitration Matters Under Circuit, State Law,* New York Law Journal, Estados Unidos, setiembre 2008.

Disponible en:

<http://www.kasowitz.com/files/NYLJTorresSept222008.pdf>

**Citado en: ¶ 69.**

Trujillo / Pinto

TRUJILLO, Juan Manuel; PINTO, Juan Sebastián. *Límites a las Tasas de Interés, Sanciones aplicables cuando sobrepasen los Montos Máximos.*

Disponible en: [www.javeriana.edu.co/biblos](http://www.javeriana.edu.co/biblos)

**Citado en: ¶ 137.**

Vegas

VEGAS, Jaime. *La Eficacia Excluyente de la Litispendencia.* Revista Electrónica del Departamento de Derecho, Universidad de la Rioja, España, 2002.

Disponible en:

<http://www.unirioja.es/dptos/dd/redur/numero0/vegas.pdf>

**Citado en: ¶ 70.**

Vélez Posada

VÉLEZ POSADA, Paulina. *La Responsabilidad Civil Contractual y Extracontractual: El Seguro como Criterio de Imputación.*

Disponible en:

[http://eprints.ucm.es/15867/1/TFM-Paulina\\_Velez.pdf](http://eprints.ucm.es/15867/1/TFM-Paulina_Velez.pdf)

**Citado en: ¶ 155.**

Villalobos/París

VILLALOBOS, Adelina; PARÍS, Mauricio. *La Cláusula Arbitral a Partes No Signatarias.*

Disponible en:

<http://revistas.ucr.ac.cr/index.php/juridicas/article/view/1250>

5

**Citado en: ¶ 4.**

*Vincze*

VINCZE, Andrea. Arbitration clause- is it transferred to the assignee.

Disponible en: [http://www.njcl.fi/1\\_2003/article4.pdf](http://www.njcl.fi/1_2003/article4.pdf)

**Citado en: ¶ 22.**

## ÍNDICE DE CASOS

- A.P. Barcelona de 13 de febrero 2013* Sentencia Tribunal Primera Instancia en lo Civil de Barcelona, No. 92/2013.  
Disponible en: <http://portaljuridico.lexnova.es/jurisprudencia/JURIDICO/202802/sentencia-ap-barcelona-92-2013-de-13-de-febrero-usura-clausula-de-prestamo-que-fija-un-interes>  
**Citado en: ¶ 94.**
- Aita v. Ojeh* G. Aita v. A. Ojeh, Corte de Apelaciones de París, Francia, 18 de febrero de 1986.  
**Citado en: ¶ 78.**
- Ali Shipping Corp. v. Shipyard* Ali Shipping Corp. v. Shipyard Trogir. Corte de Apelaciones inglesa, 1998.  
**Citado en: ¶ 78.**
- Applied Energetics v. New Oak Capital Markets* Applied Energetics, Inc. v. NewOak Capital Markets, LLC, Second Circuit Court of Appeals, 2011.  
Disponible en [http://www.entwistle-law.com/news/publications/000055/res/id=sa\\_File1/A%20Entwistle%20-%20Recent%20Case%20Law%20Updates%2011-11.pdf](http://www.entwistle-law.com/news/publications/000055/res/id=sa_File1/A%20Entwistle%20-%20Recent%20Case%20Law%20Updates%2011-11.pdf)  
**Citado en: ¶ 50.**

*AT&T v. Communications*

AT & T Technologies Inc. v.  
Communications Workers of America et al.  
United States Supreme Court , 475 U.S. 643  
(1986)

**Citado en: ¶ 3.**

*Bank of America v. Rice UBS*

Bank of America, N.A, v. Christopher  
Harvey Rice, David Halvorsen, Haley Beck  
Hill, Jennifer Burkhardt–Blevins, Mark  
Grow, and UBS Financial Services, Inc.  
Court of Appeals of North Carolina, 19 de  
Noviembre de 2013.

**Citado en: ¶ 37**

*Banque Arabe*

Laudo del 17 de noviembre de 1994, 21  
Y.B. Com. Arb. 13 (1996).

**Citado en: ¶ 4.**

*Bleustein y otros v. True North y FCB  
International*

Bleustein y  
otros v. Société True North y Société  
FCB International, Tribunal de Comercio  
de París, 22 de febrero de 1999.

**Citado en: ¶ 79.**

*Bridas*

Bridas S.A.P.I.C. et al v. Government of  
Turkmenistan et United States Court of  
Appeals for the Fifth Circuit, 345 F.3d

**Citado en: ¶ 3.**

*BULBANK V. AIT*

Bulgarian Foreign Trade Bank Ltd Vs. A.I. Trade Finance Inc., Stockholm City Court, September 1 998.

**Citado en: ¶ 79, 85, 86.**

*Burkinabé v. Société Abidjan*

S.A. Burkinabé des Ciments et Matériaux (CIMAT) v. Société des Ciments et Abidjan. Cour d'Appel de Paris, 25 de noviembre 1999.

Disponible en: *Revue de l'arbitrage, 2001, p. 163.*

**Citado en: ¶ 37.**

*Camuzzi Argentina SA v. Sodigas Sur SA*

Camuzzi Argentina SA v. Sodigas Sur SA. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial. Argentina, 1999.

**Citado en: ¶ 27.**

*Caso CCI N° 10623*

Caso CCI N° 10623 del 7 de Diciembre del 2001, S. v. State X, ASA Bulletin N°21

**Citado en: ¶ 135**

*Caso de la Suprema Corte Egipcia del 21 de mayo de 1990*

Caso N° 815/52, Tribunal Supremo, Egipto, de 21 de mayo de 1990.

**Citado en: ¶ 139.**

*Caso Dow Chemical*

Dow Chemical France et al. v. Isocer Saint Gobain. Caso No. 4131 de 1982 de ICC 9 YBCA 131.

Disponible en: <http://www.translex.org/204131>

**Citado en: ¶ 4, 15, 16.**

*Clearstar v. Centrala*

Clearstar v. Centrala, Tribunal Federal Suizo, 1991.

**Citado en: ¶ 22.**

*Corp. Cementera v. Motores Deutz*

Corporación Cementera Argentina SA v. Cía Argentina de Motores Deutz Otto Legítimo SA. Cámara de Apelaciones en lo Comercial de la Capital Federal Argentina, 1948.

**Citado en: ¶ 27.**

*Cour d'Appel de Paris de 15 de marzo 1966*

Cour d'Appel de Paris, de 15 de marzo 1966. Publicado en: *Revue de l'arbitrage*, 1966, p.100

**Citado en: ¶ 37.**

*Dasher v. RBC Bank*

Dasher v. RBC Bank, Eleventh Circuit Court of Appeals, 10 de febrero de 2014.

Disponible en <https://www.sirote.com/blog/appellate-law/arbitration-agreement-superseded-by-subsequent-contract-court-can-consider-new-legal-arguments-in-post-judgment-hearing/>

**Citado en: ¶ 50.**

*Dolling-Baker v. Merrett*

Dolling-Baker v. Merrett, Corte de Apelaciones Inglesa, 1990.

**Citado en: ¶ 78.**

*Filmkunst v. Societé E.D.I.F.*

C.C.C Filmkunst vs. Societé E.D.I.F. Cour d'Appel de Paris, de 28 de enero 1988.

Disponible en: Revue de l'arbitrage, 1988, num. 3, pp565 y ss.

**Citado en: ¶ 37.**

*Fleetwood v. Gaskamp*

Fleetwood Enterprises v. Gaskamp. United States Court of Appeals for the Fifth Circuit GasKamp 280 F.3d 1069 (2002).

**Citado en: ¶ 3.**

*Gosset v. Carapelli*

Gosset v. Carapelli. Courdecassation, Sala Civil 1, Francia, 1963.

**Citado en: ¶ 27.**

*Harbour Assurance v. Kansa General*

Harbour Assurance Co. (UK) Ltd. v. Kansa General International Insurance Co., Ltd., Corte de Apelación, División Civil, Reino Unido, 1993.

**Citado en: ¶ 44.**

*Hassneh v. Mew*

Hassneh Insurance Co. of Isreal v. Stuart J. Mew, Corte Comercial inglesa.

**Citado en: ¶ 78.**

*Heyman v. Darwins*

Heyman vs Darwins Ltd., Cámara de los Lores, 1942.

**Citado en: ¶ 44.**

*Hyundai v. Americas Bulk Transport*

Hyundai Merchant Marine Company Limited v. Americas Bulk Transport Ltd., Suprema Corte de Justicia de Inglaterra, enero 2013.

**Citado en: ¶ 44.**

*Iberia Credit v. Cingular Wireless*

Iberia Credit Bureau Inc, V. Cingular Wireless, 5th Cir. 2004.

**Citado en: ¶ 78.**

*Insurance Co. v. Lloyd's Syndicate*

Insurance Co. v. Lloyd's Syndicate, Alta Corte de Justicia de Inglaterra, 1995.

**Citado en: ¶ 78.**

*Laminoirs vs Southwire Co.*

Laminoirs-Tréfileries-Câbleries de Lens, S.A. v. Southwire Co. Tribunal de Distrito de Georgia, Estados Unidos, 1980.

**Citado en: ¶ 139.**

*Müller v. Bossard*

Müller v. Bossard, Tribunal Federal Suizo, 1977.

**Citado en: ¶ 22.**

*Oiaeti v. Sofidif*

Oiaeti v. Sofidif. Paris Cour d'Appel, 19 de diciembre de 1987.

**Citado en: ¶ 3.**

*Otto Franke v. Provincia de Buenos Aires*

Otto Franke v. Provincia de Buenos Aires. Corte Suprema de la Justicia de la Nación, 1918.

**Citado en: ¶ 27.**

*Oxford Shipping Co. v. Nippon Yusen Kaisha*

Oxford Shipping Co. v. Nippon Yusen Kaisha, Alta Corte de Justicia de Inglaterra, 1984.

**Citado en: ¶ 78.**

*Parsons & Whittemore v. Société Du Papier* Parsons & Whittemore Overseas Co., Societe Generale De L'industrie Du Papier, Tribunal De Apelaciones, Segundo Circuito De Estados Unidos, 23 De Diciembre De 1974.

**Citado en: ¶ 136.**

*Peugeot v. Omega Plus*

Automobiles Peugeot vs. Omega Plus. Tribunal Fédéral Suisse, Sala Civil, 16 de octubre de 2001. Publicado en: *Revue de l'arbitrage*, 2002, num. 3, pp 753 y ss.

**Citado en: ¶ 37.**

*Piainvestments v. Cassia*

Piainvestments Ltd. v. Cassia, Corte de Casación de París, 10 de julio de 1990

**Citado en: ¶ 44.**

*Pollux Marine v. Louis Dreyfus*

Pollux Marine Agencies v. Louis Dreyfus Corp., Corte de Apelaciones de Estados Unidos, Segundo Circuito, 18 de enero de 1979.

**Citado en: ¶ 44.**

*Proshred v. Conestoga*

Proshred Holdings v. Conestoga et al United States District Court for the Northern District of Illinois, Eastern Division, 2002 U.S. Dist. LEXIS 938

**Citado en: ¶ 3.**

*SAP de Valencia 15 de octubre de 2014*

Sentencia Audiencia Provincial de Valencia, España, número 591, de fecha 15 de octubre de 2014.

**Citado en: ¶ 163.**

*Sentencia de la Suprema Corte de Austria*

Sentencia N° 13 de la Oberster Gerichtshof (Suprema Corte), E4, Comprador (Austria) v. Vendedor (Serbia and Montenegro).

**Citado en: ¶ 139.**

*SJC de 18 de setiembre de 2013*

Sentencia Juzgado de Primera instancia de Castellón, España de fecha de 18 de setiembre de 2013.

**Citado en: ¶ 163.**

*Société CIC v. Ministre de la Défense*

Société CIC International Ltd. v. Ministre de la Défense de la République d'Allemagne, Corte de Apelación, París, 19 de enero de 1999.

**Citado en: ¶ 44.**

*Sphere Drake v. All American*

Sphere Drake Ins. Ltd. v. All American Ins. Co., Corte de Apelaciones de Estados Unidos, Disponible en: SCOTT, Alan, *Everything You Really Need to Know About "Separability" in Seventeen Simple Propositions*, American Review of International Arbitration, Volumen 14, Estados Unidos, 2003.

**Citado en: ¶ 44.**

*STS 1 de marzo de 2007*

Sentencia del Tribunal Supremo de España de fecha 1 de marzo de 2007.

**Citado en: ¶ 162.**

*STS 12 de abril de 1873*

Sentencia del Tribunal Supremo de España de 12 de abril de 1873.

Disponible en:  
<http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=6362367&links=REBUS%20SIC%20STANTIBUS&optimize=20120514&publicinterface=true>.

**Citado en: ¶ 156.**

*STS 15 de noviembre de 2000*

Sentencia del Tribunal Supremo de España de fecha 15 de noviembre de 2000.

**Citado en: ¶ 164.**

*STS 17 de diciembre de 2012*

Sentencia del Tribunal Supremo de España de fecha 17 de diciembre de 2012.

**Citado en: ¶ 164.**

*STS 17 de mayo de 1957*

Sentencia del Tribunal Supremo de España de fecha 17 de mayo de 1957.

**Citado en: ¶ 164.**

*STS 18 de enero de 2013*

Sentencia del Tribunal Supremo de España de 18 de enero de 2013.

**Citado en: ¶ 162.**

*STS 22 de abril de 2004*

Sentencia del Tribunal Supremo de España de fecha 22 de abril de 2004.

**Citado en: ¶ 164.**

*STS 27 de abril de 2012*

Sentencia del Tribunal Supremo de España de 27 de abril de 2012.

Disponible en:

[http://avalon.law.yale.edu/subject\\_menus/blackstone.asp](http://avalon.law.yale.edu/subject_menus/blackstone.asp)

**Citado en: ¶ 157.**

*STS 29 de mayo 1996*

Sentencia del Tribunal Supremo de España de 29 de mayo de 1996.

**Citado en: ¶ 164.**

*STS 30 de abril de 2014*

Sentencia del Tribunal Supremo de España de 30 de abril de 2014.

**Citado en: ¶ 162.**

*STS 30 de junio de 2014*

Sentencia del Tribunal Supremo de España de 30 de junio de 2014.

Disponible en:  
<http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=7128082&links=REBUS%20SIC%20STANTIBUS&optimize=20140718&publicinterface=true>

**Citado en: ¶ 92, 157.**

*STS 4 de julio de 1988*

Sentencia del Tribunal Supremo de España de 4 de julio de 1988.

Disponible en:  
<http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=1169142&links=cl%Elusula%20penal&optimize=20051011&publicinterface=true>

**Citado en: ¶ 155.**

*STS de 1 de febrero de 2002*

Sentencia Del Tribunal Supremo De España De 1 De Febrero De 2002.

**Citado en: ¶ 117.**

*STS de 1 de octubre de 1990*

Sentencia del Tribunal Supremo de España  
No. 10954/1990 de 1 de octubre de 1990.

Disponible en:

<http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=4366326&links=clausula%20penal&optimize=19960107&publicinterface=true>

**Citado en: ¶ 125.**

*STS de 10 de julio de 1986*

Sentencia del Tribunal Supremo de España  
No. 8016/1986 de 10 de julio de 1986.

**Citado en: ¶ 94.**

*STS de 10 de julio de 2013*

Sentencia Tribunal Supremo De España,  
No. 500/2013 De 10 De Julio De 2013.

Disponible En:

Portaljuridico.Lexnova.Es/Public/Contenidos/Gazetageneral/Gazeta\_500\_Correo.Htm

**Citado en: ¶ 94.**

*STS de 10 de marzo de 1995*

Sentencia del Tribunal Supremo de España  
No. 1424/1995 de 10 de marzo de 1995.

