

## **XI COMPETENCIA INTERNACIONAL DE ARBITRAJE**

---

ARBITRAJE DE CONFORMIDAD CON EL REGLAMENTO DE ARBITRAJE DE LA CORTE  
PERMANENTE DE ARBITRAJE DE 2012



### **EN REPRESENTACIÓN DE**

**Constructores Asociados SL**, sociedad de responsabilidad limitada constituida bajo las leyes de Costa Dorada y con sede en su capital, Puerto Madre;

**Constructores Asociados Feudalia SA**, sociedad anónima constituida bajo las leyes de Feudalia, con sede en Feudalia; y

**ChuChu SAS**, sociedad anónima constituida bajo las leyes de Costa Dorada, con sede en su capital, Puerto Madre;

**Demandadas,**

### **EN CONTRA DE**

**Ministerio de Transporte** del Estado de Feudalia;

**Demandante,**

---

## **MEMORIA DE LAS PARTES DEMANDADAS**

---

Equipo No. 245

**22 de julio de 2018**

**TABLA DE CONTENIDOS**

<b>TABLA DE ABREVIATURAS .....</b>	<b>iii</b>
<b>TABLA DE REFERENCIAS DOCTRINALES .....</b>	<b>vi</b>
<b>TABLA DE JURISPRUDENCIA.....</b>	<b>viii</b>
<b>RELACIÓN DE LOS HECHOS .....</b>	<b>1</b>
<b>RESUMEN EJECUTIVO .....</b>	<b>5</b>
<b>ARGUMENTO.....</b>	<b>8</b>
<b>1.....EL TRIBUNAL NO TIENE JURISDICCIÓN PARA RESOLVER EL RECLAMO INTERPUESTO POR LA DEMANDANTE EN BASE AL ACUERDO ARBITRAL DEL CONTRATO DE CONSTRUCCIÓN.....</b>	<b>8</b>
<b>1.1 El Tribunal no tiene competencia para juzgar el caso de referencia .....</b>	<b>8</b>
a) El litigio no es arbitrable porque se trata de hecho de corrupción.....	10
b) El litigio no es arbitrable porque hay un proceso penal pendiente ante la jurisdicción nacional de Feudalia sobre los mismos hechos.....	11
c) El Ministerio de Transporte de Feudalia no tiene legitimidad para solicitar un procedimiento ante el Tribunal Arbitral .....	15
<b>1.2 Ninguna de las Demandadas tendría que estar involucrada como parte en este proceso arbitral .....</b>	<b>19</b>
a) CAFSA firmó el Contrato sin ser responsable de ningún incumplimiento .....	19
b) ChuChu SAS y CASL nunca consintieron al acuerdo de arbitraje, así que no pueden ser partes al arbitraje .....	20
<b>2.LA DEMANDA SE BASA EN UNA CLAUSULA NULA Y EN ACTUACIONES DE MALA FE POR PARTE DE LA DEMANDANTE .....</b>	<b>27</b>
<b>2.1 La cláusula 18 es excesivamente desproporcionada y abusiva y por lo tanto debe ser anulada.....</b>	<b>27</b>
a) La cláusula 18 es abusiva por la prohibición que impone y por ser una sanción exagerada .....	29
b) Feudalia ya ha pedido los daños y perjuicios que resultan de la corrupción en otro procedimiento. Ne bis in ídem. ....	30
<b>2.2 Las partes han cumplido por entero con sus obligaciones.....</b>	<b>31</b>
a) CAFSA ejecutó como corresponde la obra. Feudalia incluso se benefició por su excelencia y pronta terminación .....	31
b) No puede haber incumplimiento por parte de CASL porque es un tercero al contrato .....	31
c) Chu no firmó el Contrato en nombre de la empresa .....	31
d) ChuChu SAS no es un agente ni representante de CASL ni de CAFSA.....	32
<b>2.3 El Tribunal debe rechazar la Demanda pues el presente procedimiento es de mala fe .....</b>	<b>33</b>
a) El principio de buena fe es fundamental en arbitraje internacional.....	33
b) Feudalia ha violado su deber de actuar de buena fe, tanto durante las negociaciones como al momento de comenzar el arbitraje.....	35
<b>2.4 En subsidio, si la solicitud de la Demandante no es rechazada, la pena debe ser morigerada</b>	<b>38</b>
<b>PETITORIO.....</b>	<b>39</b>

**TABLA DE ABREVIATURAS**

<b>Abreviatura</b>	<b>Definición</b>
¶ / ¶¶	párrafo / párrafos
Aclaraciones	Aclaraciones del caso
Acuerdo arbitral	La Cláusula 38 del Contrato de construcción concluido entre el Ministerio de Transporte de Feudalia y Constructores Asociados Feudalia SA el 14 de julio de 2014
Ed.	edición
CAFSA	Constructores Asociados Feudalia SA
CASL	Constructores Asociados SL
Caso	El Caso de la XI Competencia Internacional de Arbitraje Organizada por Universidad de Buenos Aires – Universidad del Rosario, Sede 2018 Bogotá DC, Colombia
CCI	Cámara de Comercio Internacional
CIADI	Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas al arbitraje
ChuChu SAS	Empresa de consultoría, propiedad de Carlos Chu, sociedad anónima constituida bajo las leyes de Costa Dorada, cuya sede social, conforme los registros públicos societarios, estaba en su capital, Puerto Madre.
Comentario Oficial	Comentario oficial de los Principios UNIDROIT Sobre los Contratos Comerciales Internacionales 2010 disponible en el portal Unilex
Contrato	Contrato de Construcción concluido entre el Ministerio de Transporte de Feudalia y Constructores Asociados Feudalia SA el 14 de julio de 2014
Contrato de consultoría	Contrato de Consultoría concluido entre Constructores Asociados SL y ChuChu SAS el 4 de marzo de 2014
Convención Americana sobre Derechos Humanos	Convención Americana sobre Derechos Humanos suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos en San José, Costa Rica, entre el 7 y el 22 de noviembre de 1969

