

VIII COMPETENCIA INTERNACIONAL DE ARBITRAJE

UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES - UNIVERSIDAD DEL ROSARIO

SEPTIEMBRE DE 2015

MEMORIA DE LA PARTE DEMANDANTE

PROYECTOS MINEROS ESPECIALES S.A. (PROMESA)

DEMANDANTE

C.

ERNÉSTO PRÓSPERI & MARÍA RAQUEL PRÓSPERI

&

CANTERAS DEL DESIERTO S.A. (CADES)

DEMANDADOS

EQUIPO N° 38

TABLA DE CONTENIDO

A. LISTA DE ABREVIATURAS	IV
B. LISTA DE AUTORIDADES.....	VII
1. CONVENIOS INTERNACIONALES Y NORMAS INTERNAS DE ESTADOS	VII
2. JURISPRUDENCIA	VII
3. DOCTRINA	VIII
C. FUNDAMENTOS DE HECHO	- 1 -
D. SÍNTESIS DE LOS ARGUMENTOS	- 4 -
E. FUNDAMENTOS JURÍDICOS.....	- 7 -
1. ARGUMENTOS RELATIVOS A LA COMPETENCIA DEL TRIBUNAL.	- 7 -
1.1. La cláusula arbitral celebrada entre las partes es válida.....	- 7 -
1.2. La cláusula arbitral del Contrato de Consultoría es oponible y vinculante para los Sres. Prósperi en su calidad de herederos de Abel Prósperi.....	- 10 -
1.3. En todo caso la cláusula arbitral del Contrato de Consultoría es oponible y vinculante para los Sres. Prósperi en razón de su conducta contractual con PROMESA.	- 12 -
1.4. El pacto arbitral se predica tanto del Contrato de Consultoría como de su Acuerdo de Pago.....	- 14 -
1.4.1. El Contrato de Consultoría y su Acuerdo de Pago hacen parte de una relación contractual única entre PROMESA y los Sres. Prósperi.	- 15 -
1.4.2. En el evento en que este Tribunal considere que el Contrato de Consultoría y su Acuerdo de Pago se califican individualmente como contratos, éstos están coligados..	- 17 -
1.5. En todo caso el pacto arbitral contenido en el Contrato de Consultoría no se extingue con la suscripción de un segundo contrato de consultoría.	- 19 -

- 1.6. En ningún caso el segundo contrato de consultoría se puede considerar como una novación..... - 21 -
- 1.7. PROMESA cumplió con la obligación de confidencialidad establecida en la cláusula arbitral..... - 22 -
- 2. ARGUMENTOS RELATIVOS AL FONDO DE LA CONTROVERSIA..... - 24 -
 - 2.1. El Contrato de Consultoría y su Acuerdo de Pago son oponibles a los Sres. Prósperi. - 24 -
 - 2.2. PROMESA cumplió con todas las obligaciones a su cargo derivadas de la relación contractual..... - 25 -
 - 2.3. Los Sres. Prósperi incumplieron su obligación de pago de \$950.000 dólares. .. - 26 -
 - 2.4. Se configuró mala fe por parte de los Sres. Prósperi con su conducta a lo largo de la relación contractual con PROMESA..... - 28 -
 - 2.5. Los Sres. Prósperi están obligados al pago de una multa del 0,12% del saldo adeudado..... - 30 -
- F. PETITORIO- 34 -

A. LISTA DE ABREVIATURAS

ABREVIACIÓN	DEFINICIÓN
Aclaraciones del Caso	Aclaraciones del Caso. Competencia Internacional de Arbitraje. Universidad de Buenos Aires, Universidad del Rosario, Octava Edición.
Acuerdo de Pago	Acuerdo de Pago celebrado entre Hermanos Ernesto Prósperi y María Raquel Prósperi el 20 de diciembre de 2012
CADES	Canteras del Desierto S.A. Parte demandada en el presente arbitraje.
Código Civil de Marmitania	Código Civil del Estado de Marmitania que para el presente caso es copia exacta del Código Civil Español.
Comisión Mixta Parlamentaria	Comisión Mixta Parlamentaria de Revisión de las Concesiones.
Concesión	Concesión para la explotación por 25 años de una franja de 600 hectáreas de tierra en el desierto de vega, en Marmitania otorgada por el gobierno de dicho país a CADES.

Contrato de Consultoría	Contrato de Consultoría celebrado el 23 de octubre de 2009, entre Abel Prósperi y CADES con la empresa PROMESA, en virtud del cual, ésta se obligó a elaborar un estudio de pre-factibilidad tendiente a evaluar la viabilidad de la explotación de recursos minerales, y la rentabilidad de un proyecto para tales efectos.
CNUDMI	Ley Modelo de Arbitraje Comercial Internacional de la Comisión de Naciones Unidas sobre el Derecho Mercantil Internacional.
Hechos del Caso	Hechos del Caso. Competencia Internacional de Arbitraje. Universidad de Buenos Aires, Universidad del Rosario, Octava Edición.
Ley de Arbitraje de Feudalia	Ley Modelo de Arbitraje Comercial Internacional de la Comisión de Naciones Unidas sobre el Derecho Mercantil Internacional con las enmiendas de 2006. Con respecto al Artículo séptimo, recoge la Opción 1.
pár.	Párrafo
PROMESA	Proyectos Mineros Especiales S.A.

segundo contrato de consultoría	Segundo contrato de consultoría celebrado entre las partes el 24 de diciembre de 2012. El cual tenía por objeto actualizar el estudio de pre factibilidad realizado en el 2009, y cuyas condiciones fueron negociadas de forma independiente al Acuerdo de Pago.
Sres. Prósperi	Ernesto Prósperi y María Raquel Prósperi, quienes actúan como demandados en el presente proceso
Reglamento de Arbitraje de la CAM	Reglamento de Arbitraje Comercial Internacional del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Santiago (Chile)
UNIDROIT	Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado.

B. LISTA DE AUTORIDADES

1. CONVENIOS INTERNACIONALES Y NORMAS INTERNAS DE ESTADOS

Código Civil del Reino de España. Publicado por Real Decreto del 24 de julio de 1889.

Convención de Viena Sobre Derecho de los Tratados. Entrada en vigor: 27 de enero de 1980.

Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional. Documento de las Naciones Unidas A/40/17, Anexo I. Aprobada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional el 21 de junio de 1985.

Ley 16. (25 de 06 de 2011). Reino de España. Obtenido de <http://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2011-10970&p=20140328&tn=0>

Ley 7. (1993). Reino de España.

2. JURISPRUDENCIA

Auto, 1043/2014 (Tribunal Supremo Español-Sala de lo Civil 13 de Mayo de 2015).

CCI N° 7604 y 7610, 7604 y 7610 (CCI 1995).

CCI N°2626.

CCI No. 8708, 8709 (Cámara de Comercio Internacional 1997).

Labinal (Corte de Apelaciones de París 1993).

Sentencia, 1151/2013 (Tribunal Supremo-Sala de lo Civil 17 de Abril de 2015).

SMABTP & Autres c. Soc. Statinor & Autre (Corte de Apelaciones de París 22 de Marzo de 1997).

Thompson-CSF, S.A. v. American Arbitration Association, F.3d 773, 776, (US Court of Appeals 2nd Circuit 1995).

3. **DOCTRINA**

- Caivano, R. (1999). El arbitraje y el fuero de atracción del sucesorio. *El Derecho*, 182-812.
- Caivano, R. (2006). Arbitraje y grupos de sociedades. Extensión de los efectos de un acuerdo arbitral a quien no ha sido signatario. *Lima Arbitration*(N°1), 121-161.
- Caivano, R. (2008). *La cláusula arbitral: Evolución histórica y comparada*. Bogotá D.C.: Editorial Universidad del Rosario.
- Caivano, R. (2012). La cláusula arbitral y la cesión del contrato que la contiene. *Revista de Derecho Privado*, 3-53.
- Couture, E. (1983). *Introducción al estudio de proceso civil*. Buenos Aires: Ediciones Depalma Buenos Aires.
- Galgano, F. (1992). *El negocio jurídico*. Valencia : Tirant lo Blanch.
- García, H. (2011). Partes no signatarias del convenio arbitral: entre la realidad económica y la ficción jurídica. *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, 16-30.
- Hanotiau, B. (2006). Chapter I: Who are the parties to the contract(s) or to the Arbitration clause(s) Contained Therein? The Theories Applied by Courts and Arbitral Tribunals. En B. Hanotiau, *Complex Arbitrations: Multiparty, Multicontract, Multi-Issue and Class Actions* (Vol. 14, págs. 7-48). International Arbitration Law Library.
- Hanotiau, B. (2006). *Complex Arbitrations: Multiparty, Multicontract, Multi-Issue and Class Actions*. International Arbitration Law Library.
- Larroumet, C. (2005). Naturaleza contractual del arbitraje internacional. En E. Silva, *El Contrato de Arbitraje* (págs. 13-19). Bogotá D.C.: LEGIS.
- Marín, I. (Enero 2008). Cláusula Penal: La facultad foderadora del juez. *InDret*, 4.
- Messineo, F. (1952). *Doctrina General del Contrato* (Vol. Tomo I). (M. S. Fontarrosa F.O., Trad.) Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America.

Rivera, I. (2009). La circulación de la cláusula compromisoria. En A. Venegas, J. P. Cárdenas, & F. Mantilla, *Estudios de Derecho Privado* (Vol. II, págs. 360-377). Bogotá D.C.: Editorial Univesidad del Rosario.

Rodríguez, A. A. (2011). *De los Contratos*. Bogotá: Editorial Temis S.A.

Silva Romero, E. (2014). De la obligacion de confidencialidad en el arbitraje internacional y materias aledañas. En U. E. Colombia, *Estudios de Derecho Civil. En memoria de Fernando Hinestrosa. Volumen 2 . Contratos* (págs. 561-567). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Solarte, A. (diciembre de 2004). La buena fe contractual y los deberes secundarios de conducta. *Vniversitas*, 1(108), 284-291.