Disponible en:

<http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=3022020&links=clausula%20penal&optimize=20031106&publicinterface=true>

**Citado en: ¶ 129.**

*STS de 10 de mayo 2000*

Sentencia Del Tribunal Supremo De España de 10 Mayo de 2000.

**Citado en: ¶ 117.**

*STS de 11 de febrero del 2014*

Sentencia Tribunal Supremo De España, No. 33/2014 de 11 de febrero De 2014.

Disponible en [Http://Supremo.Vlex.Es/Vid/-496769326](http://Supremo.Vlex.Es/Vid/-496769326)

**Citado en: ¶ 94.**

*STS de 13 mayo de 1991*

Sentencia Del Tribunal Supremo De España de 13 mayo de 1991.

**Citado en: ¶ 117.**

*STS de 14 de abril de 1966*

Sentencia Del Tribunal Supremo De España de 14 de abril de 1966.

**Citado en: ¶ 121.**

*STS de 14 de julio de 2009*

Sentencia Del Tribunal Supremo De España NO. 539/2009 de 14 de julio de 2009.

**Citado en: ¶ 121.**

*STS de 15 de abril de 1981*

Sentencia Del Tribunal Supremo De España, De 15 De Abril De 1981. Citada Por: Díez-Picazo, Luis, *Fundamentos Del Derecho Civil Patrimonial. Las Relaciones Obligatorias*, Tomo Ii, Quinta Edicion, Ed. Civitas, Madrid, 1996

**Citado en: ¶ 85.**

*STS de 15 de enero de 1949*

Sentencia del Tribunal Supremo de España de 15 de enero de 1949. Citada por: JIMÉNEZ MUÑOZ, Francisco, La usura. Evolución histórica y patología de los intereses. Editorial Dykinson, Madrid, 2010.

**Citado en: ¶ 15, 111, 103.**

*STS de 15 de julio de 2008*

Sentencia del Tribunal Supremo de España N° 740/2008 de 15 de julio de 2008.

**Citado en: ¶ 15, 122.**

*STS de 15 de noviembre de 1955*

Sentencia del Tribunal Supremo de España. De 15 de noviembre de 1955. Citada Por: Jiménez Muñoz, Francisco, La Usura. Evolución Histórica y Patología de Los Intereses. Editorial Dykinson, Madrid, 2010.

**Citado en: ¶ 103.**

*STS de 17 de febrero de 1997*

Sentencia de Tribunal Supremo de España  
No.125 de 17 de febrero de 1997. No.  
1077/1997.

Disponible en:

*<http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=2339126&links=clausula%20penal&optimize=20040521&publicinterfac e=true>*

**Citado en: ¶ 130.**

*STS de 18 de diciembre de 1996*

Sentencia del Tribunal Supremo de España  
de 18 de diciembre de 1996. No. 7314/1996

Disponible

en: <http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=2338978&links=clausula%20penal&optimize=20040521&publicinterfac e=true>

**Citado en: ¶ 130.**

*STS de 18 de junio de 2012*

Sentencia De Tribunal Supremo De España  
No. 406/2012, del 18 de junio De 2012.

Disponible En:  
<http://www.poderjudicial.es/search/documento/ts/6508168/clausulas%20abusivas/20121003>  
[http://justiciayderecho.ausbanc.es/web/aplicacion\\_jurisprudencial\\_de\\_la\\_ley\\_deusura\\_201359174347.asp](http://justiciayderecho.ausbanc.es/web/aplicacion_jurisprudencial_de_la_ley_deusura_201359174347.asp)

**Citado en: ¶ 110.**

*STS de 18 de setiembre de 2012*

Sentencia del Tribunal Supremo de España  
No. 2421/2011 de 18 de setiembre de 2012.

**Citado en: ¶ 34.**

*STS de 2 de diciembre de 1998*

Sentencia del Tribunal Supremo de España  
No. 1111/1998 de 2 de diciembre de 1998.

Disponible en:  
<http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=2942639&links=1154&optimize=20031203&publicinterface=true>

**Citado en: ¶ 129.**

*STS de 2 de diciembre de 2014*

Sentencia del Tribunal Supremo de España  
No. 5771/2014, de 2 de diciembre de 2014.

Disponible en:  
<http://www.poderjudicial.es/search/documento/TS/7315303/Clausulas%20abusivas/20150306>.

**Citado en: ¶ 110.**

*STS de 2 de julio de 1966*

Sentencia del Tribunal Supremo de España  
de 2 de julio de 1986. Disponible en:  
<http://www.poderjudicial.es/search/documento?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=4396747&links=usura&optimize=19960111&publicinterface=true>

**Citado en: ¶ 106.**

*STS de 2 de octubre de 2001*

Sentencia del Tribunal Supremo de España  
Nº 1961 de 2 de octubre de 2001

**Citado en: ¶ 109.**

*STS de 20 de junio de 2001*

Sentencia del Tribunal Supremo de España  
de 20 de junio de 2001, disponible en:  
<http://www.unizar.es/derecho/nulidad/prestamo.pdf>

**Citado en: ¶ 121.**

*STS de 20 de noviembre de 2008*

Sentencia del Tribunal Supremo de España  
No. 1127/2008 De 20 de noviembre de  
2008.

**Citado en: ¶ 121.**

*STS de 21 de diciembre de 1985*

Sentencia del Tribunal Supremo de España  
No. 1632/1985 de 21 de diciembre de 1985.

**Citado en:** ¶ 35.

*STS de 22 de febrero de 2013*

Sentencia del Tribunal Supremo de España  
No. 867/2013, de 22 de febrero de 2013.

Disponible En:  
[Http://Www.Poderjudicial.Es/Search/Doaction?Action=Contentpdf&Databasematch=Ts&Reference=6657350&Links=Inter%25e9s%2520demora&Optimize=20130318&Publicinterface=True](http://www.poderjudicial.es/search/doaction?action=contentpdf&databasematch=Ts&reference=6657350&links=inter%25e9s%2520demora&optimize=20130318&publicinterface=true)

**Citado en:** ¶ 110

*STS de 22 de febrero de 2013*

Sentencia Del Tribunal Supremo De España  
Del 113/2013 Del 22 De Febrero De 2013

**Citado en:** ¶ 121, 117.

*STS de 26 de octubre de 2011*

Sentencia del Tribunal Supremo de España  
No. 1328 de 26 de Octubre de 2011,

Disponible en:  
[Http://Www.Poderjudicial.Es/Search/Doaction?Action=Contentpdf&Databasematch=Ts&Reference=4646731&Links=Usura&Optimize=20090709&Publicinterface=True](http://www.poderjudicial.es/search/doaction?action=contentpdf&databasematch=Ts&reference=4646731&links=usura&optimize=20090709&publicinterface=true)

**Citado en:** ¶ 109.

*STS de 29 septiembre de 1992*

Sentencia del Tribunal Supremo de España  
No. 7312, de 29 de septiembre Del 1992.

Disponible dn:  
[Http://Www.Poderjudicial.Es/Search/Doaction?Action=Contentpdf&Databasematch=Ts&Reference=1173225&Links=Usura&Optimize=20051011&Publicinterface=True](http://Www.Poderjudicial.Es/Search/Doaction?Action=Contentpdf&Databasematch=Ts&Reference=1173225&Links=Usura&Optimize=20051011&Publicinterface=True)

**Citado en: ¶ 117.**

*STS de 30 de diciembre de 1987*

Sentencia del Tribunal Supremo de España  
de 30 de diciembre De 1987

**Citado en: ¶ 121.**

*STS de 30 de junio 2014*

Sentencia Tribunal Supremo de España,  
No.250/2014 de 30 de junio de 2014.

Disponible en:  
[Http://Noticias.Juridicas.Com/Actualidad/Jurisprudencia/5376-El-Ts-Fija-Doctrina-Sobre-La-Characterizacion-Y-Regimen-Juridico-De-La-Clausula-Rebus-Sic-Stantibus/](http://Noticias.Juridicas.Com/Actualidad/Jurisprudencia/5376-El-Ts-Fija-Doctrina-Sobre-La-Characterizacion-Y-Regimen-Juridico-De-La-Clausula-Rebus-Sic-Stantibus/)

**Citado en: ¶ 157.**

*STS de 31 de enero de 2008*

Sentencia del Tribunal Supremo de España  
No. 65/ 2008 de 31 de enero De 2008.

**Citado en: ¶ 121.**

*STS de 31 marzo de 1997*

Sentencia del Tribunal Supremo de España  
No. 1243 De 31 de marzo del 1997.

Disponible En:  
[Http://Www.Poderjudicial.Es/Search/Doaction?Action=Contentpdf&Databasematch=Ts&Reference=2339125&Links=Usura&Optimize=20040521&Publicinterface=True](http://Www.Poderjudicial.Es/Search/Doaction?Action=Contentpdf&Databasematch=Ts&Reference=2339125&Links=Usura&Optimize=20040521&Publicinterface=True)

**Citado en: ¶ 117.**

*STS de 4 de junio de 2009*

Sentencia del Tribunal Supremo de España  
No. 3875 de 4 de junio de 2009.

Disponible En:  
[Http://Www.Poderjudicial.Es/Search/Doaction?Action=Contentpdf&Databasematch=Ts&Reference=4646731&Links=Usura&Optimize=20090709&Publicinterface=True](http://Www.Poderjudicial.Es/Search/Doaction?Action=Contentpdf&Databasematch=Ts&Reference=4646731&Links=Usura&Optimize=20090709&Publicinterface=True)

**Citado en: ¶ 109.**

*STS de 5 de julio de 1982*

Sentencia Del Tribunal Supremo de España  
de 5 de julio 1982 , Rj 1982, 4215.

**Citado en: ¶ 121.**

*STS de 5 de noviembre de 1956*

Sentencia del Tribunal Supremo de España de 5 de noviembre de 1956.

Disponible en:

[http://www.boe.es/publicaciones/anuarios\\_derecho/abrir\\_pdf.php?id=ANU-C-2009-40157901686](http://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-C-2009-40157901686) ANUARIO DE DERECHO CIVIL La pena convencional y su modificación judicial. En especial, la clausula penal moratoria.

**Citado en: ¶ 129**

*STS de 6 de abril de 1963*

Sentencia del Tribunal Supremo de España de 6 de abril De 1963.

**Citado en: ¶ 121.**

*STS de 7 de marzo de 1986*

Sentencia del Tribunal Supremo de España No. 1121 de 7 de marzo de 1986.

Disponible en:

<http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=4396747&links=usura&optimize=19960111&publicinterface=true>

**Citado en: ¶ 106.**

*STS de 7 de mayo de 2002*

Sentencia del Tribunal Supremo de España  
No. 3708, de 7 de mayo del 2002.

Disponible En:  
[Http://Www.Poderjudicial.Es/Search/Doaction?Action=Contentpdf&Databasematch=Ts&Reference=2945928&Links=Usura&Optimize=20031203&Publicinterface=True](http://Www.Poderjudicial.Es/Search/Doaction?Action=Contentpdf&Databasematch=Ts&Reference=2945928&Links=Usura&Optimize=20031203&Publicinterface=True)

**Citado en: ¶ 117.**

*STS de 9 de enero de 1933*

Sentencia del Tribunal Supremo de España  
De 9 de enero De 1933.

**Citado en: ¶ 121.**

*STS de 9 de febrero de 1906*

Sentencia del Tribunal Supremo de España  
de 9 de febrero de 1906.

Disponible en:  
[http://www.boe.es/publicaciones/anuarios\\_derecho/abrir\\_pdf.php?id=ANU-C-2009-40157901686](http://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-C-2009-40157901686) ANUARIO DE DERECHO CIVIL La pena convencional y su modificación judicial. En especial, la clausula penal moratoria.

**Citado en: ¶ 129.**

*STS de 9 enero de 1990*

Sentencia del Tribunal Supremo de España  
de 9 enero De 1990.

**Citado en: ¶ 117.**

*STTCMC de diciembre de 2005*

Sentencia de Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil de Primer Turno de diciembre de 2005.

**Citado en: ¶ 51.**

*Sumito v. Antig Invs.*

Sumito V. Antig Invs. Pte Ltd., Singapore Ct. App, 2009.

**Citado en: ¶ 78.**

*Telesat v. Boeing*

Telesat V. Boeing, Ontario Superior Court Of Justice, Canada. March 16, 2010.

**Citado en: ¶ 78, 79.**

*TFS de 16 de octubre de 2010*

Sentencia del Tribunal Federal Suizo, Sala Civil 1ª de fecha 16 de octubre de 2010.

**Citado en: ¶ 28.**

*Transkei V. Berger*

Transkei V. Berger, Tribunal Federal Suizo, 1992.

**Citado en: ¶ 22.**

*United Steelworkers Of Am. V. Warrior*

United Steelworkers Of Am. V. Warrior & Gulf Navigation Co. Suprema Corte Eeuu, 1960.

**Citado en: ¶ 3.**

*Welbers*

Welbers. Camara Nacional de Apelaciones en lo comercial Argentina, 1988

**Citado en: ¶ 27.**

*World Duty Free Vs Kenya*

World Duty Free Company Limited Vs The Republic Of Kenya, Caso ICSID N° Arb/00/7 del 4 de octubre Del 2006

**Citado en: ¶ 138.**

*X Holding V. Y Investments*

X Holding Ag And Ors V. Y Investments Nv, Suprema Corte De Justicia De Suiza, 25 De Octubre De 2010

**Citado en: ¶ 62.**

*Young Achievers V. Ims Learning Resources*

Young Achievers V. Ims Learning Resources Private Limited, Supreme Court of India, 22 de agosto de 2013.

Disponible En [Http://Pradhumankheechi.Blogspot.Com/2013/09/Novation-Of-Contracts-And-Arbitration.Html](http://Pradhumankheechi.Blogspot.Com/2013/09/Novation-Of-Contracts-And-Arbitration.Html)

**Citado en: ¶ 50.**

## HECHOS

En el año 2006 el gobierno de Marmitania realizó un llamado a licitación pública internacional, por el que CADES obtuvo la concesión de las tierras fiscales aledañas a las del Sr. Abel Prósperi, accionista de la mencionada sociedad [**Caso, ¶ 2.1.4 y 2.1.5**].

El 23 de octubre de 2009 el Sr. Prósperi firmó, conjuntamente con CADES, un Primer Contrato con la Consultora PROMESA con el objeto principal de determinar la cantidad y calidad de las reservas minerales existentes en las tierras y diseñar un plan de minado para su ulterior explotación [**Caso, ¶ 2.2.2**]. Habiendo resultado negativo el estudio de pre-factibilidad [**Caso, ¶ 2.3.1**], Abel Prósperi cumplió parcialmente con el pago [**Caso, ¶ 2.3.2**].

En setiembre de 2011, al poco tiempo del fallecimiento del Sr. Prósperi, el paquete accionario de CADES fue enajenado a otro grupo económico [**Caso, ¶ 2.4.1**].

En 2012 la creciente demanda internacional de marmolita [**Caso, ¶ 2.4.3**] justificaba una nueva contratación de servicios de consultoría [**Caso, ¶ 2.4.5**]. Se refinanció una suma mediante un nuevo contrato firmado por los hermanos Prósperi y PROMESA [**Caso, ¶ 2.4.8**]. En dicho contrato, se establecía el pago de una suma total de U\$S 1.000.000 y de una multa, y se incluyó una cláusula de jurisdicción a favor de los tribunales judiciales (Cortes de Costa Dorada) [**Aclaraciones ¶ 6.3**]. Luego se realizó un pago de U\$S50.000 [**Caso, ¶ 2.4.6**].