Convención Interamericana contra la corrupción	Convención Interamericana contra la corrupción firmada en la tercera sesión plenaria de la Organización de los Estados Americanos celebrada el 29 de marzo de 1996
Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción	Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción aprobada por Resolución 58/4 de la Asamblea General de la ONU del 31 de octubre de 2003
Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías	Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías adoptada el 11 de abril de 1980
Convención de Nueva York	Convención de Nueva York de 1958 sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras
CPA	Corte Permanente de Arbitraje
Demanda	Memorial del equipo N°250
Demandadas	Constructores Asociados Feudalia SA, Constructores Asociados SL y ChuChu SAS
Demandante	Estado de Feudalia
Informe de Ejecución	Informe de Ejecución del Contrato de Consultoría
Ley de arbitraje de Marmitania	Ley Modelo CNUDMI adoptada por el Estado de Marmitania con las enmiendas introducidas en el año 2006 y con la “Opción I” del artículo 7
Ley Modelo CNUDMI	Ley Modelo de la CNUDMI sobre el Arbitraje Comercial Internacional
p. / pp.	página / páginas
Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 2200 A (XXI) del 16 de diciembre de 1966
Principios de Derecho Europeo sobre los contratos	Principios de Derecho Europeo de contratos disponible en el portal Translex
Principios UNIDROIT	Principios UNIDROIT Sobre los Contratos Comerciales Internacionales 2010
Reglamento CPA	Reglamento de Arbitraje de la Corte Permanente de Arbitraje

Sr.	Señor
Tribunal o Tribunal Arbitral	El Tribunal Arbitral
USD	Dólares de los Estados Unidos
Vol.	Volumen
y ss.	y siguientes

**TABLA DE REFERENCIAS DOCTRINALES**

<b>Abreviatura</b>	<b>Cita</b>	<b>Párrafos</b>
<i>Born</i>	Gary Born, <i>International Commercial Arbitration: Commentary and Materials</i> , 2ª Ed., Kluwer Law International, 2014, Capítulo 6, pp.943 – 1045	47, 48
<i>Born II</i>	Gary Born, <i>International Commercial Arbitration: Commentary and Materials</i> , 2ª Ed., Kluwer Law International, 2014, Capítulo 10 , pp. 1404 - 1524	91, 92, 94, 95, 101, 106, 107, 111, 112, 119
<i>Born III</i>	Gary Born, <i>International Commercial Arbitration: Commentary and Materials</i> , 2ª Ed., Kluwer Law International, 2014, Capítulo 15 , pp. 1404 - 1524	41, 56
<i>Caivano</i>	Roque J. Caivano, 'Algunos problemas derivados de los arbitrajes con partes o relaciones jurídicas múltiples', <i>Revista Peruana de Arbitraje</i> , No. 4, 2007	101
<i>Cremades</i>	Bernardo M. Cremades, “Good Faith in International Arbitration”, <i>American University International Law Review</i> ; Washington Vol. 27, N° 4, (2012): 761-790	153, 155, 158
<i>Gaillard y Savage</i>	Emmanuel Gaillard y John Savage, <i>Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration</i> , Kluwer Law International, 1999	39, 40, 42
<i>Higgins</i>	R. Higgins, <i>Problems and Process: International Law and How We Use It</i> (1994) p. 150	79
<i>ILA I</i>	International law association, Resolución 1/2006 sobre el arbitraje internacional comercial	52
<i>ILA II</i>	ILA Report on <i>Lis Pendens</i> and Arbitration, 2009	61
<i>Kahn</i>	Philippe Kahn, « Les principes généraux du droit devant les arbitres du commerce international », <i>Journal du droit international</i> , 116(1989), no 2, pp. 305-327	154
<i>Lamm y Pham</i>	Carolyn B. Lamm, Hansel T. Pham, et al., 'Fraud and Corruption in International Arbitration', in Miguel Angel Fernandez-Ballester and David Arias (eds), <i>Liber Amicorum Bernardo Cremades</i> , pp. 699 - 731	71, 76, 82
<i>Llamzon</i>	Aloysius Llamzon, 'Chapter 2: On Corruption’s Peremptory Treatment in International Arbitration', in Domitille Baizeau and Richard H. Kreindler (eds), <i>Addressing Issues of Corruption in Commercial and Investment Arbitration, Dossiers of the ICC Institute of World Business Law</i> , Volume 13, pp. 32 - 50	76
<i>Llamzon y Sinclair</i>	Aloysius Llamzon and Anthony C.Sinclair, 'Investor Wrongdoing in Investment Arbitration: Standards Governing Issues of Corruption, Fraud, Misrepresentation and Other Investor Misconduct', in Albert Jan van den Berg (ed),	71, 74, 81

	<i>Legitimacy: Myths, Realities, Challenges, ICCA Congress Series, Volume 18, pp. 451 - 530</i>	
<i>Lew y Mistelis</i>	Julian D. M. Lew y Loukas A. Mistelis, et al., <i>Comparative International Commercial Arbitration</i> , Capítulo 9, pp. 187 – 221	49
<i>Mirzayev</i>	Ruslan Mirzayev, 'International Investment Protection Regime and Criminal Investigations', <i>Journal of International Arbitration</i> , Volume 29, Issue 1, pp. 71 - 105	75, 76
<i>Mourre</i>	A. Mourre, “Arbitration and Criminal Law : Reflections on the Duties of the Arbitrator”, <i>Arbitration International</i> 2006 (Volume 22 Issue 1), pp. 95-118	65
<i>Naud</i>	Théobald Naud, 'International Commercial Arbitration and Parallel Criminal Proceedings', in Carlos Gonzalez-Bueno (ed), <i>40 under 40 International Arbitration</i> (2018), (© Carlos González-Bueno Catalán de Ocón; Dykinson, S.L. 2018) pp. 509 - 522	62, 65, 66
<i>Redfern y Hunter</i>	Alan Redfern y Mertin Hunter, <i>Redfern and Hunter on International arbitration</i> , 5a edición, Oxford University Press, 2009, pp. 155 - 228	153
<i>Romero y Saffer</i>	Eduardo Silva Romero, Luis Miguel Velarde Saffer, ‘The extension of the arbitral agreement to non-signatories in Europe : a uniform approach ?’, <i>American University Business Law Review</i> ; Washington Vol. 5, N° 3, 2016, pp. 371-385	40
<i>von Wobeser</i>	Claus von Wobeser, 'The Corruption Defense and Preserving the Rule of Law', in Andrea Menaker (ed), <i>International Arbitration and the Rule of Law: Contribution and Conformity</i> , ICCA Congress Series, Volume 19, pp. 203 - 224	65, 129
<i>Waincymer</i>	Jeffrey Waincymer, 'Part II: The Process of an Arbitration, Chapter 3: The Procedural Framework for International Arbitration', <i>Procedure and Evidence in International Arbitration</i> , pp. 127 - 216	39, 41, 47