C. FUNDAMENTOS DE HECHO

1. A finales del 2006 CADES recibió la Concesión de una franja de territorio en el desierto de Vega por parte del gobierno de Marmitania para la explotación de recursos minerales.
2. CADES es una sociedad constituida en Marmitania, que al momento de la Concesión estaba controlada por el señor Abel Prósperi, en la medida que era propietario del 90% de las acciones, siendo sus hijos Ernesto y María Raquel Prósperi propietarios del restante 10% de las acciones.
3. El 23 de octubre de 2009, Abel Prósperi y CADES firmaron el Contrato de Consultoría con la empresa PROMESA, en virtud del cual, ésta se obligó a elaborar un estudio de pre-factibilidad tendiente a evaluar la viabilidad de la explotación de recursos minerales, y la rentabilidad de un proyecto para tales efectos.
4. Como contraprestación del Contrato de Consultoría, Abel Prósperi y CADES se obligaron solidariamente al pago de \$1.800.000 dólares (un millón ochocientos mil dólares estadounidenses), monto a cancelar en etapas prefijadas y cuyo saldo se pagaría contra la entrega del informe final de PROMESA.
5. PROMESA cumplió con todas las obligaciones derivadas del Contrato de Consultoría, y entregó el informe final en el plazo establecido en el mismo.
6. Sin embargo, e inclusive ante el cobro diligente por parte de PROMESA, ni Abel Prósperi ni CADES cumplieron con la obligación de pago del saldo adeudado y las cuotas atrasadas, las cuales equivalían a \$850.000 dólares.
7. El Contrato de Consultoría en su cláusula vigésima estipuló como ley aplicable la legislación civil del Reino de España lo que implica que es la ley aplicable al fondo de la controversia, e incluyó una cláusula arbitral en virtud de la cual todas las disputas que surgiesen de o que guardasen relación con el Contrato de Consultoría, se resolverían mediante arbitraje, de acuerdo con la Ley de Arbitraje de Feudalia y con el Reglamento de Arbitraje de la CAM.
8. En septiembre de 2011 muere Abel Prósperi.
9. Después de la muerte de su padre, los Sres. Prósperi aceptaron de manera pura y simple la herencia de su padre Abel Prósperi. En desarrollo de lo anterior, los Sres. Prósperi

transfirieron su participación y la heredada de su padre en CADES a otro grupo económico que se hizo cargo de la sociedad.

10. A pesar de lo anterior, los Sres. Prósperi se rehusaron a pagar la deuda a PROMESA en reiteradas ocasiones.

11. El 19 de diciembre del 2012, el presidente de CADES envió un correo electrónico a PROMESA, con copia a los Sres. Prósperi, en el que propuso los términos de un Acuerdo de Pago para saldar la deuda a favor de PROMESA, para así continuar con sus relaciones comerciales.

12. Los términos propuestos para el Acuerdo de Pago eran: (i) los Sres. Prósperi y CADES pagarían a PROMESA un valor de \$1.000.000 de dólares a título de saldo adeudado, mediante cuotas bimestrales a partir de abril de 2013; (ii) en caso de incumplimiento en el pago se generaría, una mora automática y en consecuencia la exigibilidad del monto total, junto con una multa del 0.12% del saldo adeudado por cada día de demora.

13. Como prueba de la seriedad de su oferta y reiterando su voluntad de obligarse al Acuerdo de Pago, el 19 de diciembre de 2012 los Sres. Prósperi transfirieron desde cuenta personal a la cuenta de PROMESA, la suma de \$50.000 dólares, dejando un saldo restante de \$950.000 dólares a cancelar en los términos del Acuerdo de Pago.

14. Adicionalmente, para continuar con sus relaciones comerciales CADES y los Sres. Prósperi adjuntaron al referido correo electrónico un segundo contrato de consultoría, que tenía como objeto actualizar el estudio de pre factibilidad realizado en el 2009, y cuyas condiciones fueron negociadas de forma independiente al Acuerdo de Pago.

15. El 20 de diciembre de 2012, PROMESA a través de correo electrónico aceptó en su totalidad los términos del Acuerdo de Pago.

16. Adicionalmente, en la comunicación referida y de manera independiente, PROMESA ratificó su disposición para celebrar el segundo contrato de consultoría en los acordados.

17. Producto de los cambios en las condiciones políticas de Marmitania, un nuevo gobierno asume el poder en agosto de 2013. El nuevo gobierno de Marmitania específicamente la Comisión Mixta Parlamentaria, declaró la caducidad de la Concesión en el desierto de Vega.

18. Como consecuencia de la caducidad declarada en agosto de 2013, CADES afirmó no tener el patrimonio suficiente para pagar ninguna de las cuotas adeudadas a PROMESA desde abril del mismo año. Los Sres. Prósperi tampoco respondieron por ninguno de los pagos.

19. El 2 de octubre de 2014, en los términos de la cláusula arbitral del Contrato de Consultoría, PROMESA radicó ante la CAM una Solicitud de Inicio del Arbitraje, solicitando el pago del saldo adeudado (\$950.000 dólares) y de la multa del 0.12% del saldo adeudado por cada día de mora.

20. PROMESA cumplió con los trámites procesales de la solicitud.

21. El 4 de octubre de 2014 el diario “El Heraldito Marmitano” publicó una entrevista realizada al Presidente de PROMESA en la que comentó el inicio del proceso arbitral en contra de CADES y los Sres. Prósperi con el fin de otorgar confianza a sus clientes sobre las capacidades financieras de PROMESA.

22. El 14 de Noviembre de 2014, los Sres. Prósperi presentaron ante el CAM su contestación a la solicitud de arbitraje de PROMESA objetando la jurisdicción arbitral bajo el entendido de no haber consentido de forma válida y vigente la cláusula arbitral. De forma subsidiaria alegaron la extinción de los efectos de la cláusula arbitral por la materialización de la figura de la novación como consecuencia de la suscripción del segundo contrato de consultoría. Asimismo, de forma subsidiaria los Sres. Prósperi alegaron que el pacto arbitral dejó de existir al haber sido resuelto por su comunicación del 9 de octubre de 2014. Finalmente, solicitaron que se declare que la cláusula penal incluida en el Acuerdo de Pago debía ser reducida por ser “abusiva, leonina y arbitraria”.

23. CADES no contestó la solicitud de arbitraje a pesar de haber sido debidamente notificado, y en consecuencia se le declaró en rebeldía.

D. SÍNTESIS DE LOS ARGUMENTOS

Argumentos relativos a la competencia.

Este Tribunal tiene competencia para conocer de la presente controversia, por cuanto; *en primer lugar*, la cláusula arbitral celebrada entre las partes es válida en los términos del Artículo 7 de la Ley de Arbitraje de Feudalia al ser, (i) un acuerdo entre las partes mediante el cual deciden someter a arbitraje todas las controversias que surjan o tengan relación con el Contrato de Consultoría; (ii) que adopta la forma de una cláusula compromisoria incluida en el Contrato de Consultoría; y (iii) consta por escrito.

En segundo lugar, la cláusula arbitral del Contrato de Consultoría es oponible y vinculante para los Sres. Prósperi en su calidad de herederos de Abel Prósperi, ya que el fallecimiento del último fue el hecho jurídico que dio lugar a una transmisión por causa de muerte de éstos derechos, teniendo en cuenta que (i) la aceptación de la herencia de Abel Prósperi por parte de los Sres. Prósperi fue pura y simple, y (ii) los efectos del Contrato de Consultoría celebrado por Abel Prósperi se extienden a sus herederos por ser estas obligaciones transmisibles por causa de muerte.

En tercer lugar, en todo caso la cláusula arbitral del Contrato de Consultoría es oponible y vinculante para los Sres. Prósperi en razón de su conducta contractual con PROMESA, ya que aceptaron y ejecutaron parcialmente los términos del Contrato de Consultoría, y adicionalmente negociaron, celebraron y ejecutaron parcialmente el Acuerdo de Pago.

En cuarto lugar, el pacto arbitral se predica tanto del Contrato de Consultoría como de su Acuerdo de Pago, esto debido a que (i) el Contrato de Consultoría y su Acuerdo de Pago hacen parte de una relación contractual única entre PROMESA y los Sres. Prósperi; y sin perjuicio de lo anterior, (ii) en el evento en que este Tribunal considere que el Contrato de Consultoría y su Acuerdo de Pago se califican como contratos independientes, éstos están coligados o vinculados.

En quinto lugar, el pacto arbitral contenido en el Contrato de Consultoría no se extingue con la suscripción del segundo contrato de consultoría pues éstos son dos acuerdos independientes de acuerdo a sus términos de negociación y la intención de las partes al celebrarlos.

Adicionalmente, y *en sexto lugar*, en ningún caso el segundo contrato de consultoría se puede considerar como una novación puesto que su objeto es perfectamente compatible con el del primero, y en consecuencia era necesario que de manera expresa se estipulara en el segundo contrato de consultoría que éste novaba las obligaciones del primer contrato. En el caso concreto no se hizo tal estipulación expresa, y ni siquiera se hizo de manera tácita, ya que la independencia del segundo contrato de consultoría es evidente al no hacer éste ninguna referencia a las obligaciones derivadas del Contrato de Consultoría.

Finalmente, *en séptimo lugar*, PROMESA cumplió con la obligación de confidencialidad establecida en la cláusula arbitral. Al momento de las declaraciones alegadas como violación de la misma no había iniciado el arbitraje en la medida en que para tal fecha los Sres. Prósperi no habían recibido el requerimiento de arbitraje. En consecuencia, la divulgación de la existencia del arbitraje no es una actuación arbitral, y por ende no se encuentra cubierta por el deber de confidencialidad.

Argumentos relativos al fondo de la controversia.