En 2013, el partido opositor asumió el gobierno y declaró la caducidad de la concesión de las tierras fiscales a CADES [**Caso, ¶ 2.5.2**]. Ello derivó en la insolvencia de CADES, quedando impagas las cuotas [**Caso, ¶ 2.5.4**].

Luego se inició un intercambio epistolar entre PROMESA y los hermanos Prósperi, en el que PROMESA advirtió la iniciación de un arbitraje con base en la cláusula contenida en el Primer Contrato [**Caso, ¶ 2.6.1**], haciendo caso omiso a la cláusula de jurisdicción de tribunales judiciales establecida en el Segundo Contrato.

A pesar de que los comparecientes manifestaron la inoponibilidad de tal cláusula arbitral, PROMESA no sólo dio inicio al presente proceso arbitral el 2 de Octubre de 2014 [**Caso, ¶ 2.7.1**] sino que dio noticia pública de ello mediante declaraciones a la prensa [**Caso, ¶ 2.7.3**].

## ARGUMENTOS

Dado que los hermanos Prósperi nunca consintieron expresamente la cláusula arbitral [1.1], y la cláusula arbitral contenida en el Primer Contrato no cumple con los requisitos para extenderles sus efectos [1.2], el Tribunal Arbitral no tiene jurisdicción. Además no procede aplicar el principio de autonomía de la cláusula arbitral, dado que nada se cuestiona respecto a su validez o la existencia del contrato en que se contiene [1.3].

El Primer Contrato quedó extinguido por novación, y con él la cláusula arbitral [2.1]. Ello quedó reafirmado con la inclusión de la cláusula de jurisdicción judicial en el Segundo Contrato [2.2]. Tal inclusión implica que, adoleciendo la cláusula arbitral de una patología, las disputas que surgen de ambos contratos deben resolverse, por razón de eficiencia, ante los tribunales de Costa Dorada [2.3].

El convenio arbitral, y no el Primer Contrato que lo contenía, ha sido declarado resuelto por la Demandada en virtud del incumplimiento grave del deber de confidencialidad, el cual, voluntaria y conscientemente, fue elevado al rango de obligación esencial [3.1]. Aun si se entendiera que el convenio arbitral no se hubiera extinguido, el incumplimiento grave habilita su resolución [3.2].

En lo relativo al pacto de la multa, la autonomía de la voluntad de las partes se encuentra limitada por la legislación en materia de usura [4.1]. La multa pactada en el Convenio de Refinanciación debe someterse a los límites de la usura previstos por la Ley Azcárate [4.3], por cuanto dicha multa es una cláusula de carácter moratorio [4.2].

Considerando además que la multa supera los toques que la jurisprudencia ha establecido para la usura [4.4], debemos concluir que el Convenio de Refinanciación se encuentra total o parcialmente viciado de nulidad [4.5], por lo que, por consideraciones de equidad y en protección de la ejecutabilidad del laudo [4.7] se deberá abatir la multa [4.6].

Aun si se entendiera que la multa es válida, no puede exigirse a los Prósperi su pago, dado que el incumplimiento se origina en razones de fuerza mayor [5.1], que alteraron el equilibrio del convenio, dando argumentos suficientes para que, aun en caso de imputarse responsabilidad, sea de aplicación el principio *rebus sic stantibus*, permitiendo la revisión del contrato y la eliminación o reducción de la deuda [5.2].

## RESUMEN DE LA DEMANDA

La Demandante alega que existe un acuerdo arbitral válido, consignado en el Primer Contrato, de cumplimiento obligatorio para las partes, basado en el Art. 7 de LACIF [**Memoria de la Demandante pp. 15-16**].

Según la Demandante este acuerdo es transferido a los hermanos Prósperi por aceptar la herencia [**Memoria de la Demandante p. 17**] y ellos no pueden desconocer la jurisdicción arbitral, dado que se encuentran obligados por la teoría de los actos propios [**Memoria de la Demandante p. 18**]. La voluntad de las partes fue clara en querer acudir a arbitraje para resolver cualquier controversia surgida, por lo que, por los principios *pacta sunt servanda*, *lex inter partes* y *res inter alios acta*, el acuerdo arbitral sigue en pie [**Memoria de la Demandante pp. 18-19**]. A su vez, el acuerdo arbitral es extensible a terceros no signatarios al sugerir la Demandante que aplica la doctrina de grupo de compañías [**Memoria de la Demandante pp. 19-20**]. La cláusula arbitral es válida, tanto formal como materialmente, y subsiste debido al principio de separabilidad [**Memoria de la Demandante p. 22 y ss.**].

Con respecto al contrato, este se resuelve por incumplimiento de las prestaciones esenciales [**Memoria de la Demandante pp. 29-30**].

La confidencialidad no configura una prestación esencial del Primer Contrato [**Memoria de la Demandante pp. 29-30**].

La cláusula penal asumida por las partes es legítima en virtud del principio *pacta sunt servanda* y *lex inter partes* [**Memoria de la Demandante pp. 30-31**].

## PARTE PROCESAL

### 1. EL TRIBUNAL ARBITRAL NO TIENE JURISDICCION SOBRE LOS HERMANOS PRÓSPERI POR CUANTO LA CLÁUSULA ARBITRAL ESTABLECIDA EN EL PRIMER CONTRATO NO LES ES OPONIBLE

1. El Tribunal no tiene jurisdicción porque la cláusula arbitral invocada por PROMESA en su memoria de demanda [**Memoria de la Demandante, p. 15**] no le es oponible a los hermanos Prósperi. Esto porque nunca la consintieron expresamente [**1.1**]; no se verifican los requisitos para extenderles los efectos de la misma [**1.2**]; y la cláusula Vigésimo Primera del Contrato [**Contrato, Cláusula 20**] impide la transferencia de la obligación de arbitrar [**1.3**].

#### **1.1 Los hermanos Prósperi nunca consintieron expresamente la Cláusula Arbitral**

2. La Demandante sostiene que el requisito de consentimiento se ha configurado para sostener la validez de la cláusula arbitral [**Memoria de la Demandante, p. 25**]. Sin embargo, esto no es ajustado a derecho por cuanto Ernesto y María Raquel Prósperi jamás manifestaron expresa y válidamente su voluntad de arbitrar.

3. La naturaleza del arbitraje es estrictamente consensual, se requiere la voluntad de ambas partes para su perfeccionamiento. [**Redfern/Hunter/Blackaby/Partasides, pp. 148-51; Lew/Mistelis/Kröll, p. 99; AT & T v. Communications; Proshred v. Conestoga, p. 7- 8; Bidas, p. 353; Graham, p. 383**]. Se aplica directamente la doctrina de la relación contractual, beneficiando y obligando solamente a las partes intervinientes [**Born 1, p. 1404; United Steelworkers of Am. v. Warrior; OIAETI v. SOFIDIF**]. El arbitraje como proceso para la resolución de eventuales conflictos rige únicamente entre las partes signatarias de la cláusula arbitral [**Born 1, p. 1406; Fleetwood v. Gaskamp, pp. 1075-1076; Lew/Mistelis/Kroll, p. 129**]. En función de tal calidad de signatarios es que se mide su manifestación expresa de voluntad [**Bidas, p. 353, Lew/Mistelis/Kröll, p. 99**]. Dicha manifestación tiene carácter personal, extendiéndose solamente para los signatarios formales [**Born 1, p. 1404**].

4. Son requisitos de validez imprescindibles para participar en el proceso el consentimiento escrito con la firma impregnada [CNY, Art. 2; Banque Arabe, p. 20; Villalobos/París, p. 20; Marguerat, p. 100; Craig/Park/Paulsson, p. 158; Lew/Mistelis/Kröll, p. 275; Born 1, p. 1406]. Esto se vincula directamente con la Teoría de “*Privity of Contract*”, por la que solo son capaces de derechos y obligaciones provenientes de un contrato los contratantes directos [Hanefeld/Trittmann, p. 90; Jagusch/Sinclair, p. 304].

5. Ahora bien, los hermanos Prósperi no consintieron el arbitraje en forma expresa [Caso, ¶ 2.2.2], razón por la cual no corresponde oponerles la cláusula arbitral. En este sentido, el Primer Contrato que contenía dicha cláusula fue celebrado únicamente entre PROMESA, CADES y Abel Prósperi [Aclaraciones, ¶ 5.1]. Dado que Raquel y Ernesto Prósperi no fueron signatarios del mismo resulta ahora improcedente invocar respecto a estos sujetos el principio *pacta sunt servanda*, así, como el de autonomía de la voluntad de las partes, como pretende la Demandante [Memoria de la Demandante, pp. 22-25].

6. Son equívocas pues, las alegaciones de la demandante indicando que “*el consentimiento de las partes se encuentra probado*” [Memoria de la Demandante, p. 25]. La existencia de una cláusula arbitral entre los hermanos Prósperi y PROMESA, se debería fundar en el perfeccionamiento de la cláusula a través de la manifestación de voluntad expresa, directa, escrita y, fundamentalmente, firmada de las partes de participar en un futuro arbitraje. No existe dicha expresión de voluntad por parte de los hermanos Prósperi.

## **1.2 No se verifican los requisitos para extender los efectos de la cláusula arbitral a los hermanos Prósperi**

7. Contrariamente a lo que alega la demandante [Memoria de la Demandante, p. 20], no se verifican los requisitos para extender los efectos de la cláusula arbitral a los hermanos Prósperi.

8. Existen diversas teorías legales que permiten extender la cláusula arbitral a terceros no signatarios [Born 1, pp. 1410-1412]. Al configurar una excepción al principio consensual que rige la materia arbitral [Born 1, p. 1415], esta extensión no puede hacerse de manera automática [Caivano 1, p. 124], sino que debe analizarse el caso concreto [Born 1, p. 1413]. Lo que suele definir la aplicación de estas teorías es la

participación activa, efectiva o implícita del tercero que se pretende incluir [**Caivano 1, p. 124**].

9. Sin perjuicio de ello, ninguno de los argumentos esgrimidos [**Memoria de la Demandante, p. 19**] para extender los efectos de la cláusula a los hermanos Prósperi es de recibo, ya que no es posible extender dichos efectos ni por sucesión legal [**1.2.1**], ni por la doctrina de grupo de compañías [**1.2.2**].

#### **1.2.1. La Cláusula Arbitral no es heredable mediante sucesión legal dada la estipulación contractual en contrario**

10. Como se verá [**1.3**], la cláusula arbitral no es oponible a los herederos Prósperi, debido a que el presente caso de sucesión universal no se trata de un fenómeno de extensión de la cláusula a partes no signatarias, sino de transmisibilidad de la obligación arbitral, la cual no opera al existir pacto en contrario.

#### **1.2.2. La doctrina de grupo de compañías no es aplicable en este caso**

11. Pese a lo que sugiere la Demandante [**Memoria de la Demandante, p. 20**], no es procedente invocar la doctrina de grupo de compañías para extender los efectos de la cláusula arbitral a los hermanos Prósperi, ya que no se dan los requisitos necesarios.

12. Sin perjuicio de que la Demandante no ha mencionado en forma expresa a la doctrina en cuestión, ha basado su argumentación relativa a la extensión de la cláusula arbitral respecto a los hermanos Prósperi en el caso Dow Chemical [**Memoria de la Demandante, p. 20**], el cual alude a dicha doctrina.

13. No obstante, el presente caso se encuentra en las antípodas del caso Dow Chemical.

14. En primer lugar, en el caso Dow Chemical, la empresa a la cual se pretendía extender la cláusula arbitral era la casa matriz de la actora [**Caso Dow Chemical**]. En cambio en este caso se trata de accionistas minoritarios [**Caso, ¶ 2.15**] que al momento de celebrarse el Segundo Contrato habían vendido su participación en CADES [**Caso, ¶ 2.4.1**] y por lo tanto no tenían ningún vínculo con ella.

15. Por otra parte, en el caso Dow Chemical es la casa matriz la que solicita que se le extiendan los efectos de la cláusula arbitral [**Caso Dow Chemical**]. Pero los hermanos Prósperi han dejado claro que nunca consintieron la cláusula arbitral [**Caso, ¶**

**2.6.2; Caso, ¶ 2.7.4]**, y celebraron un Segundo Contrato con PROMESA en el cual se pactó la jurisdicción de los tribunales judiciales de Costa Dorada [**Aclaraciones, ¶ 6.3**].

16. Por último, la dependencia económica que vivía Dow Chemical con su matriz fue determinante para entender que debía extenderse la cláusula arbitral [**Caso Dow Chemical**]. Esto no sucede en este caso. La contraparte ha alegado que existe dependencia económica de CADES con los hermanos Prósperi [**Memoria de la Demandante, p. 20**], producto de que fueron los hermanos Prósperi quienes ejecutaron el pago de U\$S 50.000 [**Caso, ¶ 2.4.6**]. La contraparte parece olvidar que cuatro días después, PROMESA, CADES y los hermanos Prósperi acordaron un nuevo contrato de consultoría [**Caso, ¶ 2.4.8**]. Por lo tanto, es razonable asumir que el interés de los hermanos Prósperi al momento de hacer el pago era firmar el Segundo Contrato -en el cual, volvemos a destacar, las partes pactaron la jurisdicción de tribunales judiciales [**Aclaraciones, ¶ 6.3**]. Por ello, es imposible asumir que a raíz de un solo pago existía una dependencia económica de PROMESA con los hermanos Prósperi.

17. En conclusión, resulta claro que no hay un grupo de compañías entre los hermanos Prósperi y CADES. El caso con el cual la demandante argumenta la extensión de la cláusula arbitral no tiene relación con el presente caso. Los hermanos Prósperi dejaron clara en todo momento su ajenidad al proceso arbitral, y por tanto no se les debe extender los efectos de la cláusula arbitral.

### **1.3. La Cláusula Vigésimo Primera del Primer Contrato impide la transferencia de la obligación de arbitrar**

18. Como se adelantó, [**1.2.1**], aun en el caso de que hubiera operado una transferencia a título *mortis causa* del Primer Contrato a los hermanos Prósperi, ésta es nula por ir en contra de lo dispuesto en la Cláusula Vigésimo Primera del mismo [**1.3.1**]. Asimismo, no procede en este caso el principio de autonomía de la cláusula arbitral para evitar la aplicación de la cláusula Vigésimo Primera del Contrato [**1.3.2**].

#### **1.3.1. Aun en caso de que hubiera operado una transferencia a título *mortis causa* de la cláusula arbitral, esta es nula en virtud de la prohibición pactada en la Cláusula Vigésimo Primera del Primer Contrato**

19. La demandante afirma que “*por sucesión se trasladan los derechos y obligaciones del sucesor hacia los causantes*” [**Memoria de la Demandante, pp. 18-19**]. Como se adelantó [**1.2.1**], en el eventual caso de que hubiera operado una

transferencia *mortis causa* de la cláusula arbitral a los hermanos Prósperi, esta sería en violación de la Cláusula Vigésimo Primera.

20. Es heredero quien sucede a título universal por el hecho de la muerte del causante en todos sus derechos y obligaciones [CCE, Arts. 660 y 661]. Sin embargo, los contratos no producen su efecto ante los herederos de las partes cuando los derechos y las obligaciones no sean transmisibles por pacto [CCE, Art. 1257].

21. Sin embargo, en caso de cesión o transferencia del contrato la parte no signataria del mismo, únicamente estará vinculada al mismo en tanto no se contradigan los principios pactados en este [Born 1, p. 1410]. La ley puede prohibir la cesión de determinados contratos [Albaladejo 2, p. 491]. Una cesión que resultara contraria a la prohibición de cesión será ineficaz, cuando en el contrato se hubiere dispuesto una prohibición absoluta a la transmisión del mismo [Represa, p. 27].