**TABLA DE JURISPRUDENCIA**

**Jurisdicción nacional**

<b>Abreviatura</b>	<b>Cita</b>	<b>Párrafos</b>
<b>Argentina (AR)</b>		
<i>BASF Argentina SA</i> (AR)	<i>Judgment of 11 May 2004, BASF Argentina SA v. Capdevielle y Cia</i> , Case No. 1651 (Corte Suprema Argentina)	95
<b>Estados Unidos (EEUU)</b>		
<i>Air Line Pilots</i> (EEUU)	<i>Air Line Pilots Ass'n Int'l v. US Airways Group Inc.</i> , 609 F.3d 338, 347 (4th Cir. 2010)	102
<i>Bridas SAPIC</i> (EEUU)	<i>Bridas SAPIC v. Gov't of Turkmenistan</i> , 345 F.3d 347, 356-57 (5th Cir. 2003)	112
<i>InterGen</i> (EEUU)	<i>InterGen NV v. Grina</i> , 344 F.3d 134, 143 (1st Cir. 2003)	95, 112
<i>International News Service</i> (EEUU)	<i>International News Service v. The Associated Press</i> , 248 U.S. 215 (US Supreme Court 1918)	72
<i>McDonald v. City of W. Branch</i> (EEUU)	<i>McDonald v. City of W. Branch</i> , 466 U.S. 284, 292 (U.S. S.Ct. 1984)	56
<i>Merrill Lynch Inv. Managers</i> (EEUU)	<i>Merrill Lynch Inv. Managers v. Optibase, Ltd</i> , 337 F.3d 125, 131 (2d Cir. 2003)	96
<i>Nitro Distrib. Inc.</i> (EEUU)	<i>Nitro Distrib. Inc. v. Alticor, Inc.</i> , 453 F.3d 995, 999 (8th Cir. 2006)	96
<i>Nagrampa c. Mailcoups Inc.</i> (EEUU)	Connie A. NAGRAMPA v. MAILCOUPS INC.; 03-15955, (9th Cir. 2006)	128
<i>Promotora de Navegación</i> (EEUU)	<i>Promotora de Navegación, SA v. Sea Containers, Ltd</i> , 131 F.Supp.2d 412, 419-21 (S.D.N.Y. 2000)	102
<i>United Steelworkers</i> (EEUU)	<i>United Steelworkers of Am. v. Warrior &amp; Gulf Navigation Co.</i> , 363 U.S. 574, 582 (U.S. S.Ct. 1960)	92
<b>Francia (FR)</b>		
<i>OIAETI v SOFIDIF</i> (FR)	<i>OIAETI v. SOFIDIF</i> , Decisión del 19 de Diciembre 1986, 1987 Rev. arb. 359, 363 (Paris Cour d'appel)	92
<i>Decisión del 3 de octubre 1984</i> (FR)	<i>Cour de cassation, Primera Camara Civil, 3 octubre 1984</i>	155
<i>Decisión del 11 de mayo 2010</i> (FR)	<i>Cour de cassation, Primera Camara Civil, 11 de mayo 2010</i>	62
<i>Dow Chemical</i> (FR)	<i>Société Isover-Saint-Gobain v. Société Dow Chemical</i> , 21 de Octubre 1983, Corte de Apelación de Paris France	107
<b>Inglaterra (RU)</b>		
<i>Adams v. Cape</i> (RU)	<i>Adams v. Cape Indus. plc</i> [1990] Ch. 433, 532 (English Ct. App.)	105

<i>Holman v Johnson (RU)</i>	<i>Court of King's Bench, Holman v. Johnson (1775), 1 Cowp 341</i>	72
<i>Peterson Farms Inc. (RU)</i>	<i>Peterson Farms Inc. v. C&amp;M Farming Ltd [2004] EWHC 121, (English High Ct.)</i>	107, 112
<i>Sulamérica (RU)</i>	<i>Sulamérica cie Nacional de Seguros v. Enese Ingenieria SA, Corte de Apelaciones, 2012</i>	40
<i>Tzortis (RU)</i>	<i>Tzortis and Another v. Monark Line A/B, Corte de Apelaciones, 1968</i>	40
<b>Irlanda (IR)</b>		
<i>Collins v. Blantern</i>	<i>Collins v. Blantern (1767) 2 Wils KB 341 132</i>	72
<b>Países Bajos (PL)</b>		
<i>Decisión del 20 de Enero 2006</i>	<i>Decisión del 20 de Enero 2006, Case No. LJN:AU4523, ¶¶4, 5 (Corte Suprema de los Países Bajos)</i>	95, 107
<b>Pakistan (PK)</b>		
<i>HUBCO v Pakistan WAPDA</i>	<i>Supreme Court of Pakistan, The Hub Power Company Ltd (HUBCO) v Pakistan WAPDA and Federation of Pakistan, 14 June 2000</i>	50
<b>Singapur (SG)</b>		
<i>First Link Investments</i>	<i>D. Singapore. Firstlink Investments v. GT Payment, Corte Suprema, 2014</i>	40
<b>Suiza (CH)</b>		
<i>Decisión del 29 de enero 1996 (CH)</i>	<i>Decisión del 29 de enero 1996, Tribunal Federal de Suiza, 14 ASA Bull. 496</i>	107
<i>Decisión del 24 de marzo 2000 (CH)</i>	<i>Decisión del 24 de marzo 2000, Cámara de comercio de Geneva, 21 ASA Bull. 781 (2003)</i>	100
<i>Fomento de Construcciones y Contratos SA</i>	<i>Fomento de Construcciones y Contratos SA v. Colon Container Terminal SA, Primera Camara Civil, 14 de mayo 2001</i>	60
<i>Westland Helicopters (CH)</i>	<i>Westland Helicopters v. The Arab Republic of Egypt, The Arab Organization for Industrialization and others, Tribunal Fédéral [Supreme Court], 19 July 1988</i>	112