Los Sres. Prósperi están obligados a pagar la deuda resultante del Contrato de Consultoría y del Acuerdo de Pago, así como la respectiva multa pactada en el segundo ya que; *en primer lugar*, el Contrato de Consultoría y su Acuerdo de Pago son oponibles a los Sres. Prósperi, puesto que al ser herederos de forma pura y simple del Sr. Prósperi, recibieron todos los derechos y obligaciones derivados del Contrato de Consultoría, y bajo esta calidad se obligaron de forma consciente y libre en las modificaciones negociadas en el acuerdo de pago. Adicionalmente, al celebrar y ejecutar el Acuerdo de Pago, los Sres. Prósperi se encuentran vinculados a los términos de éste, que valga la pena resaltar ellos mismo propusieron.

En segundo lugar, PROMESA cumplió con todas las obligaciones a su cargo derivadas de la relación contractual y dicho cumplimiento nunca fue cuestionado por CADES o los Sres. Prósperi.

En tercer lugar, los Sres. Prósperi incumplieron su obligación de pago de \$950.000 dólares correspondiente al monto establecido en el Acuerdo de Pago, y se encuentran en mora desde abril de 2013, en consecuencia se les debe condenar al pago de ésta suma.

En cuarto lugar, se configuró mala fe por parte de los Sres. Prósperi con su conducta a lo largo de la relación contractual con PROMESA, reflejada en el hecho de celebrar el Contrato de Consultoría, posteriormente incumplirlo, luego, una vez el precio de la marmolita incrementa, darle a PROMESA la certeza de que cumpliría mediante el Acuerdo de Pago, para finalmente incumplir el sus obligaciones cuando deja de tener interés en el proyecto minero.

En quinto lugar, ante su incumplimiento del Acuerdo de Pago, los Sres. Prósperi están obligados al pago de una multa del 0,12% sobre el saldo adeudado (\$950.000). Adicionalmente, de acuerdo a la jurisprudencia del Tribunal Supremo español, ésta cláusula penal no es susceptible de ser reducida por el tribunal arbitral en tanto es una cláusula que aplica ante el incumplimiento parcial o total de la obligación.

E. FUNDAMENTOS JURÍDICOS.

1. ARGUMENTOS RELATIVOS A LA COMPETENCIA DEL TRIBUNAL.

1. Este Tribunal tiene competencia para conocer de la presente controversia, por cuanto; (i) la cláusula arbitral celebrada entre las partes es válida; (ii) la cláusula arbitral del Contrato de Consultoría es oponible y vinculante para los Sres. Prósperi en su calidad de herederos de Abel Prósperi; (iii) En todo caso la cláusula arbitral del Contrato de Consultoría es oponible y vinculante para los Sres. Prósperi en razón de su conducta contractual con PROMESA; (iv) El pacto arbitral se predica tanto del Contrato de Consultoría como de su Acuerdo de Pago celebrado en el 2012; (v) El Contrato de Consultoría y su Acuerdo de Pago hacen parte de una relación contractual única entre PROMESA y los Sres. Prósperi; (vi) En el evento en que este Tribunal considere que el Contrato de Consultoría y su Acuerdo de Pago se califican como contratos independientes, éstos son coligados; (vii) el pacto arbitral contenido en el Contrato de Consultoría no se extingue con la suscripción del segundo contrato de consultoría; (viii) en ningún caso el segundo contrato de consultoría se puede considerar como una novación; y (ix) PROMESA cumplió con la obligación de confidencialidad establecida en la cláusula arbitral.

1.1. La cláusula arbitral celebrada entre las partes es válida.

2. Como se desprende de la descripción de los Hechos del Caso, los Sres. Prósperi objetan la jurisdicción arbitral alegando no estar vinculados por ningún pacto arbitral. En respuesta a tal afirmación, demostraremos a continuación que la cláusula arbitral contenida en la cláusula vigésima del Contrato de Consultoría es válida y oponible para los Sres. Prósperi en calidad de demandados, y que constituye fuente de la competencia del tribunal.

3. La competencia del tribunal para conocer de la presente controversia se comprueba con la existencia del pacto arbitral contenido en el Contrato de Consultoría en virtud del cual las partes sometieron a arbitraje todas las controversias que se deriven o guarden relación con el Contrato de Consultoría.

4. Es desarrollo de lo anterior, es importante recalcar que el principal efecto para las partes de la inclusión de una cláusula compromisoria, como ocurre en este caso, es el de obligar a las partes de un contrato a someter las eventuales cuestiones litigiosas que puedan generarse en el futuro, y a la competencia de un tribunal arbitral (Caivano, 2008). Este acuerdo

excluye la competencia de los jueces estatales, y convierte a la cláusula compromisoria en un acuerdo muy particular, al tener como objeto un acto jurisdiccional (Larroumet, 2005), que regula la forma en que las partes ejercen los derechos y acciones que se derivan del contrato en que se incluyó dicha cláusula (Rivera, 2009).

5. Este acto jurisdiccional, si bien limita el monopolio del Estado respecto de su potestad de administrar justicia (Larroumet, 2005), se asemeja a la acción que tienen los sujetos de un Estado para poner el aparato estatal en movimiento y reclamar sus derechos, y al poder jurídico que una demanda otorga a un sujeto para acudir a un tribunal pidiendo algo en contra de un demandado (Couture, 1983), con la diferencia de ser ejercido con sustento en un acto que puede llamarse “de justicia privada”, pues ya no se ejercerá ante el Estado.

6. La cláusula compromisoria, no implica exclusivamente una obligación de someter una controversia al conocimiento de un tribunal arbitral, sino que dota de un derecho a las partes para activar un tribunal, y así asegurar la eficiencia de sus derechos (Couture, 1983). Sumado a lo anterior, es preciso resaltar que la inclusión de una cláusula arbitral implica para las partes el derecho de acudir a un tribunal arbitral para resolver cualquier controversia derivada de un contrato, y la correlativa obligación de someterse a la competencia de tal tribunal en el evento en que su contraparte active la competencia del tribunal.

7. En los términos del Artículo 7 de la Ley de Arbitraje de Feudalia, un acuerdo debe reunir tres elementos para considerarse un pacto arbitral válido, estos son: (i) Ser un acuerdo por el que las partes decidan someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual; (ii) Que adopte la forma de una cláusula compromisoria incluida en un contrato o la forma de un acuerdo independiente; y (iii) Que el acuerdo conste por escrito.

8. En el presente caso, el acuerdo incluido en la cláusula vigésima en el Contrato de Consultoría constituye efectivamente un pacto arbitral, por cuanto reúne los requisitos señalados en la Ley de Arbitraje de Feudalia para tales efectos.

9. En primer lugar, dicho pacto determinó el mecanismo acordado por las partes para de forma amplia solucionar todas las controversias que llegasen a surgir o que guarden relación con el Contrato de Consultoría; el contenido de dicha cláusula es el siguiente:

10. “Todas las disputas que surjan o que guarden relación con el presente contrato, se resolverán mediante arbitraje, de acuerdo con la Ley de Arbitraje Comercial Internacional de Feudalia y con el Reglamento de Arbitraje Comercial Internacional del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Santiago (Chile).” (Subrayas fuera del texto)

11. Con lo anterior, no hay lugar a duda sobre la voluntad expresa de las partes¹ de someter a arbitraje las controversias que surgieran con relación al Contrato de Consultoría, cumpliéndose así el primer requisito para considerar el acuerdo como un pacto arbitral.

12. En segundo lugar, dicho acuerdo se incluyó en el Contrato de Consultoría como cláusula compromisoria, lo anterior en virtud de que este tipo de cláusulas implican un acuerdo para atender un litigio eventual que pudiera surgir en la ejecución de un contrato (Larroumet, 2005).

13. En tercer lugar, el pacto arbitral consta por escrito, y sobre ello no hay duda en los hechos del presente caso.

14. Por lo anterior, es claro para la parte demandante que la existencia de una cláusula compromisoria es un hecho que no admite refutación alguna, y que por lo tanto, es capaz de soportar una controversia arbitral y le otorga competencia a este tribunal para conocer de la presente controversia.

¹ Las Partes iniciales del Contrato de Consultoría fueron CADES y Abel Prósperi, a título de comitentes, y PROMESA a título de consultora. Posteriormente, y como se desarrollará más adelante, los Sres. Prósperi sustituyeron la posición contractual de comitente de su padre Abel Prósperi, y esta posición contractual pasa a estar conformada por los Sres. Prósperi de forma solidaria junto con CADES.

1.2. La cláusula arbitral del Contrato de Consultoría es oponible y vinculante para los Sres. Prósperi en su calidad de herederos de Abel Prósperi.

15. La objeción a la jurisdicción arbitral promovida por la parte demandada es improcedente, porque a pesar de que los Sres. Prósperi no fueron signatarios del Contrato de Consultoría que contiene la cláusula compromisoria que se objeta, aquella les es oponible y los vincula, por cuanto existió una transmisión de la misma en favor de ellos en su calidad de herederos del signatario de dicho contrato.

16. Si bien la naturaleza de la cláusula compromisoria es de tipo contractual y esencialmente convencional, lo que significa que debe haber un intercambio de consentimientos entre las partes del acuerdo para excluir la competencia de los jueces estatales, además de reunir todos los requisitos de existencia y validez de los contratos (Larroumet, 2005), aquello no excluye la posibilidad de que se admita que sujetos que no han sido parte en el acuerdo arbitral se vean obligados a participar en el proceso arbitral por la relación especial existente entre ellos y el signatario del pacto, que permite asimilarlos a la parte del acuerdo (Caivano, Arbitraje y grupos de sociedades. Extensión de los efectos de un acuerdo arbitral a quien no ha sido signatario, 2006).