22. El derecho de arbitrar es un accesorio al derecho contractual y por ende comparte su destino legal así como las normas que rigen su transferencia [Girsberger/Hausmaninger, ¶ II.b]. Por lo tanto, la cláusula arbitral se transfiere de forma automática junto con el resto del contrato [Girsberger/Hausmaninger, ¶ II.b; Vincze, p. 2, Llopis Llombart, p. 108]. No se considera obligado el cesionario por la cláusula arbitral en los casos en los que se pacte la no transferencia, ya sea legal o contractual del acuerdo [Girsberger/Hausmaninger, ¶ I.a.i]. No se considera transferida la cláusula arbitral en aquellos casos en los que exista prohibición expresa o implícita de las partes originales en el contrato principal respecto a la transferencia de la misma [Girsberger/Hausmaninger, ¶ I.d]. La jurisprudencia del Tribunal Federal Suizo en los casos “Müller v. Bossard”, “Clearstar v. Centrala”, y “Transkei v. Berger”, han sentado la regla de que la transferencia de la posición contractual implica la transmisión de la cláusula arbitral contenida en él, salvo que la transferencia estuviese prohibida por la ley, por una estipulación convencional o por la propia naturaleza del contrato [Scherer, p. 109].

23. Tras la muerte de Abel Prósperi [Caso ¶ 2.4.1] operó una transferencia *mortis causa* a título universal, adquiriendo los hermanos Prósperi, únicos herederos declarados [Aclaraciones, ¶ 4.2], derechos y obligaciones contenidos en el Primer Contrato. Esa transferencia se rige por el derecho civil de Marmitania al ser los hermanos Prósperi ciudadanos naturales de ese país [Caso, ¶ 1.2; Aclaraciones, ¶ 1.3].

24. La Cláusula Vigésimo Primera del contrato prohíbe de forma absoluta la cesión o transferencia del Primer Contrato por “ninguna causa ni razón” a menos que se obtenga el “consentimiento previo y escrito de todas las demás partes”. Así, el contrato pone una limitación a las transferencias, entre ellas, a la que es con causa de muerte, y la condiciona al consentimiento de las demás partes. Teniendo en cuenta que tal consentimiento no existió, se debe entender que se ha violado dicha cláusula y por ende la transferencia es nula.

25. En conclusión, si hubiera existido una transmisión *mortis causa* del Primer Contrato a los hermanos Prósperi, esta es nula y violatoria de la Cláusula Vigésimo Primera por no contar con el consentimiento previo y escrito de las demás partes contratantes. Por esto, no se transmiten a los hermanos Prósperi ninguna de las obligaciones contenidas en el Primer Contrato.

### **1.3.2. No procede la aplicación del principio de autonomía de la cláusula arbitral**

26. La Demandante señala que la cláusula arbitral es aplicable en virtud al principio de autonomía, y que de postularse defectos de validez que pudieran acarrear la nulidad del Primer Contrato, el Tribunal deberá declarar la subsistencia de la cláusula en virtud de dicho principio [**Memoria de la Demandante, p. 22**]. Sin embargo, no se dan los presupuestos para que sea procedente aplicar el principio de autonomía de la cláusula arbitral. Esta se justifica de ser cuestionada la validez o existencia del contrato que la contiene, aspecto que no está en discusión en el presente caso.

27. El tribunal arbitral estará facultado para decidir sobre las excepciones relativas a la existencia o a la validez del acuerdo de arbitraje; a ese efecto, una cláusula compromisoria que forme parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del contrato, pudiéndose abstraer de las vicisitudes que lo afecten [**LACIF, Art. 16 núm. 1; CIAC, Art. 18; Born 3, p. 190; Caivano 2, pp. 44-51; Pereira, p. 84; López, ¶ 1.2-1.3; Santos, pp. 118-122; Gosset v. Carapelli; Otto Franke v. Provincia de Buenos Aires; Corp. Cementera v. Motores Deutz; Welbers; Camuzzi Argentina SA v. Sodigas Sur SA; Carmona, pp. 118-122**].

28. Ahora bien, aun cuando la cláusula arbitral sea separable del contrato, ello no implica que sea necesariamente independiente y, en tanto cláusula accesoria de

naturaleza procesal, el acuerdo arbitral se transfiere al cesionario salvo pacto en contrario [TFS de 16 de octubre de 2010; Caivano 3, p. 46].

29. En conclusión, de haber operado una cesión del contrato, se incumple con la cláusula Vigésimo Primero del Contrato, por lo que no opera la cesión y en consecuencia tampoco se transmite la cláusula arbitral, ya que la misma no es autónoma y por lo tanto le es tan aplicable la cláusula de no cesión al contrato como a la cláusula arbitral.

### **CONCLUSIÓN I**

30. En conclusión, la cláusula arbitral no le es oponible a los hermanos Prósperi, debido a que no hubo una manifestación expresa y válida de la voluntad de arbitrar [1.1] y tampoco es posible extender los efectos de la cláusula arbitral a los hermanos Prósperi [1.2], ya sea por sucesión legal [1.2.1] o por la Doctrina del Grupo de Compañías [1.2.2]. Aún más, la cláusula vigésimo primera del contrato impide la oponibilidad de la cláusula arbitral a los hermanos Prósperi [1.3], incluso si admitiéramos la existencia de una transferencia a título *mortis causa* [1.3.1]. Por último, no es posible transferir la cláusula arbitral a los hermanos Prósperi ya que no procede en este caso el principio de autonomía de la cláusula arbitral [1.3.2].

## **2. LA CLÁUSULA ARBITRAL SE EXTINGUIÓ**

31. Aun si se entendiese que existe una obligación que se sucede a los hermanos Prósperi, contrariamente a lo que alega la Demandante [Memoria de la Demandante, p. 22], el Primer Contrato se extinguió por novación y con él la cláusula arbitral [2.1]. Incluso si se aceptara que el Primer Contrato no se hubiera novado, la cláusula arbitral se extinguió por novación como consecuencia de la inclusión de la cláusula de jurisdicción de tribunales judiciales en el Segundo Contrato [2.2]. Finalmente, en caso que el Tribunal entienda que la cláusula arbitral no se extinguió por el motivo señalado, las disputas que surgen de ambos contratos se deben resolver ante los tribunales de Costa Dorada, en virtud de adolecer la cláusula arbitral de una patología, y en función de criterios de justicia y eficiencia que derivan en la conveniencia de la existencia de un foro único de resolución de disputas [2.3].

## **2.1 Contrariamente a lo que alegan los demandantes, el Primer Contrato se extinguió por novación y con él la cláusula arbitral**

32. Operó una novación del Primer Contrato de Consultoría, el mismo se extinguió y con él la cláusula arbitral por ser una relación accesoria del mismo [2.1.1]. El principio de separabilidad no impide que la cláusula arbitral se extinga por la novación del contrato en la que ella se encuentra [2.1.2].

### **2.1.1 Operó una novación objetiva del Primer Contrato de Consultoría en virtud del segundo contrato**

33. Inversamente a lo que alegan las Demandantes [Memoria de la Demandante, p. 25] el Primer Contrato celebrado el día 23 de Octubre del 2009 se extinguió por novación, y consecuentemente, también la cláusula arbitral como accesoria del mismo.

34. El Derecho aplicable a la presente controversia regula la novación como una forma de extinción de las obligaciones [CCE, Art. 1156; CCE, Art. 1204]. La novación supone la extinción de una obligación mediante la creación de otra nueva destinada a reemplazarla [Díez-Picazo, p. 795; Castán Tobeñas, p. 483; González de Cossío, p. 2]. En principio se exige que la voluntad de novar sea expresa, pero a falta de *animus novandi* se admite la posibilidad de una novación tacita, cuando la obligación antigua y la nueva sean de todo punto incompatibles [CCE, Art. 1204; Díez-Picazo, p. 798]. Hay incompatibilidad cuando el acto novativo supone necesariamente una renovación del negocio que generó la obligación [Díez-Picazo, p. 799]. A su vez, se ha entendido que hay incompatibilidad cuando la nueva obligación priva de causa a la anterior, tomándola para sí, con lo cual el cumplimiento de la obligación anterior sería repetible conforme al Art. 1895 del CCE [Sancho Rebullida, p. 450]. De esta manera, se entiende por causa la prestación o promesa de una cosa o servicio, y en los contratos remuneratorios, el servicio o beneficio que se remunera [CCE, Art. 1274]. Por último, hay incompatibilidad cuando la vigencia de la segunda obligación, por su configuración y naturaleza, sin necesidad de que así lo expliciten las partes, provoque la extinción de la primera [STS de 18 de setiembre de 2012].

35. A su vez, junto con la exigencia del *animus novandi* o incompatibilidad, se habla, para apreciar la existencia de la novación, de la creación de un nuevo resultado por la alteración de los elementos estructurales de la obligación primitiva [Gete-

**Alonso/Calera, p. 308; STS de 21 de diciembre de 1985; STS de 10 de julio de 1986].**

36. Cuando la obligación principal se extinga por efecto de la novación, sólo podrán subsistir las obligaciones accesorias en cuanto aprovechen a terceros que no hubiesen prestado su consentimiento [CCE, Art. 1207], suponiendo el decaimiento de las relaciones accesorias del contrato original [Díez-Picazo, p. 801].

37. La cláusula arbitral es un pacto accesorio del contrato principal en que está inmerso [Cour d'Appel de Paris, 15 de marzo 1966; Girsberger/Hausmaninger; Gülerci]. Es indisociable de la economía del contrato [Filmkunst v. Societé E.D.I.F.; Burkinabé v. Societé Abidjan]. El hecho de que la cláusula arbitral pueda ser separable del contrato principal no significa que sea independiente, es una cláusula accesorio de naturaleza procesal [Peugeot v. Omega Plus]. Cuando un segundo contrato que viene a novar al primero que contiene una cláusula arbitral y las partes no vuelven a incluir dicho acuerdo, este no es aplicable [Bank of America v. Rice UBS]. Si las partes, viendo que su relación contractual contiene un acuerdo arbitral, la novan y, al crear una nueva relación, no reflejan *de novo* su voluntad de quedar vinculados al arbitraje, entonces ello es suficiente para dar la cláusula como extinguida [González de Cossío, pp. 12-13]. Si el régimen de la obligación fresca no contiene acuerdo arbitral, no existirá la obligación de arbitrar las disputas [González de Cossío, p. 14]. La relación nueva carecerá de cualquier pacto no expresamente estipulado, incluyendo el arbitral [González de Cossío, p. 18].

38. En el presente caso, el Segundo Contrato [Caso, ¶ 2.4.5] constituye una novación del vínculo obligacional del Primer Contrato, dado que se configuran los requisitos exigidos para la novación, provocando la extinción del mismo.

39. La cláusula arbitral es parte del Primer Contrato. Configurada la extinción del Primer Contrato por novación, dicha cláusula se extinguió. Incluso de entenderse que la cláusula arbitral es autónoma, si se hubiera querido que subsistiera debería haberse previsto expresamente. Más aún, no solo no se previó una cláusula arbitral, sino que las partes pactaron la jurisdicción de los tribunales judiciales de Costa Dorada [Aclaraciones, ¶ 6.3; 2.2]. Por ende, la cláusula arbitral accesorio del Primer Contrato se extinguió junto con él.

40. En conclusión, hubo novación propia del Primer Contrato, sea por la existencia de un *animus novandi* o por incompatibilidad entre ambas obligaciones. Como consecuencia de la extinción del contrato principal se da un decaimiento de las relaciones accesorias; siendo el acuerdo arbitral una de ellas, se extingue por no haberse vuelto a pactar en el Segundo Contrato.

### **2.1.2 El principio de separabilidad no impide la extinción de la cláusula arbitral por novación**

41. Contrariamente a lo que alega la Demandante [**Memoria de la Demandante, p. 22**], la extinción del Primer Contrato que contiene la cláusula arbitral conlleva la extinción de la cláusula. Ello en virtud de que el principio de separabilidad no es absoluto ni puede llevarse al extremo, y no impide que la cláusula arbitral se extinga por la novación del contrato en que se encuentra.

42. El principio de separabilidad es una ficción legal contraria a la lógica, que ha generado confusión e incertidumbre [**Reuben, p. 819 y ss.; Kenneth, p. 167 y ss.**]. El principio es una presunción, no auténticamente una regla vinculante. No es impuesto externamente a las partes, de hecho, las mismas pueden pactar expresamente la no aplicación de la separabilidad [**Berger, p. 121; Born 1, p. 352**].

43. La cláusula arbitral no es total ni necesariamente autónoma o independiente del contrato subyacente. En realidad, está estrechamente vinculada al contrato principal, cumpliendo una función de apoyo. El hecho de que la cláusula se separe de dicho contrato para distintos propósitos no significa que ella sea siempre y completamente autónoma o independiente [**Born 1, p. 352; Fouchard/Gaillard/Goldman/Savage, p. 209; Caivano 2, p. 10; Aguilar, pp. 225-226**]. La autonomía del acuerdo arbitral del contrato principal es un concepto jurídico, no una determinación fáctica [**Fouchard/Gaillard/Goldman/Savage, p. 209**]. El principio de la separabilidad no tiene un efecto absoluto sino relativo [**Caivano 2, p. 9**].

44. Si bien el principio de separabilidad implica que la cláusula arbitral no se vea afectada por la invalidez del contrato principal, no implica que no se vea afectada por la no existencia del contrato [**Harbour Assurance v. Kansa General**]. En virtud de la máxima: *ex nihilo nihil fit* (nada proviene de la nada), el principio de separabilidad encuentra limitación en su aplicación cuando la existencia misma del contrato principal es cuestionada [**Smit, p. 4**]. El principio de separabilidad exige la preexistencia de un

contrato base: algo sólo puede ser separado de otra cosa si esta última existe [**Pollux Marine v. Louis Dreyfus; Piainvestments Ltd. v. Cassia**]. La validez y vigencia de la cláusula arbitral está limitada por la existencia del contrato base. La cláusula arbitral no se ve afectada por las vicisitudes del contrato principal siempre y cuando se pruebe la auténtica existencia de este último [**Société CIC v. Ministre de la Défense; Sphere Drake Ins. Ltd. v. All American Ins. Co.**]. Más aún, el principio de separabilidad no es aplicable cuando la existencia del contrato principal es tan cuestionada que haya puesto en duda la existencia de la cláusula arbitral [**Smit, p. 18; Hyundai v. Americas Bulk Transport Ltd.; Berard, pp. 1-2; Hubicki; Heyman v. Darwins Ltd.**].

45. En el caso que nos ocupa, la extinción del Primer Contrato que contiene la cláusula arbitral [**Contrato, Cláusula 20**], acarrea necesariamente la extinción de la misma. Ello responde a la afirmación de que el principio de separabilidad no es ni absoluto, ni una regla vinculante impuesta necesariamente a las partes contratantes, sino susceptible de ser desaplicado en ciertas circunstancias. La novación del Primer Contrato [**2.1.1**] constituye una causa que pone en tela de juicio su existencia, y concomitantemente también lo hace respecto de la cláusula arbitral, de ahí que el principio de separabilidad no encuentre aplicación [**Caso, ¶ 2.7.5**]. E incluso si admitiéramos que la novación pone en duda la existencia del Primer Contrato donde se inserta la cláusula, mas no la de la cláusula, de todas maneras su existencia es cuestionada por la inclusión de la cláusula de jurisdicción de cortes en el Segundo Contrato [**Aclaraciones, ¶6.3; 2.2.1**].