**Laudos arbitrales**

<b>Abreviatura</b>	<b>Cita</b>	<b>Párrafos</b>
<b>CCI</b>		
<i>Caso CCI No. 2138</i>	<i>Caso CCI No. 2138, Laudo final, 1974</i>	100, 107
<i>Caso CCI No. 2735</i>	<i>Caso CCI No. 2735, Laudo final, 1976</i>	39,
<i>Norsolor</i>	<i>Caso CCI No. 3131, Pabalk Ticaret Limited Sirketi v. Norsolor SA, 26 octubre 1979</i>	154, 155

<i>Caso CCI No. 4504</i>	<i>Caso CCI No. 4504, Laudo parcial, 1985</i>	100
<i>Caso CCI No. 5721</i>	<i>Caso CCI No. 5721, Laudo final, 1990</i>	100
<i>Caso CCI No. 6000</i>	<i>Caso CCI No. 6000, Laudo parcial, 1988</i>	102
<i>Caso CCI No. 6769</i>	<i>Caso CCI No. 6769, Laudo final, 1997</i>	100
<i>Caso CCI No. 7604</i>	<i>Caso CCI No. 7604, Laudo final, 1995</i>	106
<i>Caso CCI No. 7610</i>	<i>Caso CCI No. 7610, Laudo final, 1995</i>	106
<i>Caso CCI No. 9797</i>	<i>Caso CCI No. 9797, Laudo final, 2000</i>	156
<i>Caso CCI No. 9839</i>	<i>Caso CCI No. 9839, Laudo final, 1999</i>	107
<i>Caso CCI No. 9875</i>	<i>Caso CCI No. 9875, Laudo parcial, 1999</i>	156
<i>Caso CCI No. 10351</i>	<i>Caso CCI No. 10351, Laudo final, 2001</i>	156
<i>Caso CCI No. 10758</i>	<i>Caso CCI No. 10758, Laudo final, 2000</i>	103
<i>Caso CCI No. 10818</i>	<i>Caso CCI No. 10818, Laudo parcial, 2001</i>	107
<i>Caso CCI No. 11317</i>	<i>Caso CCI No. 11317, Laudo final, 2002</i>	156
<b>ICSID</b>		
<i>Quilborax</i>	<i>Quilborax S.A., Non Metallic Minerals S.A. and Allan FoskKaplún v. Plurinational State of Bolivia, ICSID Case No. ARB/06/2, Decision on Provisional Measures (Feb. 26, 2010)</i>	75, 76
<i>Inceysa v. El Salvador</i>	<i>Inceysa Vallisoletana S.L. v. Republic of El Salvador, ICSID Case No. ARB/03/26</i>	76, 83
<i>Libananco</i>	<i>Libananco Holdings Co. Ltd v. Republic of Turkey, ICSID Case No. ARB/06/8, Award (June 28, 2008)</i>	75
<i>Metal-Tech v Uzbekistan</i>	<i>Metal-Tech Ltd. v. Republic of Uzbekistan, ICSID Case No. ARB/10/3</i>	129
<i>Methanex Corp.</i>	<i>Methanex Corp. contra EEUU, ICSID, 3 agosto 2003</i>	158
<i>World Duty Free</i>	<i>World Duty Free v The Republic of Kenya, ICSID Case No. Arb/00/7</i>	76

**Jurisdicción internacional**

<b>Abreviatura</b>	<b>Cita</b>	<b>Párrafos</b>
<b>Corte europea de los derechos humanos</b>		

<i>Chapman v UK</i>	<i>Chapman v. The United Kingdom</i> (ECHR), n.º 27238/1995, 18 de enero 2001	74
<b>Corte internacional de justicia (CIJ)</b>		
<i>Eco Swiss China Time Ltd</i>	<i>Eco Swiss China Time Ltd v. Benetton International NV</i> , Case C-126/97, ECR 1991, I-03055	47
<i>Nuclear Tests</i>	Nuclear Tests Case (Australia v. France), 1974 ICJ 253, 20 diciembre 1974	151
<b>Corte Permanente de Justicia Internacional</b>		
<i>Caso Nicaragua</i>	<i>Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua</i> (Nicaragua v. United States of America), Judgment of 27 June 1986, Dissenting Opinion of Judge Schwebel	74
<i>Diversión del agua de la Meuse</i>	Diversión del agua de la Meuse (Países Bajos c. Belgica), Ser. E, (No. 14) (CPIJ, 1937)	73, 74
<i>Factory at Chorzow</i>	<i>Factory at Chorzow</i> (Germany v. Poland) (Merits), Ser. A, (No. 9) (PCIJ, 1927) 31	74
<i>Jarvis</i>	Comisión Venezolana - Estadounidense, <i>Jarvis Case</i> , 9 U.N.R.I.A.A. 208, 211 (1903)	74
<b>Comisión Ecuatoriana-Estadounidense</b>		
<i>Medea and The Good Return</i>	<i>Medea and The Good Return cases</i> , Ecuadorian-United States Commission, 8 August 1865	74

## RELACIÓN DE LOS HECHOS

### Las Partes

#### Las Demandadas

1. La **Sociedad Constructores Asociados SL (CASL)**, con sede en la capital de Costa Dorada, bajo cuyas leyes está constituida, es una sociedad de responsabilidad limitada, propiedad en un 100% de Ernesto y María Raquel Obligado (Caso, ¶¶5 y 12). Es adjudicataria de la licitación internacional abierta por Feudalia en 2014 para la construcción de la autopista Velitas-Colina Negra (Caso, ¶¶4 y 11).
2. La **Sociedad Constructores Asociados Feudalia SA (CAFSA)** es una sociedad anónima propiedad de Constructores Asociados SL en un 98% y propiedad de Ernesto y María Raquel Obligado en un 2% (Caso, ¶12).
3. **ChuChu SAS** es una sociedad de acciones simplificadas con sede en Costa Dorada, propiedad en un 100% de Carlos Chu (Caso, ¶5; Aclaraciones, ¶6).

#### La Demandante

4. El Ministerio de Transporte de Feudalia es la entidad pública del Estado de Feudalia que firmó el Contrato de Construcción (Caso, ¶13).