17. La sucesión a título universal es uno de los supuestos en los que se acepta de manera excepcional que las partes que conforman un proceso arbitral no coincidan con aquellas que firmaron la cláusula compromisoria inicialmente (Hanotiau, 2006). Es así como a los sucesores de las partes de un pacto arbitral se les extienden los efectos de la cláusula de forma activa y pasiva (Caivano, Arbitraje y grupos de sociedades. Extensión de los efectos de un acuerdo arbitral a quien no ha sido signatario, 2006), pudiendo invocar un acuerdo arbitral del que no fueron signatarios para dirimir una controversia, o pudiendo ser llevados ante un tribunal arbitral por la otra parte que sí fue signataria del pacto.

18. En el caso (CCI N°2626), el tribunal arbitral estableció que “(...) un acuerdo arbitral no es solo oponible a las partes originarias, sino que también se impone a sus sucesores universales y a los sucesores a título particular, como los cesionarios y adquirentes de los derechos u obligaciones (...)” (Caivano, La cláusula arbitral y la cesión del contrato que la contiene, 2012)

19. Teniendo entonces establecido que el acuerdo arbitral estipulado por el causante debe ser respetado por sus herederos, en vista de que a aquellos se les transfieren los derechos y obligaciones de la persona fallecida (Caivano, El arbitraje y el fuero de atracción del sucesorio, 1999), los demandados no pueden desconocer el fuero del pacto arbitral, pues a efectos prácticos, en el caso concreto no es relevante que no hayan sido parte del contrato que le dio origen, pues como contrato se transfirió con la muerte del causante.

20. De acuerdo con lo anterior, y teniendo en cuenta el fallecimiento del señor Abel Prósperi como hecho jurídico que dio lugar a una sucesión, es perfectamente aplicable la transmisión del pacto arbitral a los Sres. Prósperi como herederos, teniendo en cuenta dos factores: (i) la aceptación de la herencia de Abel Prósperi por parte de los Sres. Prósperi fue pura y simple, y (ii) los efectos del Contrato de Consultoría celebrado por Abel Prósperi se extienden a sus herederos.

1.2.1. Aceptación pura y simple de la herencia de Abel Prósperi.

21. De conformidad con el Artículo 9 (8) del Código Civil Marmitania, la sucesión por causa de muerte se rige por la ley nacional del causante en el momento de su fallecimiento, lo que conlleva a la aplicación de éste código para regular la sucesión del señor Abel Prósperi, la cual coincide con el Código Civil español.

22. De conformidad con el Código Civil de Marmitania, la aceptación que hicieron los Sres. Prósperi de la herencia de su padre, correspondió a una aceptación pura y simple de la herencia en los términos del Artículo 1003 de dicho Código. La aceptación pura y simple de la herencia implica que el heredero es responsable de todas las cargas de la herencia, y responde por ellas no solo con los bienes de la sucesión, sino con los propios, lo que significa que los herederos devienen titulares de las obligaciones contractuales adquiridas por el causante. Lo anterior por cuanto en el caso concreto la aceptación de la herencia se dio sin condición alguna. (Aclaraciones del Caso, pár. 4.4.)

1.2.2. Extensión de los efectos de los contratos celebrados por Abel Prósperi a los Sres. Prósperi en su calidad de herederos.

23. En el presente caso, los Sres. Prósperi sustituyeron a Abel Prósperi en la posición que ocupaba en el Contrato de Consultoría que contenía el pacto arbitral en la cláusula vigésima.

Lo anterior por cuanto la sustitución de partes dentro de un contrato puede tener como origen diversos hechos jurídicos, como el fallecimiento de una persona y su sucesión por sus herederos (Rivera, 2009). Así, la sucesión a título universal de derechos y obligaciones derivadas de un contrato, constituye un caso de circulación de la cláusula compromisoria (Rivera, 2009).

24. La cláusula arbitral, al constituir un contrato autónomo, produce efectos para los demandados, por lo cual no es procedente la objeción a la jurisdicción arbitral, planteada por los Sres. Prósperi.

25. Sin perjuicio de lo anterior, el Artículo 1257² del Código Civil de Marmitania constituye una excepción al efecto relativo de los contratos, por cuanto establece que aquellos producen efectos entre las partes que los otorgan y sus herederos, lo cual implica que el pacto arbitral al ser un contrato, produce efectos para los Sres. Prósperi a pesar de que no hayan sido signatarios del acuerdo. De esta manera se consigue la calificación de un no signatario del pacto arbitral, como un parte del negocio jurídico.

26. Por lo anteriormente señalado, y habiéndose demostrado que en el arbitraje internacional es admitido que terceros no signatarios se hagan parte del proceso arbitral como consecuencia de una sucesión por casusa de muerte, es posible concluir que este tribunal tiene competencia para conocer de la controversia sometida a su conocimiento.

1.3. En todo caso la cláusula arbitral del Contrato de Consultoría es oponible y vinculante para los Sres. Prósperi en razón de su conducta contractual con PROMESA.

27. De la conducta de los Sres. Prósperi se entiende que consintieron lo pactado en el Contrato de Consultoría, incluido el pacto arbitral que ahora objetan, toda vez que aceptaron

² Artículo 1257: Los contratos sólo producen efecto entre las partes que los otorgan y sus herederos; salvo, en cuanto a éstos, el caso de que los derechos y obligaciones que proceden del contrato no sean transmisibles, o por su naturaleza, o por pacto, o por disposición de la ley. Si el contrato contuviera alguna estipulación en favor de un tercero, éste podrá exigir su cumplimiento, siempre que hubiese hecho saber su aceptación al obligado antes de que haya sido aquélla revocada. (Subraya fuera del texto)

la herencia del causante sin beneficio de inventario, y no intentaron terminar la relación contractual con PROMESA en ningún momento.

28. Por el contrario, de los hechos del presente caso se puede notar el interés de los Sres. Prósperi de continuar con la relación contractual sostenida con PROMESA desde el año 2009, toda vez que en el año 2012 celebraron el Acuerdo de Pago, el cual está directamente relacionado con el objeto del Contrato de Consultoría, permitiendo concluir que de su conducta se entienda que consintieron el Contrato de Consultoría celebrado por su padre.

29. Es claro para la parte demandante que en principio, los contratos solo surten efectos entre las partes que los suscriben, y que no es la excepción en el caso del pacto arbitral, en la medida que se debe evitar forzar a alguien que no haya expresado su consentimiento a formar parte de un arbitraje (Caivano, Arbitraje y grupos de sociedades. Extensión de los efectos de un acuerdo arbitral a quien no ha sido signatario, 2006). Pero también es claro para esta parte, que los demandados, aún sin haber suscrito directamente el pacto arbitral, están vinculados por este.

30. El aceptar la sucesión de Abel Prósperi de forma pura y simple, sin impedir la transmisión a su cargo de las obligaciones asumidas por su padre en vida, y tampoco sin intentar darlas por terminadas una vez se abrió la sucesión, es un hecho suficiente para concluir que los Sres. Prósperi expresaron con su comportamiento su voluntad de someterse al arbitraje pactado en el Contrato de Consultoría, cuyas obligaciones se les transmitieron por la sucesión por causa de muerte, al igual que se transmite cualquier obligación contractual a causa de una sucesión.

31. Los actos adelantados por un sujeto pueden constituir una derivación del consentimiento (García, 2011), en consonancia la existencia del consentimiento para obligarse por un contrato puede inferirse de la conducta de las partes. (Rodríguez, 2011, pág. 73)

32. Es así como se debe considerar también que de acuerdo a la doctrina, los demandados ocupan una parte sustancial en el pacto arbitral, al ser titulares de los intereses negociales que constituyen la relación jurídica (García, 2011), y que en el caso objeto de estudio son los intereses que giran alrededor del Contrato de Consultoría que le dio origen a la cláusula

arbitral, por lo que es improcedente alegar que nada tienen que ver con el pacto arbitral, cuando son parte sustancial del mismo.

33. Como parte sustancial, los demandados están innegablemente vinculados con el negocio jurídico que le dio origen al pacto arbitral, y sus actos pueden ser considerados como una derivación del consentimiento sobre lo pactado por Abel Prósperi en el año 2009.

34. Los tribunales arbitrales que conocieron de los casos (CCI N° 7604 y 7610, 1995), sostuvieron que es procedente extender los efectos jurídicos de un pacto a arbitral a terceros no-signatarios en el caso en que las circunstancias del negocio en cuestión “(...) *permiten presumir que ese tercero aceptó el sometimiento a ese contrato (...)*”, reiterándose una vez más, la posibilidad de extender la cláusula arbitral a un no-signatario en razón a su conducta.

35. En materia de extensión del pacto arbitral a no-signatarios, es posible destacar el caso fallado por la Corte de Apelaciones del Segundo Circuito de Estados Unidos, que en el caso Thompson-CSF v. AAA, ya que decantó los supuestos en los cuales es posible extender los efectos de un acuerdo arbitral a un no-signatario, entre los cuales incluyó a quien alegue no estar cubierto por el pacto arbitral pero que tuvo previamente una conducta contradictoria con esa alegación. (Thompson-CSF, S.A. v. American Arbitration Association, 1995)

36. Es de esa forma como se puede concluir que en virtud de la conducta desplegada por los Sres. Prósperi, aquellos asumieron las obligaciones derivadas del Contrato de Consultoría celebrado por su padre, lo que incluye el pacto arbitral que en él se contiene, y en consecuencia consistieron a la jurisdicción arbitral. El objetar el arbitraje sobre el cual consintieron al asumir las obligaciones derivadas del Contrato de Consultoría es un acto que se ha reconocido defrauda la buena fe y conlleva a la parte inevitablemente al arbitraje (García, 2011).

1.4. El pacto arbitral se predica tanto del Contrato de Consultoría como de su Acuerdo de Pago.

37. La relación comercial entre, por un lado PROMESA, y por el otro CADES y los Sres. Prósperi, se resume en un contrato y su acuerdo de pago ante el incumplimiento de los Sres. Prósperi, y un segundo contrato independiente del primero.