46. En conclusión, el principio de separabilidad no es un principio de existencia necesaria y absoluta. Su alcance es limitado y admite excepciones a su aplicación. Un supuesto que revela la inaplicabilidad del principio es el que ocurre en el presente caso, donde la existencia del contrato principal, es decir del Primer Contrato, se ve cuestionada, y más aún cuando la propia existencia de la cláusula arbitral es controvertida.

**2.2. En subsidio, aun cuando se admitiera que el Primer Contrato no se ha novado, la cláusula arbitral se extinguió por novación como consecuencia de la inclusión de la cláusula de jurisdicción de cortes en el Segundo Contrato**

47. Aun admitiéndose que el Primer Contrato conserva su vigencia, la cláusula arbitral se extinguió por novación, en virtud de la cláusula de jurisdicción de tribunales judiciales incluida en el Segundo Contrato [**2.2.1**]. Esta última regula tanto las disputas

que surjan del Primer Contrato como del Segundo, dado que ambos integran una misma operación económica [2.2.2].

### **2.2.1 La cláusula arbitral se extinguió por novación, en virtud de la cláusula de jurisdicción de Cortes incluida en el Segundo Contrato**

48. Contrario a lo que alega la Demandante [**Memoria de la Demandante, p. 23**], aun cuando se entendiese que la novación del Contrato no afecta a la cláusula arbitral, las Partes actualizaron su voluntad en cuanto a la resolución de disputas. En este sentido, las Partes designaron expresamente el foro con jurisdicción para entender en sus controversias: los tribunales judiciales de Costa Dorada, operando una novación específica de la cláusula arbitral.

49. Cuando hay dos o más contratos con más de una cláusula de jurisdicción, se presume que las partes están de acuerdo en someter las controversias que surjan a un único foro de resolución de disputas. Cuando la voluntad de las partes sea clara en querer modificar el foro de resolución del primer contrato en un contrato posterior, se someterá todo al foro decidido con posterioridad [**Born 2, p. 91**].

50. Un contrato posterior que sustituye a uno anterior nova todo su contenido, aun si el primer contrato contenía una cláusula arbitral y el segundo no hizo mención a ella [**Dasher v. RBC Bank; Young Achievers v. IMS Learning Resources Private Limited**]. Dos contratos de una misma operación económica pueden tener cláusulas de jurisdicción diferentes. No obstante, la inclusión en el contrato posterior de una cláusula de jurisdicción nacional nova la cláusula arbitral del contrato anterior [**Applied Energetics, Inc. v. New Oak Capital Markets, LLC**].

51. Tampoco podrán surtirse los efectos del arbitraje si hay una novación de la cláusula arbitral, pues en tal caso se sustituirá el compromiso de someterse al arbitraje por el pacto de sujetarse a la jurisdicción estatal, es decir, una obligación primigenia por una posterior. [**STTCMC de diciembre de 2005**].

52. En el presente caso, el Primer Contrato firmado el 23 de octubre de 2009 por la Demandante, Prósperi y CADES, contenía una cláusula de jurisdicción arbitral para la resolución de cualquier disputa [**Contrato, Cláusula 20**]. No obstante, en diciembre de 2012, la Demandante, los hermanos Prósperi y CADES firmaron un Segundo Contrato que contenía una cláusula de jurisdicción de cortes [**Aclaraciones, ¶ 6.3**]. Contrario a lo que alega la Demandante [**Memoria de la Demandante, p. 23**], la

inclusión de esta cláusula es una actualización de la voluntad de las Partes que novó la cláusula arbitral del Primer Contrato. Por lo tanto, todas las disputas que surjan de esta única operación económica se resolverán por la cláusula de jurisdicción de cortes.

53. La cláusula arbitral se novó por una actualización de la voluntad de las Partes al incluir una cláusula de jurisdicción de cortes en el Segundo Contrato.

### **2.2.2 La cláusula de jurisdicción prevista en el Segundo Contrato regula las disputas que puedan surgir del Primer Contrato en virtud de formar ambos una misma operación económica**

54. Contrariamente a lo invocado por la Demandante [**Memoria de la Demandante, p. 18**], el Primer y Segundo Contrato presentan una vinculación ineludible y existen a la luz de una operación económica global, de ahí que la cláusula de jurisdicción de cortes contenida en el Segundo Contrato sea aplicable al Primero.

55. Las partes celebran dos o más contratos distintos que presentan una estrecha vinculación funcional entre sí por razón de su propia naturaleza o de la finalidad global que los motiva o informa. Existe vinculación contractual cuando, celebrados varios convenios, no pueden ser considerados desde el punto de vista jurídico como absolutamente independientes, porque su naturaleza o estructura así lo determina. [**Acedo, p. 14**]. Es conveniente denominar vinculación contractual al fenómeno por el cual varios contratos constituyen un todo unitario desde el punto de vista del negocio en su conjunto [**Gueiler/Alou, p. 125; Soro, p. 393; Ramírez, p. 274**]. Algunos contratos se encuentran entrelazados en un conjunto económico, alrededor de una misma prestación esencial [**Seguí, p. 4**]. En definitiva, son contratos que pueden considerarse como partes de una misma operación económica que les da unidad, y a pesar de ser negocios jurídicos distintos, no pueden ser considerados absolutamente independientes [**Martínez Rodríguez, p. 333**].

56. Ambos contratos forman parte de una misma realidad económica. Luego de las dificultades en el pago [**Caso, ¶ 2.4.2; Caso, ¶ 2.4.5**], el pacto de refinanciamiento contenido en el Segundo Contrato viene a fortalecer el objetivo económico a través de una estrategia que solucione la satisfacción de dicho adeudo [**Caso, ¶ 2.4.5; Caso, ¶ 2.6.1**]. Adicionalmente, este Segundo Contrato tuvo también por objeto la actualización del estudio de pre-factibilidad y su adecuación a la nueva realidad [**Caso, ¶ 2.4.8**]. La finalidad que los Contratos persiguen puede catalogarse como supracontractual,

comparten la vocación para crear y continuar un vínculo jurídico, determinando un todo unitario, una conexión económica objetiva. [Caso, ¶ 2.4.5].

57. En conclusión, ambos acuerdos presentan un enlace determinado por su comparecencia bajo una misma operación económica global, tal vínculo supone que la cláusula que otorga jurisdicción a los Tribunales Judiciales de Costa Dorada aplica no sólo a las disputas que surjan del Segundo Contrato, sino también del Primero.

**2.3 Aun cuando no se admitiera la novación específica de la cláusula arbitral a expensas de la cláusula de jurisdicción de cortes, las disputas se resuelven acorde a esta última: la cláusula arbitral es patológica; y se presenta necesaria y eficiente la existencia de un único foro de resolución de disputas**

58. Aun no admitiéndose la novación de la cláusula arbitral en virtud de la actualización de la voluntad de las partes, las disputas deben ser resueltas en la jurisdicción ordinaria. Ello por cuanto la cláusula arbitral deviene patológica dada la coexistencia de dos foros de resolución incompatibles [2.3.1]. Además, criterios de eficiencia militan a favor de la existencia de un foro único de disputas [2.3.2].

**2.3.1 La existencia de dos foros de resolución pactados por las partes implica la existencia de una cláusula patológica**

59. La coexistencia de la cláusula arbitral y de la cláusula de jurisdicción de cortes torna patológica a la primera, dado que no se revela con precisión la verdadera intención de las partes.

60. Una cláusula es llamada patológica cuando su efecto es generar una nueva disputa respecto a su interpretación, en lugar de proporcionar a las partes un mecanismo de resolución de conflictos [Morrissey/Graves, p. 400].

61. La existencia de una cláusula de jurisdicción arbitral en simultáneo a una de jurisdicción de tribunales judiciales, no implica que existe una preferencia de acudir a arbitraje por sobre la jurisdicción nacional [Brekoulakis, p. 355]. La cláusula patológica, cuando se ve afectada por ambigüedades y falta de precisión, deriva en su ineficacia y desaplicación [Delvolvé/Rouche/Pointon, p. 65].

62. No existe una intención clara y evidente de las partes de someter las disputas al Tribunal Arbitral. La cláusula arbitral carece de precisión para revelar la verdadera

intención de las partes, ello lleva a la presencia de una cláusula patológica incurable [**X Holding v. Y Investments; Delvolvé/Rouche/Pointon, p. 66; Ferrari/Kröll, p. 97**].

63. Si no es posible inferir una intención suficientemente coherente de las partes en cuanto a la jurisdicción competente, tal defecto impide acudir a arbitraje [**Fouchard/Gaillard/Goldman/Savage, p. 262; Morrissey/Graves, p. 400**]. La patología influye de manera favorable a los argumentos de la parte que rechaza el arbitraje [**Fouchard/Gaillard/Goldman/Savage, p. 262**].

64. Las cláusulas de jurisdicción de cortes no deben ser interpretadas restrictivamente; si la intención de las partes de someterse a la justicia ordinaria emerge claramente del texto de la cláusula ello es suficiente para otorgarle jurisdicción [**Amerasinghe, p. 104**]. El principio que sostiene que toda actuación o decisión debe ser utilizada para asegurar que los Tribunales Arbitrales conserven su propia jurisdicción, puede, muchas veces, llevar a soluciones arbitrarias [**Ferrari/Kröll, p. 99**]. El principio *favor arbitri* conduce a lograr la eficacia de la cláusula patológica sí y solo sí la intención de someterse al arbitraje es clara entre las partes [**Morrissey/Graves, p. 400; Petsche/Riegler, p. 31**].

65. En el presente caso, la existencia de una cláusula arbitral en el Primer Contrato [**Contrato, Cláusula 20**], y la inclusión de una cláusula de jurisdicción de cortes en el Segundo Contrato [**Aclaraciones, ¶ 6.3**] pone en duda la verdadera voluntad de las partes de someter las controversias a arbitraje. Dado este supuesto, la cláusula adolece de una patología que acarrea su ineficacia y, por ende, su inaplicación. Como consecuencia de lo anterior, el foro de resolución de disputas competente en este caso es la jurisdicción de las cortes judiciales de Costa Dorada. Adicionalmente, la incompatibilidad de ambas cláusulas, y por ende, la imposibilidad de su existencia simultánea, surge también como consecuencia de la estipulación del deber de confidencialidad respecto a la existencia misma del arbitraje [**Contrato, Cláusula 21**]. Tal deber de confidencialidad se ve afectado, y por ende, carente de sentido en función de la inclusión de la cláusula de jurisdicción de cortes, dado que, al ser las disputas dirimidas en la justicia ordinaria, es inevitable que se revelen elementos acerca de la existencia misma del arbitraje y de las actuaciones arbitrales.

66. Si bien es admisible que en ciertos casos la patología de la cláusula arbitral se salve recurriendo al principio *favor arbitri* e indagando en la intención de las partes de someterse a arbitraje, tal solución no encuentra aplicación en el presente caso dado

que la última manifestación de voluntad de las partes es precisamente someter las disputas a la jurisdicción de cortes [**Aclaraciones, ¶ 6.3**].

67. En conclusión, las disputas que surjan tanto del Primer Contrato como del Segundo Contrato, se dirimen en jurisdicción de cortes; ello se debe a la patología de la cláusula arbitral, que deriva en su ineficacia e inaplicación. Tal patología no es superable porque la voluntad declarada de las partes de someter sus disputas a la jurisdicción de cortes de Costa Dorada impide la aplicación del principio *favor arbitri* que en ciertas circunstancias ha admitido la aplicación de cláusulas con patologías.

### **2.3.2 Las disputas que emergen de ambos contratos deben ser resueltas en un único foro de resolución de conflictos en función de criterios de justicia y eficiencia**

68. No solo razones jurídicas militan para la resolución de todas las controversias que puedan surgir mediante las Cortes de Costa Dorada, también existen motivos de orden práctico. El razonamiento propuesto por esta parte otorga eficiencia a la resolución de disputas, garantiza la coherencia y evita el riesgo de decisiones contradictorias o inconsistentes.

69. El problema de los litigios multipartitos se centra en evitar la contradicción o inconciliabilidad de sentencias resultante de una pluralidad de instancias que tienen por objeto pretensiones con una conexión indiscutible [**Aguilar, pp. 57-58**]. Una posible solución consiste en consolidar los distintos litigios al proceso judicial [**Aguilar, p. 59; Hackman, p. 6**]. La consolidación es apropiada cuando existe un mismo contexto del cual emergen las disputas en cuestión [**Torres/Levison, p. 1**]. La consolidación sirve a la eficiencia de la justicia mediante la prevención de inconsistencias o sentencias incompatibles sobre el mismo conjunto de cuestiones [**González García, ¶ 1**]. Cuando varias partes están involucradas en una disputa lo deseado es que las cuestiones sean resueltas mediante el mismo proceso [**Redfern/Hunter/Blackaby/Partasides, p. 205; Poudret/Besson, p. 206; Born 2, p. 91**]. Más importante aún, elimina la posibilidad de decisiones contradictorias sobre las mismas cuestiones de hecho y de derecho [**Redfern/Hunter/Blackaby/Partasides, p. 205; Poudret/Besson, p. 206; Aguilar, p. 58**].

70. La pendencia simultánea de varios procesos con idéntico objeto es un fenómeno perteneciente a la patología jurídica y, por tanto, si no puede ser evitado, debe ser eliminado [Vegas, p. 169].

71. En el presente caso, dada la vinculación material que presentan ambos contratos, y su comparecencia bajo la misma operación económica [2.2.2], es de buena pragmática y lógica jurídica que sus disputas se diriman en un mismo foro de resolución [Aclaraciones, ¶ 6.3]. La existencia de un único mecanismo de resolución de controversias responde a criterios de eficiencia y persigue una intención loable: la buena y eficaz administración de la justicia y la evitación de sentencias inconsistentes o contradictorias. Se otorga así seguridad jurídica a los destinatarios de las decisiones.

72. En el escenario hipotético en que las dos cláusulas convivan y se planteen dos acciones concomitantes: una demanda arbitral conforme a la primera cláusula, y una acción ordinaria ante los Tribunales de Costa Dorada en virtud de la segunda cláusula, dada la estrecha relación entre ambos contratos existiría una real posibilidad de que ambos tribunales asumieran jurisdicción sobre un mismo tema, por ejemplo, sobre obligaciones de pago pendientes. Esto no solo conllevaría una innecesaria duplicación de procedimientos, sino un real y alto riesgo de decisiones inconsistentes.

73. En conclusión, es conveniente en términos de justicia, tiempo y eficiencia que las disputas que surjan en virtud de ambos contratos, enmarcados en una operación global con una misma función económica -en nuestro caso la prestación de servicios de consultoría-, sean resueltas a la luz de un mismo procedimiento y bajo un único centro de resolución de litigios: el procedimiento judicial ante los tribunales de Costa Dorada.

## CONCLUSIÓN II

74. En conclusión, existió una novación del Primer Contrato, provocando la extinción del mismo y concomitantemente la de la cláusula arbitral [2.1]. Ello debido a la accesoriad que presenta la cláusula respecto del Primer Contrato y al hecho de no haberse pactado nuevamente en el Segundo Contrato [2.1.1]. El principio de separabilidad no aplica en el presente caso, no es un principio de aplicación necesaria y absoluta, su alcance es limitado y admite excepciones a su aplicación [2.1.2]. Aun si se entendiera que no hubo novación del Primer Contrato, existió una novación específica de la cláusula arbitral al haberse incluido una cláusula de jurisdicción de cortes en el Segundo Contrato [2.2.1]. Esta última regula las disputas que puedan surgir tanto del

Segundo como del Primer Contrato en virtud de integrar ambos una misma operación económica [2.2.2]. Por último, y en subsidio, si no se admitiera la procedencia de la novación específica de la cláusula arbitral, y por ende, se diera la coexistencia de dos foros de resolución de disputas, uno en virtud de la cláusula arbitral y otro en virtud de la cláusula de jurisdicción de cortes, se estaría en presencia de una cláusula patológica [2.3.1]. Tal patología no es superable en el presente caso dado que la voluntad declarada de las partes de someter sus disputas a la jurisdicción de cortes de Costa Dorada impide la aplicación del principio *favor arbitri* [2.3.1]. Adicionalmente, es conveniente a la luz de criterios de eficiencia y buena administración de justicia, que todas las disputas, dada su ineludible vinculación, se resuelvan bajo un mismo y único centro de resolución de controversias, siendo éste la jurisdicción nacional de Costa Dorada [2.3.2].