### Licitación pública internacional para la construcción de una autopista en Feudalia y firma del Contrato de Construcción

5. El 18 de enero de 2014, a los fines de construir una autopista entre las ciudades de Velitas y Colina Negra, Feudalia abrió una licitación pública internacional (Caso, ¶4).
6. CASL, convencida de ser la empresa más idónea para realizar la obra y de tener la oferta económica y más ventajosa para Feudalia, decidió dar a conocer su exitosa trayectoria en importantes emprendimientos en la región. Es por ello que celebró el Contrato de Consultoría con ChuChu SAS el **4 de marzo de 2014**, donde le solicitó que tomara “*todas las medidas necesarias que estén a su alcance*” para que los funcionarios de Feudalia conozcan su expertise. A cambio, se comprometió a pagarle la módica suma correspondiente al 5% del valor del Contrato de Construcción y los gastos incurridos, siempre que fueran razonables (Caso, ¶¶5-8).

7. El **30 de mayo de 2014** ChuChu SAS realizó un Informe de Ejecución de Consultoría, donde detalló los actos llevados a cabo en cumplimiento del Contrato de Consultoría. Entre ellos, cenas con el Comité de Licitación, ofrecimiento de su palco de fútbol en París y un préstamo de USD 50.000 al Ministro de Transporte (Caso, ¶10). Todas ellas actividades elegidas por Chu según su “*carácter festivo, su delicadeza en el trato social y su refinado gusto culinario*” (Aclaraciones, ¶13), y acordes al alto rango de los funcionarios. Este era el marco razonable para publicitar la experiencia técnica y financiera de CASL. Marco en el que, conmovido por la dura enfermedad de la hija del Ministro, no pudo negarse a hacerle un préstamo para financiar su tratamiento médico.
8. El **18 de abril de 2014** CASL, en cumplimiento de la ley, envió en tiempo y forma su oferta a la Comisión de Licitación, formada por funcionarios públicos (Caso, ¶10; Aclaraciones, ¶1). Así, CASL la sometió a su escrutinio.
9. El **14 de junio de 2014**, tras la publicación del Informe de la Controlaría General de Feudalia, que afirmó rotundamente que CASL había presentado la mejor oferta técnica y financiera, la Comisión de Licitación adjudicó la obra a CASL, convencida de su idoneidad (Caso, ¶11).
10. De conformidad con el artículo 34 de las Bases de Licitación, CASL constituyó CAFSA con sede en Feudalia, con los fines formales de poder firmar el Contrato de Construcción (Caso, ¶¶4 y 11). La sociedad fue constituida con un capital social de USD 50.000 para asegurar su solvencia al ejecutar la obra y luego varios de sus principales funcionarios procedieron a dialogar sobre algunas cláusulas del Contrato de Construcción.

### **Firma del Contrato de Construcción**

11. El **14 de julio de 2014**, el Ministerio de Transporte y CAFSA firmaron el Contrato de Construcción. El Sr. Chu lo firmó como “*testigo y garante de la experiencia del Constructor*” (Caso, ¶13), firma a través de la cual CAFSA quiso asegurar su transparencia e idoneidad para la obra, a sabiendas de que era de gran interés social para Feudalia.
12. En el Contrato de Construcción, Feudalia exigió la cláusula 18, titulada “*Prohibición de Favores y otros*”, que prohibía a CAFSA otorgar favores o regalos, directa o indirectamente, a funcionarios o empleados del Ministerio de Transporte, para solicitar o garantizar la adjudicación. La cláusula también forzó a CAFSA a aceptar(i) no haber empleado o retenido una empresa o una persona otra que sus propios empleados para solicitar o asegurar la adjudicación del Contrato de Construcción, y (ii) no haber nombrado o nombrar a un agente,

representante o cualquier persona que haya recibido o vaya a recibir una comisión o remuneración relacionada con la adjudicación del contrato. La cláusula también preveía que CAFSA, en caso de incumplimiento, otorgara al Ministerio de Transporte la posibilidad de resolver el contrato, o de deducir del precio pagado por la obra un monto equivalente al de la comisión o remuneración entregada (Caso, ¶14).

13. A su vez, la cláusula 38 del Contrato de Construcción preveía que toda desavenencia en relación a él fuera sometida a arbitraje bajo el Reglamento de Arbitraje de la Corte Permanente de Arbitraje. La cláusula especificaba que la sede del arbitraje sería Peonia, Marmitania, y su idioma el castellano (Caso, ¶14).
14. CAFSA aceptó los términos convencida de haber cumplido con todas las condiciones requeridas por Feudalia, como co-contratante. Puesto que de otra forma Feudalia, habiendo revisado la trayectoria de CASL e interactuado largamente con sus funcionarios, no habría aceptado contratar con ella o al menos la habría cuestionado.
15. Finalmente, tras la adjudicación, ChuChu SAS cobró la comisión convenida en el Contrato de Consultoría. Esto es, USD 24.000.000, más USD 580.000 en concepto de “*gastos razonables*” por la ejecución de aquél (Aclaraciones, ¶3).

### **Ejecución del Contrato de Construcción**

16. CASL transmitió su *know-how* y personal a CAFSA para que ésta pudiera ejecutar la obra de manera perfecta y a tiempo, sabiendo cuán importante era para la población de Feudalia.
17. El **14 de diciembre 2016** CAFSA se complació en anunciar que la obra había sido finalizada, dos días antes del vencimiento del plazo previsto, y que Feudalia podía empezar a hacer uso de ella sin incurrir en pagos adicionales, los que son habituales para este tipo de obras.
18. El Ministerio de Transporte procedió a pagar la totalidad del precio convenido en el Contrato de Construcción (Caso, ¶14; Aclaraciones, ¶35) y Feudalia, tan complacida con la eficacia de la obra, decidió celebrar una fiesta a la que asistieron los miembros del Comité de Licitación y el Ministro de Transporte, entre otros, junto con funcionarios de CAFSA, CASL y el Sr. Chu.

**Surgimiento del conflicto: Feudalia conoce la existencia del Contrato de Consultoría**

19. Con gran consternación, CASL y CAFSA se enteraron de la muerte de Carlos Chu en Nueva York el **28 de febrero de 2017**.
20. Más grande fue su sorpresa cuando Feudalia inició un proceso penal contra el Sr. Chu y los miembros del Comité de Licitación, en el que el Ministerio de Justicia se constituyó como parte civil, tras conocer la existencia del Contrato de Consultoría y el Informe de Ejecución. Tanto más cuanto que, antes de su presunto suicidio, Chu había dejado una nota para enérgicamente explicar que no había hecho “*nada inapropiado*” (Caso, ¶2) para garantizar la adjudicación de la obra.