38. PROMESA celebró con CADES y Abel Prósperi el Contrato de Consultoría en el año 2009; posteriormente, y tras la muerte de Abel Prósperi, sus herederos, los Sres. Prósperi, en calidad de herederos sustituyeron la posición contractual de su padre y realizaron un Acuerdo de Pago a favor de PROMESA, con relación al dinero que se le adeudaba en virtud de éste contrato.

39. Finalmente las Partes celebraron un segundo contrato de consultoría independiente del primero para que PROMESA realizara una nueva consultoría.

40. En vista de lo anterior, mal hace la parte demandada al intentar desconocer la obligación derivada del pacto arbitral incluido en el Contrato de Consultoría, y al intentar escapar de la jurisdicción arbitral que de aquel se deriva, toda vez que la cláusula arbitral celebrada en dicho contrato, se predica de éste contrato y de su Acuerdo de Pago.

41. El pacto arbitral es predicable de ambos acuerdos, por los siguientes motivos; (i) el Contrato de Consultoría y su Acuerdo de Pago conforman una única relación contractual; (ii) incluso si este Tribunal considera que dichos acuerdos son contratos independientes, éstos se encuentran coligados o vinculados y por ende el pacto arbitral se predica de ambos.

1.4.1. El Contrato de Consultoría y su Acuerdo de Pago hacen parte de una relación contractual única entre PROMESA y los Sres. Prósperi.

42. Cómo se analizó en el acápite de validez de la cláusula arbitral, es clara la voluntad de las partes de someter a un arbitraje "*todas las disputas que surjan de o que guarden relación*" con el Contrato de Consultoría, como lo son aquellas relativas al objeto y el precio del mismo, voluntad que se materializó a través de la cláusula arbitral celebrada en el Contrato de Consultoría.

43. Precisamente, el Acuerdo de Pago realizado en diciembre de 2012 versó sobre la obligación principal del Contrato de Consultoría en cabeza de los Sres. Prósperi de pagar el precio convenido. Este Acuerdo de Pago surge luego de un periodo de intensas negociaciones, y fue propuesto por CADES, con el conocimiento y aval de los Sres. Prósperi, mediante comunicación electrónica del 19 de diciembre de 2012.

44. El Acuerdo de Pago se perfeccionó con el consentimiento de PROMESA en respuesta del 20 de diciembre de 2012, al confirmar su “expresa aceptación a todos y cada uno de los términos propuestos en su correo de ayer”, materializándose un acuerdo entre las partes y adquiriendo vigencia el Acuerdo de Pago.

45. Como muestra de la aceptación del Acuerdo de Pago propuesto y e inicio de su ejecución, los Sres. Prósperi pagaron la suma de \$50.000 dólares a favor de PROMESA, quien en la misma comunicación del 20 de diciembre acusó recibo de la transferencia efectuada.

46. Es importante señalar que en su respuesta PROMESA hizo referencia de manera separada e independiente a su disposición de firmar un nuevo contrato de consultoría, distinguiendo así ambas circunstancias; por un lado, el Acuerdo de Pago, que se encuentra vigente desde su aceptación; y por el otro, el nuevo contrato de consultoría que se llevaría a cabo con posterioridad.³

47. En este sentido, entre las Partes existió una única relación contractual que se compone del Contrato de Consultoría, y su respectivo Acuerdo de Pago, el cual fue necesario tras el incumplimiento de los Sres. Prósperi.

48. El carácter único de la relación contractual se evidencia al remitirnos al Artículo 1258 del Código Civil Español, ley aplicable al fondo de la presente controversia, el cual establece que los contratos desde su perfeccionamiento “...obligan, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley.”

49. Un Acuerdo de Pago de la obligación principal a cargo de una de las partes, como sucedió en el presente caso, constituye una consecuencia, que por la naturaleza de la obligación de pago, no sólo hace parte del mismo, sino que obliga a la parte demandada por cuando responde a la buena fe, el uso y la ley.

³ Ver Hechos del Caso párrafos 2.4.5; 2.4.7; 2.7.4; Ver Aclaraciones del Caso párrafos 6.2.

50. En consecuencia, al ser parte de una relación contractual única, la cláusula arbitral se predica de las controversias que surjan, tanto del Contrato de Consultoría, como del Acuerdo de Pago, ya que cualquier disputa respecto del segundo acuerdo guarda relación con el primero.

1.4.2. En el evento en que este Tribunal considere que el Contrato de Consultoría y su Acuerdo de Pago se califican individualmente como contratos, éstos están coligados.

51. Incluso si en los términos del Artículo 1254 del Código Civil Español este Tribunal considera que el Acuerdo de Pago es un contrato independiente, éste sería un contrato coligado al Contrato de Consultoría. El referido Artículo 1254 establece que “El contrato existe desde que una o varias personas consienten en obligarse, respecto de otra u otras, a dar alguna cosa o prestar algún servicio”. Así pues, si se considera al Acuerdo de Pago un contrato en sí mismo por ser la forma mediante la cual las partes consintieron en obligaciones, es claro que éstas están coligadas o vinculadas a las obligaciones del Contrato de Consultoría, y en esa medida éstos son contratos coligados o vinculados.

52. De acuerdo con Messineo, con los contratos vinculados;

“... se quiere indicar el caso en que se estipulan entre las mismas partes dos contratos en relación de dependencia mutua (interdependencia), en el sentido de que la ejecución (o validez) del uno queda subordinada a la ejecución (ó validez) del otro,...La característica de los contratos recíprocos (que, por otra parte son autónomos, aunque interdependientes) deriva de la intención de las partes, las cuales conciben los dos contratos como unidad económica. Desde el punto de vista jurídico, su característica estriba en esto: que cada uno constituye como la causa del otro”, precisando luego, respecto de los "contratos vinculados", que corresponden a una modalidad más amplia, "en el sentido de que la vinculación puede no configurarse como reciprocidad, sino, por ejemplo, como subordinación unilateral de un contrato respecto del otro”. (Messineo, 1952, págs. 402-403)

53. Si se entiende que el Acuerdo de Pago y el Contrato de Consultoría son diferentes contratos, se debe entender así mismo que están vinculados, en la medida en que se realizaron

entre las mismas partes y tienen una relación de dependencia mutua, pues el Acuerdo de Pago está subordinado a la validez del Contrato de Consultoría. Asimismo, los dos contratos se conciben por las partes como una unidad económica al diferenciarlos del denominado “nuevo” contrato de consultoría.

54. Tal fue esta diferenciación que el consentimiento para el Acuerdo de Pago y para el segundo contrato de consultoría se efectuó en momentos y por medios distintos, y a su vez no se incluyeron ni se hizo referencia alguna a las obligaciones del primero en el segundo. (Aclaraciones del Caso pár. 6.4.) El Acuerdo de Pago se llevó a cabo mediante comunicaciones electrónicas, mientras que el segundo contrato de consultoría se celebró en un documento aparte con obligaciones distintas a las referidas en el Acuerdo de Pago y en el Contrato de Consultoría.

55. El Tribunal Supremo de España, Sala de lo Civil ha reconocido la existencia de contratos complejos vinculados entre sí. Lo anterior es de recibo teniendo en cuenta la interpretación de autoridad que realiza este Tribunal respecto del Código Civil español. Asimismo, la legislación española en materia del consumo (Ley 7, 1993) y (Ley 16, 2011) reconoce expresamente los contratos vinculados en esta materia, refiriendo que tal condición se deriva de la existencia de una “unidad comercial” (Artículo 29 de la Ley 16 de 2011).

56. En el caso concreto se evidencia una unidad comercial al tener, tanto el Acuerdo de Pago como el Contrato de Consultoría, una causa comprensiva de la operación que busca precisamente esa unidad. En este sentido autores como Bianca refieren que “En los contratos coligados debe por tanto identificarse la causa parcial de cada uno de los contratos y la comprensiva de la operación”.

57. Así pues, existe una causa comprensiva de ambos contratos, un objetivo económico común, (Hanotiau, *Complex Arbitrations: Multiparty, Multicontract, Multi-Issue and Class Actions.*, 2006, pág. 219) esto es, la realización de la consultoría acordada en 2009 y respecto de la cual, a pesar del cumplimiento de PROMESA, los Sres. Prósperi no cumplieron con sus obligaciones y en consecuencia fue necesario llevar a cabo el Acuerdo de Pago.

58. Establecida la calificación de contratos coligados, es importante referir su efecto sobre la cláusula arbitral. En este sentido, el supuesto del presente caso implica la existencia de dos contratos coligados, uno de los cuales tiene una cláusula arbitral, y otro que no contiene ningún tipo de cláusula relativa a la jurisdicción. Al estar ambos contratos coligados, ello implica que el ámbito de la cláusula arbitral se extiende a las disputas que surjan de todo el esquema contractual, es decir de ambos contratos. (CCI No. 8708, 1997)

59. Decisiones como el Caso (Labinal, 1993) de la Corte de Apelaciones de París han reconocido que esta es la consecuencia necesaria de la existencia de disputas relacionadas debido a la vinculación de dos o varios contratos, porque permite una buena administración de justicia.

60. Adicionalmente casos como (SMABTP & Autres c. Soc. Statinor & Autre, 1997) incluso han reconocido que el carácter vinculado de los contratos implica que la cláusula arbitral se extiende incluso a quienes participan en la ejecución del contrato con conocimiento de la existencia del pacto arbitral. Esta circunstancia también se predica de los Sres. Prósperi quienes, conociendo los términos del Contrato de Consultoría, iniciaron la ejecución del Acuerdo de Pago con la transferencia de \$50.000 dólares a favor de PROMESA (Hechos del Caso, pár. 2.4.6.).