### **3. EN SUBSIDIO DE LO ANTERIOR, LA CLÁUSULA ARBITRAL SE RESOLVIÓ EN RAZÓN DEL INCUMPLIMIENTO GRAVE Y ESENCIAL DE LA CONTRAPARTE DEL DEBER DE CONFIDENCIALIDAD**

75. Contrariamente a lo señalado por la Demandante [**Memoria de la Demandante, p. 30**], la declaración de resolución de la cláusula arbitral que hiciera esta parte [**Caso, ¶ 2.7.4**], es perfectamente válida y eficaz. Aun en el supuesto de que el convenio arbitral le fuera oponible a los hermanos Prósperi, y aun en el caso de que éste no se hubiera extinguido, éste se resolvió a raíz del incumplimiento de la contraparte de la obligación de confidencialidad, ya que las partes se obligaron expresamente a la confidencialidad de las actuaciones arbitrales [3.1] y la violación de la confidencialidad configura un incumplimiento grave y esencial que habilita la resolución del convenio arbitral [3.2].

#### **3.1. Las partes se obligaron expresamente a la confidencialidad de las actuaciones arbitrales**

76. Las partes pactaron la confidencialidad de las actuaciones arbitrales expresamente [**Contrato, Cláusula 20**].

77. Para los agentes económicos, salvaguardar la confidencialidad del proceso arbitral es esencial, ya que la publicidad implica un obstáculo a secretos técnicos, estrategias empresariales y situaciones financieras que hacen a la imposición de la

empresa en el mercado [Fernández Rozas 1, ¶2; Brown, pp. 1001-1002; Estreicher/Bennett, p. 2; Liu, ¶ 8]. Tratándose de un arbitraje de naturaleza comercial, se entiende que “la confidencialidad garantiza a las partes contendientes la preservación de su imagen frente a los competidores” [Fernández Rozas 2, pp. 337-338].

78. Siendo la confidencialidad un elemento esencial del arbitraje, que deriva de su naturaleza privada, no existe necesidad de pactarla expresamente [Merino Merchán, pp. 1-3; Lew/Mistelis/Kröll, ¶ 1-26, 1-27; Sumito v. Antig Inv.; Born 1, pp. 88-89, 2781-2782; Fortier, p. 131; Kaster, p. 23; Iberia Credit v. Cingular Wireless; Guyden v. Aetna Inc.; Russell v. Russell]. Al suscribir el acuerdo arbitral las partes se obligan implícitamente a mantener confidenciales las actuaciones arbitrales [Merino Merchán, pp. 9-10; AliShipping Corp. v. Shipyard; Telesat v. Boeing; Aita v. Ojeh; Dolling-Baker v. Merrett; Hassneh v. Mew; Insurance Co. v. Lloyd’s Syndicate; Oxford Shipping Co. v. Nippon Yusen Kaisha]. En caso de que las partes la pacten expresamente, se debe entender que la consideran realmente importante para la armonía de sus relaciones [Gerbi, ¶ 3; Kaster, p. 23].

79. Tal importancia le dan las partes, que se la debe considerar como una condición necesaria para que las mismas brinden su consentimiento al momento de someterse al arbitraje [Neill, pp. 287, 316-317; Telesat v. Boeing; Kaster, p. 23]. Es por ello que cuando se incumple, perfectamente puede dar lugar a la resolución [Bulbank v. AIT]. Asimismo, por tratarse de un arbitraje de naturaleza comercial, la confidencialidad busca salvaguardar la buena imagen de los agentes en el mercado y tiene por objeto mantener fuera del conocimiento público la existencia misma del arbitraje [Lew/Mistelis/Kroll, ¶1-26; International Law Association, pp. 12-13, Bleustein y otros v. True North y FCB International].

80. En este caso, los contratantes no se contentaron con la confidencialidad implícita en toda cláusula arbitral, sino que la pactaron expresamente, lo que demuestra la vital importancia que el secreto de las actuaciones arbitrales significaba para ellas, hasta el punto de considerar dicha obligación como una condición necesaria para su consentimiento. Incluso, las Partes procuraron dar a la obligación de confidencialidad un alcance amplio, protegiendo el secreto de la existencia misma del arbitraje, estableciendo que “Las partes se comprometen a mantener la estricta confidencialidad

*de las actuaciones arbitrales, incluyendo especialmente –pero sin limitarse a– lo que se resuelva en el laudo a dictarse” [Contrato, Cláusula 20].*

81. En conclusión, el pacto expreso de las Partes respecto de la confidencialidad, así como el alcance establecido a dicha obligación, demuestra la esencialidad que ésta representaba para las mismas.

### **3.2. La violación de la confidencialidad configura un incumplimiento grave y esencial que habilita la resolución del convenio arbitral**

82. Contrariamente a lo alegado por la Demandante [**Memoria de la Demandante, pp. 29-30**], el 9 de octubre de 2014 esta parte declaró resuelto el convenio arbitral y no el contrato principal [**Caso, ¶ 2.7.4**].

83. La violación del deber de confidencialidad se verificó por las declaraciones del 4 de octubre de 2014 del Sr. Alcides Roca en el diario de mayor circulación de Marmitania, el “*Heraldo Marmitano*” [**Caso, ¶ 2.7.3**]. Como se señaló [**3.1**], la confidencialidad era esencial para las Partes, por lo que las declaraciones públicas del Sr. Alcides Roca acarrearán un incumplimiento grave y esencial que habilita la resolución de la cláusula bajo la ley aplicable.

84. La Demandante alega que al no haberse divulgado “*información relevante del desarrollo del proceso arbitral*” no existió violación alguna al deber de confidencialidad [**Memoria de la Demandante, p. 30**]. Sin embargo, la confidencialidad se pactó expresamente [**Contrato, Cláusula 20**] y protegía el secreto de la existencia misma del proceso arbitral, por lo que el citado hecho genera precisamente el incumplimiento de la obligación.

85. La violación al deber de confidencialidad configura un incumplimiento grave y esencial de la cláusula arbitral. Ha de distinguirse un simple incumplimiento generador de daños y perjuicios, de un incumplimiento esencial, que habilita la resolución contractual [**Gamarra, 157-160**]. Para que se repunte esencial, el incumplimiento debe anular o depreciar esencialmente las expectativas contractuales justificadas de la parte perjudicada [**Compendio CNUDMI, p. 84; Gamarra, p. 158; Auletta, p. 657; Jordano, p. 307; STS de 15 de abril de 1981**]. El incumplimiento de la obligación de confidencialidad inmersa en un convenio arbitral puede dar lugar a la resolución del mismo [**CCE, Art. 1124; Bulbank v. AIT**].

86. En el caso que nos ocupa, el objetivo de la cláusula de confidencialidad era la de evitar perjuicios en planos comerciales a las partes, por lo cual su violación implicó un incumplimiento grave y esencial, y generó un daño grave, dando lugar a la resolución del convenio arbitral [**Bulbank v. AIT**].

87. En consecuencia, el incumplimiento de la Demandante habilita a esta parte a declarar resuelto el convenio arbitral.

### **CONCLUSIÓN III**

88. Contrariamente a las alegaciones de la Demandante [**Memoria de la Demandante, pp. 28-30**], se ha declarado resuelto el convenio arbitral pactado dentro del Primer Contrato, y no éste en su totalidad. De ese modo, el incumplimiento grave de las obligaciones atinentes a ese convenio puede dar lugar a la resolución. En el caso, las partes pactaron expresamente el deber de confidencialidad, sin necesidad de hacerlo, por lo que entienden que el mismo es esencial para la armonía de sus relaciones [**3.1**]. Las declaraciones del Sr. Roca al “*Heraldo Marmitano*” configuran el incumplimiento grave que es presupuesto para la resolución, por lo que esta parte está habilitada a resolver el convenio arbitral, en el supuesto de que el mismo fuera oponible a los hermanos Prósperi y no se hubiera extinguido [**3.2**].

## **PARTE SUSTANCIAL**

### **4. LA MULTA ES UNA CLÁUSULA MORATORIA USURARIA**

89. A la inversa de lo que sugiere la Demandante, la autonomía de la voluntad de las partes no es absoluta; en efecto, uno de sus límites es la legislación en materia de usura [**4.1**]. Puesto que la multa pactada por las partes en el Convenio de Refinanciación es una cláusula moratoria [**4.2**] debe someterse ineludiblemente a los límites de usura previstos en la Ley Azcárate [**4.3**]. Debido a ello, y dado que dicha multa sobrepasa los límites jurisprudencialmente establecidos para la usura [**4.4**], el Convenio de Refinanciación está total o parcialmente viciado de nulidad [**4.5**]. En subsidio, la multa deberá ser abatida por consideraciones de equidad [**4.6**].

#### **4.1 El principio *pacta sunt servanda* tiene un límite en la usura**

90. La Contraparte fundamenta la validez y aplicabilidad de la Multa a través del principio *pacta sunt servanda* [**Memoria de la Demandante, p. 31**]. Este fundamento no resulta suficiente, puesto que, dadas las circunstancias del caso que nos ocupa, la autonomía privada de las partes debe sujetarse a los límites imperativos de la legislación aplicable en materia de usura.

91. Dentro de las limitaciones aceptadas, se encuentran los acontecimientos imprevisibles que generan onerosidad superviniente, que escapa el alcance de que “lo pactado obliga” [**Díez-Picazo, p. 881; Puig, p. 267; Martínez Velencoso, p. 178; Albaladejo 1, p. 306; Garrido, p. 5; Hernández Gil, p. 29; Ripert, p. 59; Ossorio, p. 1071; Álvarez, p. 121; Carrasco, p. 54**].

92. A modo de ejemplo, el Tribunal Supremo entendió que la actual crisis económica española operara como un acontecimiento imprevisible, modificando lo acordado por las partes, limitando el *pacto sunt servanda* en razón de otros principios que también son esenciales al derecho como ser el de la conmutatividad y la buena fe en los contratos [**STS de 30 de junio de 2014; Alcover**].

93. Por otro lado, aun cuando se tratara de un hecho previsible, la aplicación de éste principio igual se encuentra limitado en el derecho aplicable por las normas imperativas respecto de las cuales las partes no pueden pactar en contrario [**Díez-Picazo, pp. 128-130; Arana de la Fuente 1 p. 7**].

94. El Tribunal Supremo tiene jurisprudencia firme en el sentido de que la usura es una limitación al *pacta sunt servanda*, lo cual ha sido recogido y aplicado por otros órganos judiciales, en el entendido de que el régimen tuitivo establecido en la Ley Azcárate no puede desaplicarse por acuerdo de partes. [**A.P. Barcelona de 13 de febrero 2013; STS de 10 de julio de 2013; STS de 11 de febrero de 2014**].

95. En suma, tanto la doctrina como jurisprudencia española admiten que el principio *pacta sunt servanda* no es de aplicación absoluta, y por ende, se puede limitar por otros principios como la conmutatividad, buena fe, normas de carácter imperativo o acontecimientos impredecibles. Entre estos límites la jurisprudencia, de forma contundente, incluye la legislación en materia de usura. Como procederemos a fundamentar, la multa pactada por las partes ha de sujetarse a dichos límites.

#### **4.2 La multa es una cláusula moratoria**

96. Pese a lo que sostiene la Demandante [**Memoria de la Demandante, p. 30**], la multa posee la naturaleza de pena moratoria, por lo que le son aplicables todas las consecuencias jurídicas que el derecho aplicable atribuye a éstas.

97. Las cláusulas penales previstas en función del retraso en el pago reciben el nombre de cláusulas moratorias. Las mismas presentan peculiaridades respecto de las cláusulas penales comunes, puesto que se pueden acumular al cumplimiento de la obligación o a la reclamación de los daños correspondientes, aún ante la inexistencia de pacto expreso en ese sentido [**CCE, Art.1153; Feliu Rey, p. 186; Díez-Picazo, p. 400; Arana de la Fuente 1, pp. 1600- 1648**]

98. Las Partes pactaron la incorporación de una multa al Convenio de Refinanciación de 0,12% por cada día de atraso (en adelante, la “**Multa**”). La multa pactada por las partes en el Convenio de Refinanciación responde a las características de la cláusula penal moratoria, puesto que el parámetro utilizado para determinar su cuantía es la demora en el pago, calculada en días [**Caso, ¶ 2.4.5**].

99. Por tanto, la multa consiste en una cláusula moratoria, que debe regirse por la normativa que le es aplicable.

#### **4.3 La multa está sometida al régimen de usura de la Ley Azcárate**

100. La Demandante sostiene que la multa no posee más límites que lo que decidan las partes en ejercicio de la autonomía de su voluntad [**Memoria de la Demandante, p. 30**]. Sin embargo, puesto que la multa debe regirse por las mismas reglas que los intereses moratorios [4.2.1] y surge de una operación sustancialmente equivalente a un préstamo[4.2.2] debe someterse al régimen de usura previsto en la Ley Azcárate [4.2.3].

##### **4.3.1. La multa posee la misma naturaleza que los intereses moratorios**

101. Como ya se ha adelantado, las cláusulas moratorias buscan constreñir al deudor al oportuno cumplimiento del contrato [4.1]. Asimismo, los intereses moratorios también buscan resarcir el daño sufrido a raíz del incumplimiento temporal del deudor [**Doral/ Martínez-Pardo, p. 534; Monserrat Valero, p. 16**]. Según se ha señalado, la única diferencia entre uno y el otro es el vigor de la voluntad punitiva de las partes. Ésta es mayor cuando se pacta una cláusula contractual que sanciona la demora en el pago bajo el nombre de “pena” [**Kemelmajer de Carlucci, p. 335**].

102. Por tanto, dado que los dos institutos tienen la misma naturaleza y los mismos efectos, deben someterse al mismo régimen, para evitar que se oculten contratos usurarios bajo la forma de cláusulas penales [**Arana de la Fuente 2, p. 1645**]. La solución contraria carecería de sentido, puesto que permitiría que los límites aplicables a los intereses moratorios sean evitados en un caso concreto por el solo hecho de bautizar una cláusula con el nombre de “cláusula penal moratoria”, en lugar de “intereses moratorios” [**Jiménez Muñoz, p. 87**].

103. La jurisprudencia ha resuelto en este sentido en reiteradas ocasiones [**STS de 15 de enero de 1949; STS de 15 de noviembre de 1955; STS de 19 de febrero de 1985**].

104. Dado que la multa pactada por las partes en el Convenio de Refinanciación consiste en una cláusula moratoria, de igual naturaleza y efectos que un interés moratorio, ésta debe someterse a su mismo régimen. Esto evitaría que CADES eluda la normativa prevista para proteger a los deudores ante posibles abusos contractuales.

#### **4.3.2. La operación de refinanciación es una operación crediticia comprendida en la Ley Azcárate**

105. La Ley Azcárate se extiende a toda operación sustancialmente equivalente a un préstamo de dinero, y por ello, dicha ley también comprende al Convenio de Refinanciación.