**El Arbitraje**

21. El **18 de noviembre de 2017**, para más consternación de las Demandadas, el Ministerio de Transporte del Estado de Feudalia, comenzó un arbitraje ante la Corte Permanente de Arbitraje contra CAFSA, CASL y ChuChu SA, invocando el incumplimiento de la cláusula 18 del Contrato de Construcción (Caso, ¶21).
22. El **20 de noviembre de 2017**, la Oficina Internacional de la CPA recibió la Notificación de Arbitraje del Ministerio de Transporte (Caso, ¶22).
23. El **20 de enero de 2018**, tras obtener una prórroga del plazo, las Demandadas presentaron su Contestación a la Notificación de Arbitraje (Caso, ¶23).
24. El **20 de febrero de 2017** se constituyó el Tribunal Arbitral (Caso, ¶24).
25. El 11 de junio 2018, la Demandante comunicó su memoria a la parte demandada.

## RESUMEN EJECUTIVO

### Argumentos de la Demandante

26. Según la Demanda, el Estado de Feudalia descubrió un incumplimiento del Contrato de Construcción de parte de CASL, CAFSA y ChuChu SAS a raíz del inesperado fallecimiento del Sr. Chu, y se vio obligado a comenzar el presente arbitraje.
27. Considerando que la normativa aplicable al litigio es la Ley de Arbitraje de Feudalia, la Demanda sostiene que el Tribunal Arbitral tiene jurisdicción. Pretende primero que CASL se comprometió a través de la cláusula arbitral contenida en el Contrato de Construcción que fue firmado por el Estado de Feudalia y por CAFSA. También asegura que la sociedad ChuChu SAS se ve obligada por esa misma cláusula, mediante una recalificación de la relación entre CASL y ChuChu SAS. En efecto, la Demanda pretende que la relación que acordaron las partes al negociar un Contrato de Consultoría es en realidad una forma de representación. Por fin, la memoria asegura que la materia es arbitrable, siendo esa contractual, aunque le falta por justificar esa declaración.
28. A continuación, la Demanda considera que ha probado la jurisdicción del Tribunal Arbitral, y aludiendo a lo largo de la memoria a una “mentira deliberada”, sostiene que tanto CASL, como CAFSA, como ChuChu SAS incumplieron la cláusula 18 del Contrato de Construcción. Según la Demanda, tal incumplimiento resultó de la contratación del Sr Chu por CASL, cuya existencia el Estado de Feudalia ignoraba por completo hasta el fallecimiento del Sr Chu y los acontecimientos que siguieron. La Demanda concluye solicitando al tribunal que le otorgue una compensación de 280 000 000 de dólares americanos por unos daños y perjuicios sufridos por el Estado de Feudalia, que no son explicitados.

### Argumentos de las Demandadas

29. Mientras que la Demandante aplica la ley de arbitraje de Feudalia, la normativa aplicable al presente litigio es, de hecho, la ley de arbitraje de Marmitania. Para el estado de Feudalia, la competencia y la jurisdicción del Tribunal parecen evidentes, cuando queda patente que el litigio no es arbitrable porque trata de potenciales hechos de corrupción, que el Tribunal debería renunciar al procedimiento arbitral en favor del procedimiento ante la jurisdicción penal de Feudalia, o al menos suspender el procedimiento, y que el Ministerio de Transporte de Feudalia no viene con manos limpias y por lo tanto no se puede admitir su Demanda.

30. La Demandante también afirma que, por haber firmado el Contrato de Construcción, CAFSA es parte al arbitraje sin explicar qué parte toma en el litigio. También pretende que CASL dio su consentimiento implícito al arbitraje a través de su comportamiento y que, subsidiariamente, debería ser incluida por la doctrina de los grupos de sociedades aunque no firmó el Contrato de Construcción y nunca manifestó la intención de ser parte a ningún arbitraje. En su Demanda, define ChuChu SAS como representante de CASL y CAFSA aunque no lo es y afirma que significa que tiene que ser parte al arbitraje en razón de su implicación en el caso lo que es un error de Derecho.
31. Por otra parte, la Demanda es infundada en la medida en que la cláusula 18 del Contrato de Construcción presenta características de excesiva desproporción y de abuso. En base a los Principios UNIDROIT, la consecuencia de la desproporción de la cláusula es su nulidad. Aplicando esta situación al presente caso, el fundamento de la acusación de incumplimiento contractual pronunciada por la Demandante debe ser anulado.
32. Aunque se considere que la cláusula 18 es válida, no pudo haber incumplimiento dado que CAFSA ejecutó como corresponde la obra, y Feudalia incluso se benefició por su excelencia y pronta terminación. Además, CASL y ChuChu SAS no pudieron incumplir un contrato del cual no son partes, y en todo caso, la contratación de ChuChu SAS por CASL se dirigió a presentar el expertise de CASL, lo cual no supone incumplimiento alguno.
33. Finalmente, Feudalia ha incumplido su deber de actuar de buena fe, tanto en el momento de negociar y firmar el Contrato de Construcción, que al presentar su Demanda antes este Tribunal Arbitral. En efecto, Feudalia pretende que ignoraba todo de la relación entre CASL y ChuChu SAS y las Demandadas mintieron en respecto a la existencia de dicha relación. Sin embargo es imposible que el Estado no lo haya sabido dado que sus funcionarios se beneficiaron de las acciones del Sr Chu. Además, la Demanda pide compensación por daños y perjuicios mientras que ya tiene una demanda en reparación pendiente frente a la jurisdicción penal de Feudalia, y pide un monto absolutamente abusivo, correspondiendo al 58% del precio pagado por la autopista, de modo que pretende que la obra le salga casi gratis. Las actuaciones y declaraciones de Feudalia tanto durante la negociación del Contrato de Construcción, como en el presente arbitraje, demuestran la más absoluta mala fe. Por lo tanto, acorde con la jurisprudencia y la doctrina estableciendo la importancia del principio de buena fe en arbitraje internacional, la demanda sólo puede ser rechazada en su totalidad, y el Estado de Feudalia debe compensar a las Demandadas por todo danos sufrido a causa de su mala fe.

En subsidio, se le pedirá respetuosamente al Tribunal que reduzca el monto absolutamente confiscatorio de la compensación solicitada por Feudalia.