61. Así pues, incluso si este Tribunal considera que el Contrato de Consultoría y el Acuerdo de Pago se califican como contratos independientes bajo la legislación aplicable, éstos están vinculados o coligados, y en consecuencia la cláusula arbitral acordada en el Contrato de Consultoría se debe extender al Acuerdo de Pago en virtud de la unidad económica existente entre los contratos.

1.5. En todo caso el pacto arbitral contenido en el Contrato de Consultoría no se extingue con la suscripción de un segundo contrato de consultoría.

62. La parte demandada alega que el pacto arbitral se extinguió con la celebración de un segundo contrato de consultoría, frente a lo cual es pertinente llamar la atención de este Tribunal sobre el hecho que el segundo contrato de consultoría que se celebró entre las partes de manera independiente al Contrato de Consultoría, de ninguna forma extinguió las

obligaciones que surgían de este. Por el contrario, el objeto del segundo contrato es perfectamente compatible con el del Contrato de Consultoría, esto es, la realización de otra consultoría por parte PROMESA (Hechos del Caso pár. 2.3.1).

63. Adicionalmente la independencia del segundo contrato de consultoría es evidente al no hacer ninguna referencia a las obligaciones derivadas del Contrato de Consultoría, y en consecuencia ni su cumplimiento ni cualquier otra controversia relativa a este contrato se discute en este arbitraje (Aclaración 6.5.).

64. La suscripción de un contrato posterior entre las partes no extingue el primer contrato, y mucho menos extingue la cláusula arbitral celebrada en el Contrato de Consultoría, motivo por el cual, la objeción presentada por la parte demandada carece de todo asidero jurídico.

65. Teniendo en cuenta el principio de autonomía o independencia del pacto arbitral, éste se entiende como un contrato en sí mismo, y en consecuencia cualquier modificación debe darse en el marco de las reglas generales de interpretación de contratos (Cardenas Mejía, 2005).

66. La Ley de Arbitraje de Feudalia reitera esta posición en su Artículo 16 (1), en que establece que “(...) una cláusula compromisoria que forme parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del contrato. La decisión del tribunal arbitral de que el contrato es nulo no entrañará ipso iure la nulidad de la cláusula compromisoria” (subraya fuera del texto).

67. En este sentido, las reglas de interpretación aplicables al presente caso se encuentran el Código Civil español en su Artículo 1281, el cual establece que “si los términos de un contrato son claros y no dejan duda sobre la intención de los contratantes, se estará al sentido literal de sus cláusulas. Si las palabras parecieren contrarias a la intención evidente de los contratantes, prevalecerá ésta sobre aquéllas”. Además establece en su Artículo 1282 que, “Para juzgar de la intención de los contratantes, deberá atenderse principalmente a los actos de éstos, coetáneos y posteriores al contrato”.

68. En el presente caso, si bien no se dispone de los términos literales del segundo contrato de consultoría, la intención de los contratantes derivada de sus actos coetáneos y posteriores

es clara en el sentido que, éste segundo contrato fue un nuevo contrato, con nuevas obligaciones e independiente del Contrato de Consultoría, y en consecuencia no afecta ni modifica sus obligaciones.

69. Lo anterior se reafirma en la inclusión de una cláusula de jurisdicción distinta en el segundo contrato de consultoría, en la cual las partes pactaron que las controversias derivadas de este contrato serían decididas por los tribunales judiciales de Costa Dorada (Aclaración 6.3).

70. En conclusión, de acuerdo al principio de autonomía y las reglas de interpretación aplicables al presente caso, estamos en presencia de dos contratos independientes, y es claro que el segundo contrato de consultoría en ningún caso modificó el Contrato de Consultoría y mucho menos extinguió el pacto arbitral que éste incluye.

1.6. En ningún caso el segundo contrato de consultoría se puede considerar como una novación.

71. El segundo contrato de consultoría no se puede calificar como una novación, ni respecto del Contrato de Consultoría, ni de la cláusula arbitral que éste contiene.

72. La novación alegada por la parte demandada no es tal, toda vez que al estudiar la ley aplicable al fondo de la controversia, es decir el Código Civil español (ley llamada a determinar si se está en presencia de una novación o no), es posible apreciar que los requisitos establecidos para el nacimiento de una novación no se cumplen en el presente caso. Como consecuencia de lo anterior, la parte demandada no tiene fundamento legal alguno para alegar una novación que extinga el pacto arbitral.

73. El Artículo 1204 del Código Civil español establece que: “Para que una obligación quede extinguida por otra que la sustituya, es preciso que así se declare terminantemente, o que la antigua y la nueva sean de todo punto incompatibles”.

74. Como se refirió anteriormente, el segundo contrato de consultoría no hace ninguna referencia a las obligaciones emergentes del Contrato de Consultoría (Aclaración 6.4). Así

pues, el segundo contrato no tiene la entidad de extinguir el contrato del 2009 al no declararlo ni expresa ni tácitamente.

75. Adicionalmente, el objeto y las obligaciones de ambos contratos no son incompatibles, por el contrario, el segundo contrato de consultoría tenía la finalidad de actualizar el resultado del Contrato de Consultoría, y en consecuencia su objeto es complementario.

76. De acuerdo a lo anterior, teniendo en cuenta que el objeto del segundo contrato de consultoría es compatible con el del Contrato de Consultoría, para que el primer novara alguna de las obligaciones del segundo, se debía señalar tal modificación de manera explícita en los términos del Código Civil español.

77. En virtud de las razones expuestas, el segundo contrato de consultoría no se puede calificar como una novación de las obligaciones contenidas en el Contrato de Consultoría, y en consecuencia el pacto arbitral se encuentra vigente, y tal objeción a la competencia de este tribunal no puede ser de recibo.

1.7. PROMESA cumplió con la obligación de confidencialidad establecida en la cláusula arbitral.

78. Los Sres. Prósperi alegan que las declaraciones del presidente de PROMESA, el ingeniero Alcides Roca, al diario el Heraldito el 4 de octubre de 2014, constituyen una violación a la cláusula arbitral, y por lo tanto “declararon resuelto el pacto arbitral” el 9 de octubre de 2014. Sin embargo, las declaraciones del Sr. Roca no constituyen un incumplimiento de la obligación de confidencialidad establecida en la cláusula arbitral, como se desarrollará a continuación.

79. En efecto la cláusula vigésima del Contrato de Consultoría establece una obligación de confidencialidad del procedimiento arbitral en los siguientes términos: 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;* por su parte la cláusula décimo quinta regula los eventos en los cuales el contrato podrá ser resuelto de pleno derecho por cualquiera de las partes cuando se incurre en un incumplimiento grave y esencial de cualquiera de las obligaciones principales.

80. PROMESA no incumplió con su deber de confidencialidad, pues si bien éste incluye actuaciones arbitrales que no se limitan a la decisión del laudo, ello no incluye la divulgación de la existencia del procedimiento arbitral porque éste no configura una actuación arbitral.

81. Como actuaciones arbitrales se entienden aquellas circunstancias que, como lo refiere el mismo término, se dan en desarrollo de un arbitraje, esto es un procedimiento ya constituido. En este sentido la Ley de Arbitraje de Feudalia en su Artículo 21, entiende por inicio de actuaciones arbitrales el momento en el que el demandado recibe el requerimiento de arbitraje. Así, tales circunstancias, como bien lo establece la cláusula vigésima, hacen referencia a la decisión del laudo arbitral, pudiendo no limitarse a esta e incluir, por ejemplo, las órdenes procesales del tribunal en desarrollo del proceso, los argumentos escritos y orales, o las pruebas aportadas por las partes.

82. En el presente caso, al momento de las declaraciones del Ingeniero Roca (4 de octubre) no habían iniciado las actuaciones arbitrales (Artículo 21 Ley de Arbitraje de Feudalia) en la medida que para tal fecha los Sres. Prósperi no habían recibido el requerimiento de arbitraje. En consecuencia, PROMESA resulta imposible argumentar la revelación de una actuación arbitral cuando el supuesto acto de revelación ocurrió de forma previa al inicio de actuaciones arbitrales. En otras palabras resulta jurídicamente ilógico cuestionar una obligación de confidencialidad sobre un hecho que no existía.

83. En todo caso, e incluso si este Tribunal considerara que el deber de confidencialidad incluye actuaciones preliminares al arbitraje, como lo es su mera existencia, la declaratoria de los Sres. Prósperi relacionada con la resolución del pacto arbitral resulta inviable desde el punto de vista jurídico.

84. Como se refirió con anterioridad, la cláusula décimo quinta del Contrato de Consultoría establece que ante un incumplimiento grave y esencial de una obligación principal, una de las partes podrá terminar de manera unilateral el contrato. Sin embargo, este deber de confidencialidad no es una obligación principal del Contrato de Consultoría, y en todo caso incluso si hubo un incumplimiento por parte de PROMESA este no fue ni grave ni esencial.

85. El deber de confidencialidad es un elemento accidental de la cláusula arbitral, (Silva Romero, 2014) y en consecuencia su incumplimiento no afecta la validez del pacto arbitral en sí mismo, y mucho menos del Contrato de Consultoría. La finalidad de la cláusula décimo quinta es que ante el incumplimiento de obligaciones principales, como el pago que los Sres. Prósperi todavía adeudan a PROMESA, la parte a quien se le ha incumplido este tipo de obligaciones pueda terminar el contrato si así lo desea. Por el contrario, la finalidad de ésta cláusula no es que ante el incumplimiento de un elemento accidental de la cláusula arbitral, los Sres. Prósperi puedan “declarar resuelto el pacto arbitral” y por esa circunstancia objetar la jurisdicción arbitral para evadir el cumplimiento de una, ahora sí, obligación principal del Contrato de Consultoría.

86. Sumado a lo anterior, es necesario tener en cuenta la independencia de la cláusula arbitral, pues ésta implica que incluso si los Sres. Prósperi ejercieran la facultad establecida en la cláusula décimo quinta, se estaría resolviendo o terminando el Contrato de Consultoría, y al ser la cláusula arbitral independiente, la validez del contrato que la incluye, no afecta su validez. Así las cosas, no es de recibo que los Sres. Prósperi hayan resuelto el pacto arbitral, y en consecuencia éste es válido y este tribunal tiene competencia para conocer de la presente controversia.