106. Conforme al artículo 9 de la Ley Azcárate, el alcance objetivo de la norma comprende no sólo los préstamos en sentido estricto, sino toda operación que sea sustancialmente asimilable a un préstamo [**Ley Azcárate, Art. 9**]. La Ley Azcárate debe considerarse aplicable a todas las operaciones con repercusiones financieras, sean o no un préstamo en sentido estricto [**STS de 2 de julio de 1966; STS de 7 de marzo de 1986; Jiménez Muñoz, pp. 94-96**]. Esto incluye toda operación en la que exista un crédito y a su vez haya una grave desproporción entre la prestación que debe realizar el acreedor y la contraprestación debida por el deudor [**Múrtula p. 145**]. Esto es así independientemente de que las partes sean prestamistas, consumidores, profesionales o empresarios [**Ruiz**]. Asimismo, el derecho aplicable exige que para configurar un contrato de préstamo, una de las partes entregue a la otra alguna cosa, con condición de devolver otro tanto de la misma calidad o, si así se estableciera, otra cosa diferente. El mismo admite la posibilidad de estipular un interés [**CCE, Art. 1740**].

107. El Convenio de Refinación reúne las características necesarias para ser incluido dentro del ámbito de aplicación de la Ley de Azcárate. CADES se obliga a pagar una suma total de U\$S 1.000.000 en 10 cuotas bimestrales, estableciendo que el pago habrá de realizarse los días 1º de cada uno de los meses pares, comenzando en abril del 2013 [**Caso, p. 10**]. Por lo tanto, el mismo resulta económicamente asimilable a un préstamo, dado a que reúne las características previstas por el derecho aplicable para éstos.

108. En conclusión, ya que el Convenio de Refinanciación pactado por las partes cuenta con las características precedentemente mencionadas, éste puede considerarse sustancialmente equivalente a un préstamo, y por ello comprendido por la Ley Azcárate.

#### **4.3.3 Los intereses moratorios deben regirse por los límites de usura**

109. Tradicionalmente, la tesis jurisprudencial mayoritaria ha sido contraria a la posibilidad de aplicar la Ley Azcárate a los intereses de demora, por considerar que el hecho de que el deudor incurriera en un incumplimiento contractual debía excluirlo de la protección brindada por la norma [**STS de 2 de octubre de 2001; STS de 4 de junio de 2009; STS de 26 de octubre de 2011**].

110. Sin embargo, el Tribunal Supremo Español ha variado su postura en decisiones recientes, extendiendo los límites aplicables a los intereses remuneratorios a lo pactado en materia de intereses de demora, sin distinción. Tal es el caso de la Sentencias del Tribunal Supremo No. 867/2013 y No. 406/2012, en que expresamente se anulan dos contratos de préstamo por considerarse que los intereses de demora pactados eran usurarios [**STS de 22 de febrero de 2013; STS de 18 de junio de 2012**]. Asimismo, en la reciente Sentencia No. 677/2014, el Tribunal Supremo arribó a la misma conclusión. Expresó que la noción de usura es aplicable a los intereses sin diferenciaciones, puesto que se proyecta sobre el daño patrimonial causado por ellos, de forma independiente a su fundamento [**STS de 2 de diciembre de 2014**].

111. Este criterio también es sostenido por un sector importante de la doctrina que considera que no corresponde realizar una distinción entre tipos de interés, donde la Ley Azcárate no realiza distinción alguna [**Rodríguez Tapia, p. 545; Dávila, p. 191; De los Mozos Touya, p. 706-707; Gómez Calero, p. 80; STS de 15 de enero de 1949; Feliu Rey, p. 187**].

112. Independientemente de las diferencias que pudieran señalarse entre los intereses remuneratorios y de demora, en ambos existe el mismo riesgo indeseado: la posibilidad de que el transcurso del tiempo acrezca la deuda irrazonablemente.

113. En virtud de lo expuesto, ya que según la tendencia actual los intereses de demora se encuentran comprendidos por el régimen de la usura, la multa debe analizarse bajo los límites de la Ley Azcárate, represiva de la usura.

#### 4.4 La Multa sobrepasa los límites jurisprudencialmente establecidos para la usura

114. La Demandante sostiene que la Multa ha sido pactada en conformidad con los índices económicos de Marmitania [**Memoria de la Demandante, p. 31**]. Sin embargo, ello dista de ser cierto, puesto que la multa convenida por las partes supera el límite permitido por la normativa aplicable, por lo que deberá ser considerada usuraria.

115. Conforme a la Ley Azcárate, se consideran usurarios aquellos intereses que superen de forma notable al normal del dinero, que sean manifiestamente desproporcionados con las circunstancias que rodearon al contrato, o que se hubieran pactado en condiciones leoninas [**Ley Azcárate, Art. 1**].

116. Debido a que la Ley Azcárate no prevé límites máximos cuya superación pueda determinar que los intereses deban considerarse usurarios, los tribunales españoles deben pronunciarse al respecto casuísticamente, formando libremente su convicción. Por tanto, se otorga al órgano judicial de instancia la facultad discrecional o el más amplio arbitrio judicial, basados en criterios más prácticos que jurídicos, debiendo valorar caso por caso, con libertad de apreciación, formando libremente su convicción [**Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000, Art. 319.3**].

117. Si bien la jurisprudencia no ha establecido montos fijos respecto a qué intereses deben considerarse como usurarios, se han establecido parámetros para determinarlos. Al respecto, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra, en sentencia de 17 de septiembre de 1999, calificó como usurario a un interés moratorio del 33%, por ser éste notablemente superior al normal del dinero y desproporcionado a las circunstancias del caso. En el mismo sentido, el Tribunal Supremo en Sentencia del 7 de mayo de 2002, consideró usurario un interés pactado del 29% como “notoriamente desproporcionado” [**STS de 7 de mayo de 2002; Ruiz**]. En líneas generales, los tribunales consideran usurarios aquellos intereses moratorios que sean superiores al 28% [**STS de 22 de febrero de 2013; STS de 9 de enero de 1990; STS de 31 de**

**marzo de 1997; STS de 29 de septiembre de 1992; STS de 13 de mayo de 1991; STS de 10 de mayo de 2000; STS de 1 de febrero de 2002].**

118. La multa grava a la parte infractora con un 0,12% del valor total del Convenio de Refinanciación por día de atraso [**Caso, ¶ 2.4.5**]. Consecuentemente, esta cifra asciende a un interés anual de 36%. Conforme a los criterios jurisprudenciales dominantes anteriormente expuestos, dicha multa del 36% excede los límites admitidos, y consecuentemente debe considerarse usuraria.

119. Puesto que la multa pactada por las partes en un 36% anual supera los límites fijados jurisprudencialmente en materia de usura, dicha multa debe considerarse usuraria, con las consecuencias de dicha calificación.

#### **4.5. El carácter usurario de la pena acarrea la nulidad del Segundo Contrato**

120. Puesto que la Multa supera los límites de la usura, ésta genera la nulidad del contrato que la contiene [**Ley Azcárate, Art. 1**] por lo que el Convenio de Refinanciación debe considerarse nulo.

121. La sanción para los contratos calificados como usurarios es la nulidad ya que el control que establece la ley se proyecta sobre la posible validez del contrato que contiene la cláusula en infracción [**Pérez Monge, p. 9; STS de 20 de junio de 2001; Arana de la Fuente 2, p. 1646**]. En esta línea, la jurisprudencia dominante ha entendido que la unidad de la sanción prevista en la norma en cuestión acarrea la nulidad de todo el contrato [**STS de 22 de febrero de 2013; STS de 5 de julio de 1982; STS de 31 de enero de 2008; STS de 20 de noviembre de 2008; STS de 15 de julio de 2008; STS de 14 de julio de 2009**]. Dicha nulidad se trata de una nulidad absoluta o radical que no admite convalidación sanatoria [**Hernández Gil; Blasco Gascó; STS de 9 de enero de 1933; STS de 6 de abril de 1963; STS de 14 de abril de 1966; STS de 30 de diciembre de 1987**].

122. Como hemos demostrado, la multa sobrepasa los límites jurisprudenciales establecidos, por lo que la misma resulta usuraria [**4.2.3**]. Consecuentemente, de acuerdo a los criterios jurisprudenciales, el Tribunal deberá declarar la nulidad del contrato.

**4.6 Incluso si se considerara que la multa no es usuraria, la misma debe ser abatida por consideraciones de equidad.**

123. Aun si la multa no se considerara usuraria, la misma puede ser modificada por el Tribunal en atención a criterios de equidad, puesto que el derecho español aplicable al caso permite la moderación de los montos de cláusulas que resultan económicamente desproporcionadas.

124. Conforme a las disposiciones de derecho español aplicables al caso, el Juez está facultado a modificar equitativamente una pena cuando la obligación principal hubiera sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor [**CCE, Art. 1154**].

125. El fundamento de dicha facultad es que la parte de la prestación adecuadamente cumplida no se penaliza, no ya exclusivamente en virtud del ejercicio de una facultad judicial, sino porque no existe incumplimiento, que es el presupuesto determinante de la exigibilidad de la pena [**Arana de la Fuente, p. 1611**]. El Juez puede modificar equitativamente la pena estipulada cuando la obligación principal se hubiere cumplido en parte y no en el todo, ejerciendo su arbitrio tanto para considerar la procedencia como la entidad del abatimiento [**García Goyena, p. 583; Arana de la Fuente, p. 1638; STS de 1 de octubre de 1990**]. Esta facultad moderadora concedida a los tribunales, si bien no es directamente aplicable a las cláusulas moratorias por ser las mismas proporcionales al incumplimiento, afirma que las penas convencionales están sujetas a criterios de equidad. En atención a ello, un importante sector de la doctrina, entre ellos Jordano Fraga y Rodríguez Tapia, se han pronunciado a favor de la revisión judicial de la pena por razones de equidad en Derecho español [**Marín, p. 7-8**]. Jordano Fraga sostiene que la finalidad del art. 1154 CC es corregir todas aquellas cláusulas penales abusivas o desproporcionadas, incluso en caso de incumplimiento total, ya que la alusión al incumplimiento parcial o irregular que hace el precepto es a título de ejemplo [**Marín, p. 8**]. Asimismo, Rodríguez Tapia señala que el fundamento de la moderación judicial de la pena es la existencia de una situación desproporcionada [**Rodríguez Tapia, p. 583**].

126. En este sentido, Pothier argumentaba que ante la existencia de cláusulas objetivamente desproporcionadas, debía considerarse que el consentimiento del deudor estaba necesariamente viciado de error; por ello, estas penas excesivas deben reducirse al valor racional a que pueden subir los daños y perjuicios más elevados que podrían surgir de la operación [**Pothier, p. 213; Marín, p.6**].

127. Así mismo, los Principios UNIDROIT, los cuales pueden ser utilizados para interpretar o complementar el derecho nacional español [**Principios UNIDROIT**,

**Preámbulo]**, establecen la reducción a un monto razonable cuando la suma fuere notablemente excesiva con relación al daño ocasionado por el incumplimiento y a las demás circunstancias [**Principios UNIDROIT, Art.7.4.13**].

128. Los Principios de Derecho Europeo de Contratos, los cuales sirven para aportar soluciones a cuestiones no resueltas por el ordenamiento o la normativa legal aplicable [**PDEC, Art. 4**], afirman que una suma adeudada como consecuencia de un incumplimiento contractual puede ser reducida a una cantidad razonable cuando sea notoriamente excesiva en relación con las pérdidas que resulten del incumplimiento y de cualesquiera otras circunstancias [**PDEC, Art. 9:509**].

129. El arbitrio moderador sostenido por la doctrina fue acogido por los Tribunales. El Tribunal Supremo ha considerado, en una sentencia en que procedió a abatir una cláusula moratoria de un 3,17% de multa por día de atraso, que la discrecionalidad que reconoce el art.1154 habilita a los tribunales a hacer uso de su facultad moderadora en cualquier litigio cuyo objeto sea una cláusula penal [**STS de 10 de marzo de 1995**]. Ha confirmado asimismo la reducción de una cláusula penal moratoria por considerar que la misma conducía a un resultado económico excesivo o desorbitado respecto de los daños [**STS de 2 de diciembre de 1998; Arana de la Fuente, p.1638; STS de 5 de noviembre de 1956**] o que puedan considerarse inicuos [**STS de 9 de febrero de 1906**].

130. Además, se ha considerado relevante en este sentido que haya existido un cumplimiento parcial o irregular de lo pactado, puesto que dicha circunstancia permite que la situación sea subsumida bajo el supuesto de hecho del art. 1154 con mayor facilidad [**STS de 17 de febrero de 1997; STS de 18 de diciembre de 1996**].

131. En el presente caso, la multa moratoria pactada por las partes asciende a un 36,5% anual [**Caso, ¶ 2.4.5**]. Dicho monto supera los daños que podían ser sufridos por la Demandante en virtud de la demora en el pago, puesto que no sería razonable considerar que el uso normal que la Demandante podría haber hecho de dicho dinero hubiera permitido un enriquecimiento tal, y no surge acreditado que haya soportado otros daños materiales a raíz del incumplimiento del Convenio de Refinanciación.

132. Por otro lado, la existencia de un cumplimiento parcial de USD 50.000 hace que la aplicación de la facultad moderadora sea adecuada al caso [**Caso, ¶ 2.4.5**].

133. Incluso si la multa no se considerara usuraria, la misma debe abatirse por consideraciones de equidad, puesto que el monto de 36,5% anual por concepto de demora es manifiestamente desproporcionado con relación al perjuicio real soportado por la Demandante.

#### **4.7 Conceder la multa atentaría contra la ejecutabilidad del laudo**

134. Tal como fue probado [4.3], y a la inversa de lo alegado por la demandante [**Memoria de la Demandante, p. 30**], la cláusula penal pactada es usuraria. A la luz de la obligación del tribunal arbitral de otorgar un laudo válido y ejecutable, conceder la multa pactada en el Convenio atentaría contra la ejecutabilidad del laudo.

135. Los jueces tienen un deber de preservar la ejecutabilidad de los laudos [**Redfern/Hunter/Blackaby/Partasides, p.378; Cremades, p. 414; Caso CCI N° 10623**]. Este deber se presenta como un principio aceptado del arbitraje [**Redfern/Hunter/Blackaby/Partasides, p. 378; Cremades, p. 414; Caso CCI N° 10623**]. Así, el tribunal arbitral no solo debe emitir un laudo correcto, sino que el mismo debe ser válido y ejecutable [**Redfern/Hunter/Blackaby/Partasides, p.414; Cremades, p. 414**]. No solo debe el tribunal arbitral cumplir con la ley y las decisiones judiciales de la sede [**Caso CCI N° 10623**], sino que a su vez debe aplicar el criterio a la luz del Artículo 5 de la Convención de Nueva York [**Cremades, p.414**]. El Artículo 5 de la Convención de Nueva York establece las razones por las cuales se puede denegar el reconocimiento y ejecución de un laudo arbitral [**CNY, Art. 5**]. Dentro de esas razones, encontramos los casos en que el reconocimiento o ejecución de esa sentencia sean contrarias al orden público de ese país [**CNY, Art. 5.2 (b)**].

136. El orden público internacional configura una barrera contra la aplicación del derecho extranjero [**Klein, p. 278**] cuando éste se opone al conjunto de principios y valores fundamentales del Derecho Interno del Estado [**Caivano 4, p. 385; Santos, p.144; Parsons &Whittemore v. Société Du Papier**].

137. Dentro de este contexto, la protección de la economía es un deber primordial del Estado [**Fuentes, p.648**], implicando una intervención permanente en el establecimiento de límites a las tasas de interés [**Fuentes, p. 648; Trujillo/Pintos p. 7**]. Esta protección se caracteriza por ser de orden público ya que est   involucrado el interés público económico [**Cajarville, p. 9**].