**ARGUMENTO**

**1. EL TRIBUNAL NO TIENE JURISDICCIÓN PARA RESOLVER EL RECLAMO INTERPUESTO POR LA DEMANDANTE EN BASE AL ACUERDO ARBITRAL DEL CONTRATO DE CONSTRUCCIÓN.**

- 34. Las objeciones a la competencia del Tribunal Arbitral, sometidas hoy por las Demandadas, deben permitir al Tribunal Arbitral constatarla mala fe de la Demandante.
- 35. Contrariamente a las aseveraciones de la Demandante, el Tribunal Arbitral no tiene competencia sobre los hechos y reclamos sometidos en este procedimiento por el Ministerio de Transporte.
- 36. Al llevar hechos de corrupción ante este Tribunal Arbitral, el Estado de Feudalia erróneamente pretende usar el arbitraje para hacer justicia penal y para demandar a empresas extranjeras al contrato. Por eso, las Demandadas demostrarán a continuación que este litigio no se puede arbitrar ante el Tribunal Arbitral (1.1), y que involucra a empresas que no son admisibles como partes en el presente arbitraje (1.2).

**1.1 El Tribunal no tiene competencia para juzgar el caso de referencia**

- 37. Para resolver sus disputas contractuales, CAFSA y el Estado de Feudalia, partes al Contrato de Construcción, eligieron la vía arbitral de acuerdo al Reglamento CPA. Eligieron también a Peonia, capital de Marmitania, como la sede del procedimiento en la cláusula 38 del Contrato de Construcción. Así bien, el acuerdo de arbitraje está regido tanto por dicho Reglamento (Reglamento CPA, Artículo 1.1) como por la ley de Marmitania, ley de la sede arbitral (Aclaraciones, ¶33).
- 38. Contrariamente a lo asegurado por la Demandante, la ley de arbitraje de Feudalia no es aplicable en este caso (Demanda, parte 3 sobre la normativa aplicable).
- 39. De hecho, la doctrina y la jurisprudencia confirman la aplicación de la ley de Marmitania al acuerdo arbitral en el presente procedimiento. Como lo destacan Gaillard y Savage, la ley aplicable se puede inferir de la elección de la sede del arbitraje (*Gaillard y Savage*, p.1428). En efecto, es lo que hace el Tribunal Arbitral en el caso CCI No. 2735, por ejemplo (*Caso CCI No.2735*). Waincymer también explica que de ser posible elegir una ley procesal distinta a la ley de la sede de arbitraje, ello daría lugar a mucha incerteza, por lo que está desaconsejado por la doctrina y casi nunca es aceptado por los tribunales arbitrales (*Waincymer*, pp. 189-190).

40. Dicha posición ha sido también adoptada por jurisdicciones nacionales. Tal como lo presenta Silva Romero al listar las estrategias de las cortes en el proceso de definición de la *lex arbitri*, la Corte de apelación inglesa, en el caso *Sulamérica*, destacó tres maneras para determinar la ley que rige un arbitraje: la determinación inequívoca de la ley aplicable por las partes, la elección implícita de las partes, y la ley del lugar con las partes tienen relaciones más fuertes y numerosas (Silva Romero, p. 373). Esta jurisprudencia dio lugar a muchas decisiones, como *First Link Investments* o *Tzortis* en las cuales la Corte Suprema de Singapur y la Corte de Apelación de Inglaterra decidieron que la elección de la sede de arbitraje determinaba, de manera implícita pero inequívoca, la elección de la ley aplicable, independientemente de cualquier vínculo con otra jurisdicción (*Gaillard y Savage*, ¶1428; *Tzortis* (RU), *First Link Investments* (SG)).
41. Así pues, conforme a la jurisprudencia en este caso, en ausencia de una determinación inequívoca de la ley aplicable por CAFSA y el Ministerio de Transporte, hace falta buscar cuál es la ley implícita que eligieron. Así, la elección de Peonia, capital de Marmitania, como sede del arbitraje, debe interpretarse como la elección de la ley de arbitraje de Marmitania. Como lo destaca Waincymer, cuando la sede de arbitraje es conocida, siempre se interpreta como también la *lex arbitri* (*Waincymer*, p. 130)
42. Además, la ley aplicable se puede inferir del Contrato de construcción mismo. Fouchard explica que “*el énfasis ahora es la necesidad para las partes de elegir una ley neutral, es decir una ley sin ninguna conexión con las partes o el objeto del contrato*” [Traducción libre del inglés] (*Gaillard y Savage*, p. 1435).
43. De hecho, la elección de la vía arbitral permite a las partes evitar todo procedimiento ante las jurisdicciones de Feudalia o de Costa Dorada. Al elegir un arbitraje en Peonia, un lugar neutral sin ningún punto de conexión con CAFSA y aún menos con Feudalia, las partes aseguraron la neutralidad tanto del procedimiento como de las personas encargadas de juzgarlas (*Born III*, p. 2124).
44. Por lo tanto, no cabe duda de que la ley de Marmitania, siendo la Ley Modelo de la CNUDMI modificada en su artículo 1.5, es la que se aplica al arbitraje entre CAFSA y el Estado de Feudalia, y rige el acuerdo y el procedimiento arbitral de referencia.