87. Aceptar una posición como la propuesta por los Sres. Prósperi equivaldría a restarle aplicación a la cláusula arbitral como mecanismo de solución de controversias, pues con la simple terminación del contrato cualquier de las partes se podría sustraer de su obligación de someter las controversias a un tribunal arbitral en los términos del pacto.

2. ARGUMENTOS RELATIVOS AL FONDO DE LA CONTROVERSIA.

2.1. El Contrato de Consultoría y su Acuerdo de Pago son oponibles a los Sres. Prósperi.

88. Las obligaciones contenidas en el Contrato de Consultoría y el Acuerdo de Pago son oponibles a los Sres. Prósperi en tanto los derechos y obligaciones contenidos en los mismos

fueron transferidos a ellos en virtud de su aceptación pura y simple de la herencia de su padre Abel Prósperi (Aclaraciones del Caso Pár. 4.1).

89. Adicionalmente, respecto de las obligaciones del Acuerdo de Pago, éstas también son oponibles a los Sres. Prósperi porque negociaron, ofertaron, acordaron, y finalmente ejecutaron de forma parcial condiciones de este acuerdo (Hechos del Caso pár. 2.4.5).

90. Respecto de las obligaciones del Contrato de Consultoría, éstas son transferibles a los herederos del señor Abel Prósperi, es decir a sus hijos, los Sres. Prósperi, en virtud del Artículo 1257 del Código Civil español que establece: (...) “Los contratos sólo producen efecto entre las partes que los otorgan y sus herederos;...”

91. Dicha disposición en conjunto con los Artículos 659 y 661 del mismo Código, otorgan a los herederos del señor Abel Prósperi, todos los derechos y obligaciones del Contrato de Consultoría, al ser todas éstas transferibles por causa de muerte.

92. Por su parte, respecto del Acuerdo de Pago, éste le es oponible a los Sres. Prósperi en los términos del Artículo 1254 del Código Civil español que dicta que el “(...) contrato existe desde que una o varias personas consienten en obligarse, respecto de otra u otras, a dar alguna cosa o prestar algún servicio (...)”

93. Es claro que al pagar \$50.000 dólares a PROMESA, como muestra de seriedad del Acuerdo de Pago y como pago inicial del mismo, los Sres. Prósperi se obligaron a este acuerdo, y continuaron obligándose al Contrato de Consultoría que, como se estableció previamente, son ambos contratos coligados o vinculados en razón de su unidad económica.

94. En consecuencia, los Sres. Prósperi adquirieron por causa de muerte las obligaciones del Contrato de Consultoría, y por acto entre vivos las obligaciones del Acuerdo de Pago, lo cual implica que ambos les son oponibles a efectos de su cumplimiento.

2.2. PROMESA cumplió con todas las obligaciones a su cargo derivadas de la relación contractual.

95. En el caso que nos ocupa no existe duda sobre el hecho que PROMESA cumplió en tiempo y forma con todas las obligaciones derivadas de la relación contractual sostenida con

los Sres. Prósperi, siguiendo siempre las buenas prácticas de consultoría acordadas y exigidas por el Contrato de Consultoría.

96. Las obligaciones de PROMESA según el Contrato de Consultoría estaban compuestas por las tareas de prospección y exploración sobre el Sitio (entiéndase el terreno delimitado y acordado en el contrato), el diseño de un plan de minado para la ulterior explotación de las reservas identificadas, y la elaboración de un estudio de pre-factibilidad para evaluar la rentabilidad del proyecto de explotación.

97. Todas estas obligaciones a cargo de PROMESA fueron cumplidas con la entrega de los informes preliminares y el informe final a CADES y a Abel Prósperi dentro del plazo máximo estipulado (Hechos del Caso pár. 2.3.1).

98. Adicionalmente dicho cumplimiento nunca fue cuestionado por CADES ni por los Sres. Prósperi (Aclaraciones del Caso pár. 5.2).

2.3. Los Sres. Prósperi incumplieron su obligación de pago de \$950.000 dólares.

99. Como se estableció anteriormente, en desarrollo de la normatividad en materia de sucesiones del Código Civil de Marmitania, los Sres. Prósperi están vinculados por el Contrato de Consultoría celebrado por su padre Abel Prósperi a pesar de no haber sido signatarios del mismo.

100. En los términos del Artículo 9 (8) del Código Civil de Marmitania, la sucesión del Señor Abel Prósperi es regulada por el éste código, que en su Artículo 1257 le reconoce efectos a los contratos respecto de las partes que los otorgan y sus herederos. En consecuencia, en el caso concreto los Sres. Prósperi, al ser sus herederos y haber aceptado de forma pura y simple la herencia, se sustituyeron en la posición contractual del Señor Abel Prósperi en el Contrato de Consultoría.

101. Así las cosas, en los términos de la cláusula tercera del Contrato de Consultoría, la contraprestación total a pagar por parte de CADES y los Sres. Prósperi de forma solidaria a PROMESA es equivalente a la suma total y única de \$850.000 dólares. Este valor se

constituye por el saldo final adeudado en virtud del Contrato de Consultoría y que debía ser cancelado al momento en el que PROMESA entregó su informe final.

102. Al ser el pago de la contraprestación del Contrato de Consultoría una obligación transmisible por causa de muerte, la deuda adquirida e incumplida recae directamente en los Sres. Prósperi de forma solidaria, sin que puedan alegar a su favor el hecho de no haber sido firmantes del Contrato de Consultoría.

103. Estando establecido y probado el cumplimiento cabal de las obligaciones por parte de PROMESA, así como su cobro diligente de lo adeudado por parte de CADES y los Sres. Prósperi, es indiscutible afirmar que PROMESA es acreedora de la suma de \$850.000 dólares, equivalentes a las cuotas atrasadas y el saldo final.

104. Después de reiteradas ocasiones en las que CADES y los Sres. Prósperi se rehusaron a pagar la deuda, en diciembre del 2012 finalmente propusieron a través de correo electrónico el Acuerdo de Pago, en virtud del cual no solo reiteraron una vez más la aceptación de las obligaciones transmitidas por causa de la muerte de su padre, sino que se obligaron a los términos de este acuerdo para saldar la deuda a favor de PROMESA.

105. En los términos del Acuerdo de Pago, al cual PROMESA acordó el 20 de diciembre, los Sres. Prósperi se obligaron al pago de 1'000.000 de dólares en diez cuotas bimestrales de 100.000 dólares cada una, y adicionalmente de una multa del 0.12% sobre el valor adeudado en caso de futuros incumplimientos.

106. En el mismo sentido, en ningún momento previo, simultáneo o posterior a la firma del Contrato de Consultoría o del Acuerdo de Pago, los Sres. Prósperi manifestaron su inconformidad con los términos acordados, sino que por el contrario, ratificaron su aceptación y consentimiento respecto de la deuda pretendiendo que en la actualidad, en el escenario de un arbitraje, desconocer sus obligaciones previamente adquiridas.

107. Los Sres. Prósperi iniciaron el cumplimiento del Acuerdo de Pago del Contrato de Consultoría al depositar en la cuenta bancaria de PROMESA una suma de \$50.000 dólares, dejando así un saldo restante de \$950.000 dólares. (Hechos del Caso pár. 2.4.6)

108. A pesar de la buena voluntad demostrada una vez más por PROMESA al aceptar la refinanciación de la deuda, los Sres. Prósperi volvieron a incurrir en su comportamiento evasivo y completamente contrario a la buena fe contractual, incumpliendo injustificadamente los pagos ulteriores. Sobre este particular, cabe resaltar que para la fecha en que se declaró la caducidad del Contrato de Concesión por parte del gobierno de Marmitania, los Sres. Prósperi y CADES ya se encontraban en mora, siendo exigible la totalidad de la deuda.

109. En el Acuerdo de Pago se estableció que el incumplimiento de lo pactado daba lugar a la mora y exigibilidad inmediata del pago total de la deuda, y al estar en mora los Sres. Prósperi desde abril de 2013, les es exigible la suma de \$950.000 dólares por concepto del saldo adeudado como contraprestación a la consultoría realizada por nuestra representada.

2.4. Se configuró mala fe por parte de los Sres. Prósperi con su conducta a lo largo de la relación contractual con PROMESA.

110. De los Hechos del Caso se aprecia cómo los Sres. Prósperi prolongaron en el tiempo una relación contractual con PROMESA que no tenían intención alguna de cumplir. Dicho comportamiento contrario a la buena fe se evidencia en la renuencia de los demandados a cumplir con las obligaciones contraídas en el Contrato de Consultoría, gracias al cual pudieron conocer los importantes yacimientos de marmolita que se encontraban en sus predios y la viabilidad económica del proyecto.

111. A pesar de su reiterado incumplimiento, y de prácticamente abandonar el proyecto, los Sres. Prósperi vuelven a mostrar un repentino interés por la relación contractual con PROMESA cuando la marmolita empezó a valorizarse de manera considerable.

112. Los Sres. Prósperi actuaron de mala fe al incumplir de manera reiterada sus obligaciones, y no ofrecerle a PROMESA justificaciones válidas para ello, y por el contrario, adoptaron una actitud defensiva y evasiva con nuestra representada.

113. La buena fe es el contenido de un deber de conducta que se concreta en el deber de comportarse con corrección y lealtad en el tráfico jurídico, esto conlleva a una buena fe contractual, categoría que además de establecer los deberes anteriormente mencionados sirve para contemplar la totalidad de las situaciones que se pueden presentar entre los contratantes,

esto en virtud de que el ordenamiento jurídico no abarca todas las situaciones para las cuales hay que actuar con buena fe, en otras palabras no establece en su totalidad el campo de aplicación de este principio. (Solarte, 2004).