138. Si bien el orden público internacional puede verse como un principio supranacional, se trata de hecho del orden público doméstico aplicado a laudos extranjeros [**WorldDuty Free v. Kenya**]. Así, el término “orden público internacional” ha adquirido el significado de estándares universales de normas de conducta [**WorldDuty Free v. Kenya**].

139. De esta forma, el Tribunal Supremo de Austria ha entendido que un laudo arbitral extranjero atentaba contra el orden público internacional dado los altos intereses ordenados [**Sentencia de la Suprema Corte de Austria**]. Aún más, la Corte Suprema Egipcia sostuvo que un interés concedido más allá del permitido por la ley egipcia violaba el orden público [**Caso de la Suprema Corte Egipcia del 21 de mayo de 1990**]. A su vez, un Tribunal Estadounidense del Distrito de Georgia sostuvo que el interés concedido era excesivo y por ello violó su orden público [**Laminoirs v. Southwire Co.**].

140. Como se ha demostrado, la multa pactada en el convenio de refinanciación es una cláusula moratoria usuraria [4.3], tanto por las reglas previstas en la Ley Azcárate [4.2.1], como por los límites establecidos por la jurisprudencia [4.2.3].

150. Feudalia es signataria y ha ratificado la Convención de Nueva York [**Aclaraciones, ¶ 1.4**]. Por ello, el tribunal arbitral deberá prestarle especial atención a las excepciones establecidas en el artículo 5 de la Convención de Nueva York. Si bien no se desprenden del Caso ni de sus respectivas aclaraciones si la usura es parte del interés público internacional de Feudalia, tal como se ha demostrado, el Tribunal debe aplicar el deber de otorgar un laudo ejecutable no solo en la Sede, sino también en otros potenciales lugares de ejecución a la luz de la Convención de Nueva York. Por ello, en caso de otorgar un laudo con una multa de naturaleza usuraria, el Tribunal Arbitral estaría atentando potencialmente contra la ejecutabilidad del laudo y no cumpliendo con su deber de otorgar un laudo válido y ejecutable.

151. En conclusión, a la luz de que la multa es una cláusula moratoria usuraria y de la obligación de otorgar un laudo válido y ejecutable, el Tribunal Arbitral deberá declarar la nulidad del contrato dada la naturaleza usuraria de la multa, y así preservar la ejecutabilidad del laudo.

#### **CONCLUSIÓN IV**

152. La usura se puede limitar por el *pacta sunt servanda* [4.1]. La multa acordada por las partes es una clausula moratoria [4.2], y está sometida al régimen de usura de la ley de Azcárate [4.3]. La multa sobrepasa los límites jurisprudencialmente establecidos para la usura [4.4], por lo tanto el carácter usurario de la pena acarrea la nulidad del contrato [4.5]. En caso de que se considere que la multa no es usuraria la misma debe ser abatida por consideraciones de equidad [4.6]. Conceder la multa atentaría contra la ejecutividad del laudo [4.7].

## **5. NO PROCEDE EL PAGO DE LA MULTA DADO QUE NO EXISTE RESPONSABILIDAD EN EL INCUMPLIMIENTO POR PARTE DE LOS HERMANOS PRÓSPERI**

153. En la eventualidad de que el Tribunal entendiera que la multa es válida, igualmente no corresponde el pago por parte de los hermanos Prósperi, ya que el incumplimiento fue causado por razones de fuerza mayor [5.1]. En su defecto, al menos existieron hechos ajenos a la voluntad de las partes que alteraron el equilibrio del convenio [5.2], no existiendo por tanto responsabilidad de los hermanos Prósperi.

### **5.1 El incumplimiento es causado por un evento de fuerza mayor**

154. El incumplimiento fue causado por un evento de fuerza mayor, generado por las resoluciones dictadas por el nuevo gobierno, y no por la conducta de los hermanos Prósperi.

155. Para que exista derecho al cobro de una multa, y por ende obligación al pago, se requiere que exista responsabilidad por parte del obligado al pago [Rodríguez Tapia, p. 564; Feliu Rey, p. 203; STS de 4 de julio de 1988]. Para que exista responsabilidad, a su vez, se deben dar ciertos elementos. Estos son el hecho generador, la imputación, el nexo causal y el daño [Vélez Posada, p. 13]. Sin embargo, en el presente caso, no existe nexo causal entre el hecho generador y el daño, ello por cuanto el mismo fue generado por un evento de fuerza mayor.

156. La fuerza mayor es un acontecimiento independiente a la voluntad del deudor y que no le es imputable a este, por ser imprevisto e inevitable [Manresa, p. 89; Gamarra, p. 141; Medina, p. 1; STS de 12 de abril de 1873]. Nadie puede responder

por los hechos que no se pueden prever, o que, previstos, resultaren inevitables [CCE, Art. 1105; Gamarra, p. 39; Manresa pp. 88-95; Medina, p. 14].

157. Existen hechos de fuerza mayor denominados “hechos del príncipe”, los cuales son causados por resoluciones dictadas por la autoridad estatal [Medina, p. 9; Gamarra, p. 139]. La presencia de un evento de fuerza mayor que impide el cumplimiento de la prestación libera al deudor de su obligación [Medina, p. 2], constituyendo entonces una excepción de responsabilidad [Manresa, p. 95]. La jurisprudencia ha entendido que un cambio exorbitante en la economía reviste las características de un evento de fuerza mayor [STS de 27 de abril de 2012; STS de 30 de junio de 2014].

158. En agosto del año 2013 asume un nuevo gobierno e inmediatamente implementa un nuevo programa económico. Como consecuencia, se produce la devaluación de la moneda local y un desdoblamiento del tipo de cambio oficial [Caso, ¶ 2.5.2]. El tipo de cambio para la compra cuando se realiza el convenio de refinanciación es de 2,50 marmitanos por dólar, mientras que, cuando se produce el incumplimiento, es de 14,00 marmitanos por dólar [Aclaraciones, ¶ 3.5]. Consecuentemente, los hermanos Prósperi se ven imposibilitados de pagar las cuotas a PROMESA [Caso, ¶ 2.5.4]. Sería razonable asumir que esto ocurre porque el abrupto cambio en el tipo cambiario [Aclaraciones, ¶ 3.5] provoca el encarecimiento de la deuda en dólares.

159. Tales hechos constituyen un evento de fuerza mayor. Ello por cuanto, los Prósperi no pueden prever las medidas a tomar por un gobierno ni las consecuencias que esas medidas generan, y aunque las prevean, estas son inevitables.

160. En conclusión, no existe responsabilidad de los hermanos Prósperi dado que el incumplimiento es causado por un evento de fuerza mayor, consistente en el giro provocado por la política económica implementada por el nuevo gobierno de Marmitania.

## **5.2 En caso de existir responsabilidad, habría que aplicar el principio *rebus sic stantibus***

161. En la eventualidad de que el presente Tribunal entienda, que los cambios impuestos por el nuevo gobierno de Marmitania no constituyen una causal de fuerza mayor que exonera de responsabilidad a los hermanos Prósperi, solicitamos entonces la

aplicación del principio *rebus sic stantibus* como consecuencia de la configuración de hechos extraños e imprevisibles que alteraron el equilibrio del contrato.

162. La jurisprudencia española reconoce la aplicación del principio *rebus sic stantibus* que puede traducirse en “si las cosas quedan en el mismo estado” [STS de 18 de enero de 2013; STS de 30 de abril de 2014; Gutiérrez González, p. 333]. Según el Supremo Tribunal Español, dicho principio tiene por objetivo resolver los problemas derivados de la alteración del equilibrio de las prestaciones contractualmente establecido como consecuencia de alteración sobrevenida fortuita de las circunstancias contempladas al establecer la relación [STS de 1 de marzo de 2007].

163. La jurisprudencia ha entendido que deben darse una serie de requisitos específicos para que se configure este principio [SJC de 18 de setiembre de 2013; SAP de Valencia 15 de octubre de 2014].

164. En primer lugar que se produzca una alteración extraordinaria de las circunstancias en el momento de cumplir el contrato de tal entidad que de haberlas conocido las partes, no habrían contratado en los términos en los que efectivamente lo hicieron [STS 22 de abril de 2004; STS de 17 de mayo 1957; Baón, p. 2]. En segundo lugar que dicha alteración sea de carácter imprevisible, esto es que ninguna de las dos partes, desplegando una diligencia media, haya podido tenerla en cuenta en el momento contratar [Baón, p. 3]. El tercer requisito es que como consecuencia de los anteriores se configure una desproporción inusitada y exorbitante entre las prestaciones de las partes que arruine el equilibrio entre los contratantes [STS de 29 de mayo 1996; STS de 15 de noviembre de 2000], generando una ruptura total de los términos de reciprocidad y equivalencia entre las prestaciones [Baón, p. 3]. Por último se requiere que no exista otro remedio más adecuado para paliar la alteración, desproporción e imprevisibilidad existentes [STS de 17 de diciembre de 2012], aplicándose éste principio en defecto de pacto expreso de las partes determinado un medio específico para corregir las desigualdades sobrevenidas [Baón, p.3].

165. El gobierno implementó un nuevo programa económico que derivó en una importante devaluación de la moneda local. Es evidente que estas modificaciones no pudieron ser previstas por ninguna de las partes, ya que en primer lugar no se puede prever con certeza quién iba a ganar las elecciones y menos aún qué políticas se iban a implementar luego de hacerlo. El valor del dólar frente al Marmitanio cambió abismalmente, la reciprocidad y la equivalencia establecida al momento de pactar la

moneda de pago y la multa ya no existen más. Efectivamente se configura una alteración extraordinaria y un desequilibrio entre las prestaciones, ya que de haber sabido el valor del Marmitanio contra el dólar al momento de pagar la multa, ésta nunca se habría pactado. Finalmente, las partes no acordaron ningún otro medio para el reequilibrio, ya que el contrato no prevé mecanismo alguno en tal sentido.

166. Podemos concluir entonces que estas circunstancias eran tanto imprevisibles como extraordinarias, y que a su vez tienen como consecuencia la ruptura total en la reciprocidad y equivalencia consideradas por las partes al momento de contratar. A esto se suma que las partes no pactaron otro medio de reequilibrio, configurándose por tanto todos los requisitos exigidos por la jurisprudencia para la aplicación del principio *rebus sic stantibus*.

### **5.2.1. La existencia de *rebus sic stantibus* permite la revisión del contrato**

167. En aplicación del principio *rebus sic stantibus*, el contrato puede ser renegociado entre las partes o revisado por una autoridad competente.

168. Ante el acaecimiento de los requisitos necesarios para la aplicación del principio *rebus sic stantibus*, doctrina y jurisprudencia española sostienen una clara preferencia por la vía modificatoria del contrato [Díez-Picazo, p. 5891]. La consecuencia jurídica debe constar en cambiar los términos del contrato para que una vez adaptados a la nueva realidad pueda seguir produciendo los efectos queridos por las partes [Díez-Picazo, p. 518] procurando “mantener el contrato como alternativa preferible a la de su ineficacia” [Díez-Picazo, p. 1080]. La revisión del contrato por una voluntad ajena a las partes como puede ser la del juez, surge como solución intermedia entre la nulidad y validez del contrato [De Cossio, p.107], y solo cuando éste no pueda ser revisado se promoverá su resolución [Fernández Hierro, p. 81]. La reciente jurisprudencia del Supremo Tribunal Español respalda la revisión del contrato ante la presencia de los elementos necesarios para la aplicación del principio *Rebus Sic Stantibus* [STS No. 333/2014; STS No. 591/2014].

169. En el caso en análisis se produjeron hechos que provocaron la aplicación del principio *rebus sic stantibus* [5.2]. Ante esta situación el tribunal tiene la potestad de modificar los términos incluidos en el contrato de forma tal de adaptarlos a la nueva realidad, eliminando la pena por cuanto esta es abusiva considerando que CADES es ahora insolvente [Caso ¶2.5.4] y carece de recursos para pagar, recayendo todas las

consecuencias patrimoniales sobre los hermanos Prósperi, a lo que se suman los intereses, los cuales nunca se habrían aceptado de haberse podido prever estas circunstancias.

170. En conclusión el Tribunal debe modificar el contrato y restablecer el equilibrio entre las prestaciones que éste pone a cargo de cada una de las partes eliminando la pena, y en caso de que entendiéndose que no corresponde su eliminación deberá reducirla a los límites establecidos *supra* [4.4].

#### **5.2.2. Si el tribunal entendiéndose que la modificación no es suficiente para mantener la viabilidad del contrato, procede su resolución**

171. En caso de que el Tribunal entendiéndose que el cambio de las circunstancias vuelve injusto que para una o ambas partes se mantenga el deber de cumplir, aun modificando el contrato, entonces el Tribunal tiene la potestad de promover su resolución.

172. Cuando el cambio de circunstancias es de una dimensión tal que altera el marco en el que debe cumplirse el contrato así como también los efectos que este producirá para las partes, carece de justicia para las partes que aún se vean obligadas a cumplir [Lacruz, p. 512]. El efecto de la aplicación del principio *Rebus Sic Stantibus* es la revisión del contrato con efecto resolutorio cuando no fuese posible restablecer de otra forma el equilibrio [STS de 19 de junio de 1996].

173. Las circunstancias del caso han cambiado en forma sustancial, llegando al punto en que el contrato no puede ser adaptado a la nueva realidad, sino que el mismo debe ser resuelto por el tribunal. Esto se debe a la devaluación de la moneda [Caso, ¶2.5.2] y la consecuente injusticia que significaría su cumplimiento ante dicha situación.

174. En conclusión en el presente caso se reúnen todos los requisitos necesarios para que el Tribunal haga lugar a la solicitud de resolución del contrato, lo cual implica que los hermanos Prósperi no deban cumplir con las obligaciones en él establecidas, sin perjuicio de que existe la posibilidad de que el tribunal eventualmente los condene al pago de daños y perjuicios correspondientes.

### **CONCLUSIÓN V**

175. Los hermanos Prósperi se encuentran eximidos de pagar la multa estipulada [5]. El incumplimiento de las obligaciones contractuales fueron producto de causas supervivientes a la celebración del contrato, de naturaleza imprevisible y que escaparon del control de los hermanos Prósperi, por lo cual no deben ser responsables por el mismo [5.1]. En su defecto este cambio de circunstancias produjo una alteración fundamental del equilibrio económico contractual haciendo excesivamente onerosa su ejecución [5.2]. En consecuencia el Tribunal Arbitral debe modificar el contrato eliminando la pena y en su caso reducirla [5.2.1]. Si ello no fuera suficiente para restablecer dicho equilibrio el contrato debería ser resuelto [5.2.2].

### **PETITORIO**

En razón de todo lo expuesto, se solicita al Tribunal Arbitral que:

- 1) Se desestimen la totalidad de las pretensiones de la parte actora.
  - 2) El Tribunal Arbitral declare su incompetencia para entender en el presente caso.
  - 3) Se declare extinta la cláusula arbitral contenida en el Primer Contrato, y, en subsidio, se declare la inoponibilidad de la misma.
  - 4) En caso de que se entendiera que la cláusula arbitral fuera oponible, que se declare su resolución.
  - 5) La controversia sea cometida a la jurisdicción de cortes de Costa Dorada.
  - 6) Se declare usuaria la cláusula penal estipulada en el Segundo Contrato.
  - 7) En aplicación del principio *Rebus Sic Stantibus*, se elimine o reduzca la deuda.
  - 8) Se condene en costas a la parte demandada.
-