114. En este sentido, Francesco Galgano plantea que las reglas de corrección y lealtad son reglas consuetudinarias, que corresponden a lo que un contratante medianamente diligente y leal se siente en el deber de hacer o no hacer, de acuerdo con el sector económico o social en el que el mismo desarrolle su actividad. (Galgano, 1992)

115. En la legislación española, el carácter general y heterónimo de la buena fe está estipulado en el Artículo 1258 del Código Civil español, ya que no solo supedita la exigibilidad de la obligación pactada a lo pactado en el contrato, sino que a su vez obliga a las partes a asumir las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley. Por ende la buena fe, en los términos de la ley aplicable al fondo de esta controversia, juega un papel fundamental en el desarrollo del objeto de los contratos y así mismo tendrá consecuencias el actuar contrario a ésta.

116. La mala fe en general va a generar consecuencias negativas para la parte que haya actuado conforme a ella, a modo de ejemplo hacen referencia a esta consecuencia adversa los siguientes Artículos del Código Civil español, 95, 187, 362, 1298, entre otros.

117. Para el caso en concreto, la mala fe se ve reflejada en cada actuar de los Sres. Prósperi, ya que en ningún momento intentaron terminar o extinguir la obligación previamente adquirida, dejando así a PROMESA en una situación de indecisión e incertidumbre respecto al monto de dinero que le adeudaban, correspondiente a \$850.000 dólares, momento desde el cual los demandados actúan de mala fe, violando los principios rectores de la buena fe comercial de honestidad y sinceridad, dejando en un plano de inseguridad a PROMESA.

118. A manera de ejemplo, hacia el mes de septiembre de 2013 los Sres. Prósperi no habían realizado ni siquiera un pago de las cuotas acordadas y propuestas por ellos mismos en el Acuerdo de Pago celebrado en diciembre de 2012; deuda que valga la pena reiterar todavía tienen a favor de PROMESA. Más aún, si se tiene en cuenta que el pago de la primera cuota de 100.000 dólares debía realizarse en abril de 2013, sin embargo los Sres. Prósperi,

excusándose en la situación financiera de CADES, y desconociendo el carácter solidario de la obligación, se niegan a cancelar la deuda sin encontrarse justificación válida para ello.

119. Adicionalmente, y encontrándose en mora con PROMESA, los Sres. Prósperi le hacen creer a nuestra representada que están dispuestos a cumplir con sus obligaciones, y “empezar de nuevo”, sin embargo lo único que sucedió fueron aún más incumplimientos.

120. En este sentido, los Sres. Prósperi actuaron de mala fe, pues se rehusaron a pagar una obligación ya contraída, la cual actualizaron mediante el Acuerdo de Pago, con el único objetivo de reactivar una relación comercial en su conveniencia, la cual finalmente deshonraron ante su sobreviniente desinterés en desarrollar el proyecto de explotación de minerales.

2.5. Los Sres. Prósperi están obligados al pago de una multa del 0,12% del saldo adeudado.

121. En virtud de la cláusula penal estipulada en el Acuerdo de Pago, ante un escenario de incumplimiento contractual, como el que nos ocupa, CADES y los Sres. Prósperi se obligaron a pagar por cada día de mora un 0,12% del saldo adeudado a PROMESA, sanción pecuniaria que les es exigible a los Sres. Prósperi y se ajusta a derecho, lo que implica que no es susceptible de moderación judicial alguna.

122. En primer lugar está establecido el incumplimiento y la mora de los Sres. Prósperi desde abril de 2013. En consecuencia adeudan el 0.12% del saldo adeudado (\$950.000 dólares), esto es un valor de \$1.140 dólares por cada día de retardo en el pago hasta el momento en que se verifique el cumplimiento de la deuda.

123. En segundo lugar, y si bien el Artículo 1154 del Código Civil español, contempla la posibilidad de que un juez reduzca una cláusula penal, se restringe tal situación al evento en el que la obligación principal haya sido cumplida parcialmente por el deudor, es decir que se excluye un supuesto en el que el incumplimiento sea total.

124. Lo anterior, según lo manifiesta la doctrina española, responde a la naturaleza misma que ostenta la cláusula penal, que en esencia tiene una doble connotación, una función

resarcitoria de los perjuicios generados por el incumplimiento, y una función coercitiva, pues se tiene como un castigo impuesto a la parte incumplida y explica la razón de que su cuantía, por regla general, supere el valor de la indemnización de perjuicios a que el reclamante tendría derecho en ausencia de la cláusula. (Marín, Enero 2008)

125. Al respecto el profesor Ignacio Marín García afirma, “la función coercitiva es aquella estrictamente punitiva, consistente en una agravación del resarcimiento, ya que normalmente la pena estipulada supera el quantum exigible conforme a las reglas de la responsabilidad contractual (art. 1101 CC). Su fundamento no sólo es fijar con antelación el importe de los daños, sino fijarlo por encima de la reparación integral con la finalidad de castigar al deudor por el incumplimiento” (Marín, Enero 2008)

126. La jurisprudencia española ha considerado que por virtud de la naturaleza coercitiva de la cláusula penal, por regla general no resulta de recibo su alteración judicial, pues tal accionar se materializa en una injerencia injustificada e innecesaria en la autonomía de la voluntad (Art.1225). Y que por el contrario, esta facultad se restringe a los eventos en los que el incumplimiento ha sido parcial, pues se parte de la base que la pena ha sido estipulada para indemnizar y castigar un incumplimiento absoluto, y cuando el incumplimiento no tiene semejantes dimensiones, amerita el que en forma equitativa se reduzca la pena. (Auto, 2015)

127. Inclusive, y pese a que el Artículo 1154 del Código Civil español no lo dispone expresamente, la jurisprudencia española ha considerado, que existe un evento en el que habiéndose incumplido sólo parcialmente la obligación principal, la cláusula penal no es susceptible de reducción por parte del juez. Se trata del supuesto en el que la misma ha sido constituida para eventos de incumplimiento parcial, o se ha destinado a resarcir el incumplimiento de una obligación principal específica del contrato y no la totalidad de las obligaciones que de éste emanan.

128. Al respecto el Tribunal Supremo español, afirma “no cabe moderar la cláusula penal cuando está expresamente prevista para el incumplimiento parcial o para el cumplimiento deficiente o retardado, afirmándose en la Sentencia 633/2010 del 1 octubre, que reproduce la 384/2009, del 1 de junio , y las que en ella se citan, que la previsión contenida en el Artículo 1154, descarta el uso de la potestad judicial moderadora de la pena convencional si tal

incumplimiento parcial o defectuoso hubiera sido el pactado como supuesto condicionante de la aplicación de la pena, ya que entonces se debe estar a lo acordado por las partes” (Sentencia, 2015)

129. Para el caso concreto, es claro que la cláusula penal fue establecida como tasación anticipada de perjuicios de una obligación contractual específica, el pago de la suma de un millón de dólares por concepto de las obligaciones pecuniarias pendientes por parte de CADES y los Sres. Prósperi. En esta medida y según la redacción de la misma cláusula -la cual, valga decirlo, se estipuló por iniciativa de los demandados, los Sres. Prósperi y CADES se obligan a pagar el 0,12% del capital adeudado a PROMESA, por cada día de mora.

130. Así las cosas, es notorio que los sujetos pasivos de la obligación sólo se limitaron a abonar a título de anticipo, la suma de \$50.000 dólares, razón por la cual quedó pendiente un saldo de \$950.000 dólares, que en los términos dispuestos por la cláusula penal, son la base para aplicar la tarifa del 0,12% diario por cada día de retraso. En esa medida, se trata de una obligación incumplida en su totalidad y que según la interpretación jurisprudencial del Artículo 1154 del Código Civil español, no es susceptible de reducción por parte del juez, o en este caso por los árbitros.

131. Ahora bien, ciertamente en este punto resulta absurdo exigir una reducción de la cláusula penal, pues por meros motivos aritméticos, al tratarse de una tarifa porcentual aplicable al monto del capital adeudado, el valor a pagar por concepto de cláusula penal se reduce a medida que la obligación se satisface parcialmente.

132. Esta conclusión cobra aún más sentido si se tiene en cuenta que la posibilidad de que la cláusula penal sea reducida por el juez, según el reiterado Artículo 1154, que parte de la base de que la cláusula esté pensada para un incumplimiento total de la obligación principal. Sin embargo, toda vez que la cláusula que se discute está pensada para todo escenario de incumplimiento (total o parcial), no es posible justificar su disminución, incluso si se considerar excesiva, porque implicaría una intromisión en la voluntad de las partes.

133. En consecuencia, no es de recibo la objeción presentada por los Sres. Prósperi de que la cláusula penal debe ser reducida por ser excesiva, y ante su mora e incumplimiento reiterado, le adeudan a PROMESA \$1.140 dólares por cada día de retardo en el pago.

134. Por último vale la pena recordar que la redacción y términos del Acuerdo de Pago provino directamente de la parte deudora, por lo cual resulta reprochable que en la actualidad se pretenda desconocer el alcance de la referida cláusula penal.

F. PETITORIO

En virtud de los argumentos de hecho y de derecho expuestos, solicitamos de la manera más respetuosa a este Honorable Tribunal que:

Primero.- Declare que este tribunal tiene competencia para conocer de la presente controversia.

Segundo.- Condene a los Sres. Prósperi al pago a favor de PROMESA del saldo adeudado del Contrato de Consultoría y del Acuerdo de Pago, equivalente a \$950.000 dólares.

Tercero.- Condene a los Sres. Prósperi al pago a favor de PROMESA de la multa pactada en el Acuerdo de Pago, correspondiente al 0,12% del saldo adeudado, esto es un valor diario de \$1.140 dólares desde el día en que la demandada se constituyó en mora, hasta el día en que se efectúe el pago.