**a) El litigio no es arbitrable porque se trata de hecho de corrupción**

45. Ahora bien, el artículo 1.5 de la ley de arbitraje de Marmitania prohíbe el arbitraje de los asuntos penales. Los hechos involucrados, siendo de naturaleza penal como lo demuestra el procedimiento empezado por el Estado de Feudalia (Caso, ¶18), el Tribunal Arbitral no les puede examinar.
46. Por otra parte, al decir que la contratación de un agente es lo que la lleva a presentar una demanda a este Tribunal (Demanda, ¶¶22 y 23), la Demandante asegura que el asunto llevado ante el Tribunal Arbitral es contractual y que no tiene nada que ver con la corrupción invocada por la Fiscalía de Feudalia (Caso, ¶18). Hay que recordar que el denominado “agente”, el Sr. Chu, es acusado de ofrecer favores y regalos a altos funcionarios del Estado de Feudalia y que, por eso, es perseguido ante las jurisdicciones de Feudalia. Así, se debe tomar en cuenta que la Demandante pide un arbitraje sobre hechos que ya están siendo investigados en una jurisdicción penal (Caso, ¶19). Ahora bien, esos hechos están definidos por la Convención Interamericana contra la corrupción en su artículo VI(a) y por la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción, en sus artículos 15 y 16, ambas ratificadas por los Estados de Marmitania y Feudalia. No cabe duda de que la corrupción es de naturaleza penal (Convención Interamericana contra la corrupción, artículo VII; Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción, Capítulo III). Esto, aunque no exista una ley para perseguir a las empresas presuntamente responsables de tal delito en Feudalia (Aclaraciones, ¶24), tal como la hay para perseguir a los individuos. Así, contrariamente a lo que pretende la Demandante (Demanda, ¶18), los actos del Sr. Chu son condenables penalmente.
47. La exclusión de ciertos asuntos de la jurisdicción arbitral por las leyes nacionales, como, por ejemplo, la exclusión de los asuntos penales por el Estado de Marmitania, es ampliamente aceptada. La doctrina de no arbitrabilidad se basa sobre las ideas de soberanía y de orden público que varían según cada país (*Born, p. 943*). Por ello, los asuntos excluidos de la competencia de las jurisdicciones arbitrales son distintos: asuntos penales, propiedad intelectual, inherencia, litigios relativos al consumidor, etc. (*Born, p. 944*). Como lo destaca Waincymer, la prohibición de arbitrar ciertos litigios, así establecida por la ley de la sede de cierto arbitraje debe ser considerada obligatoria y hasta *sua ponte* por el tribunal (*Waincymer, p.150; Eco Swiss China Time Ltd. (CIJ)*).
48. Los convenios internacionales también establecen reglas que toman en cuenta la soberanía nacional para determinar la arbitrabilidad de un asunto. Así, la no arbitrabilidad es reconocida

por la Convención de Nueva York (Convención de Nueva York, artículos (1) y V (2a)) y la excepción de arbitrabilidad del artículo V (2a) de la Convención de Nueva York se aplica cuando hay un impedimento legal a la arbitrabilidad (*Born, p. 948*).

49. También la ley modelo de la CNUDMI en su artículo 1(5) precisa que esa ley no tiene que afectar las leyes nacionales y que cada Estado puede prever la no arbitrabilidad de ciertos asuntos como lo hace la ley de arbitraje de Marmitania (*Lew y Mistelis, p. 199*).
50. El principio de no arbitrabilidad de los casos de corrupción ha sido varias veces aplicado a nivel internacional. Por ejemplo, en la decisión *HUBCO v Pakistan WAPDA*, la Corte Suprema de Pakistán confirmó la decisión de una corte nacional que había establecido que las acusaciones de corrupción eran suficientes para rechazar la jurisdicción arbitral. En esa decisión, la Corte Suprema estableció que la existencia de un asunto penal justificaba la jurisdicción de las cortes nacionales.
51. Así, no cabe duda de que el Tribunal Arbitral no puede llevar a cabo el proceso arbitral porque tiene que respetar la ley aplicable al arbitraje para decidir su jurisdicción. En ese caso, la ley de Marmitania prohíbe el arbitraje de asuntos penales, lo que significa que el Tribunal no tiene jurisdicción en los casos de corrupción.

***b) El litigio no es arbitrable porque hay un proceso penal pendiente ante la jurisdicción nacional de Feudalia sobre los mismos hechos***

52. Cabe destacar que el litigio llevado ante este tribunal arbitral ya fue llevado ante los Tribunales del Primer Circuito en lo Criminal de Feudalia, jurisdicción nacional. Las partes se encuentran ante un caso de procedimientos paralelos (*parallel proceedings*). La *International Law Association (ILA)* define los procedimientos paralelos como “*procedimientos pendientes frente a una corte nacional y a otro tribunal arbitral, en los cuales las partes y una o varias cuestiones son idénticas o sustancialmente las mismas, que las frente al tribunal arbitral en el arbitraje.*” [Traducción libre del inglés] (*ILA I*).
53. El caso llevado frente a este tribunal arbitral corresponde claramente a un procedimiento paralelo dado que ya fue llevado frente a la jurisdicción nacional de Feudalia.
54. Admitir la existencia de dos procesos paralelos sobre la base de hechos y partes similares o iguales produciría graves problemas.

55. Por una primera parte, podría dar lugar a una gran inseguridad jurídica, por el riesgo de tener conclusiones distintas. De hecho, es muy posible que el Tribunal Arbitral y que la jurisdicción de Feudalia lleguen a decisiones contradictorias sobre los hechos sujetos a investigación. Por ejemplo, el carácter de favores de los actos de simple gentileza del Sr. Chu. Por otra parte, supone someter injustamente a una parte a transitar un doble proceso, con el gasto de recursos que ello supone.
56. También se tiene que tomar en cuenta las diferencias que existen entre tribunales arbitrales y jurisdicciones nacionales. En ese caso, los hechos llevados al litigio tienen una naturaleza penal evidente, como ha sido destacado anteriormente. Así, parece importante tomar en cuenta la superioridad de las jurisdicciones nacionales al momento de realizar las investigaciones pertinentes (*Born III*, p. 2126). Como lo destaca la Corte Suprema de los Estados Unidos en *McDonald v City of West Branch*, “en general, la capacidad de investigar de las jurisdicciones arbitrales no es equivalente a la capacidad a investigar de las jurisdicciones nacionales... El expediente de una jurisdicción arbitral no es tan completo, las reglas generales de prueba no se aplican; y las reglas y procedimientos de las sentencias civiles [...] son severamente restringidos.” [Traducción libre del inglés] (*McDonald v City of West Branch*, (EEUU)). Con certeza, hechos de corrupción deben ser investigados allí donde se encuentra disponible la mayor cantidad de recursos, en interés público y de las partes. Lo que indica que la jurisdicción nacional es la más adecuada para encargarse del litigio que los involucra.
57. Adicionalmente, ha sido presentado delante del Tribunal Arbitral un caso regido por el principio universal del *non bis in idem*. No se puede juzgar dos veces el mismo caso penal porque daría lugar a dos condenas. Parece aquí que el Tribunal Arbitral está siendo usado por el Estado de Feudalia para obtener una doble sentencia en su favor sobre la base de los mismos hechos, como se ahondará más adelante.
58. Por lo tanto, una de las dos jurisdicciones debe declararse incompetente, y en este caso, debe ser el Tribunal Arbitral quien diga que no dispone de competencia, según la doctrina de litispendencia.

**(i) El Tribunal Arbitral es incompetente por cause de litispendencia**

59. Este Tribunal Arbitral ha sido constituido después de la iniciación de los procedimientos penales (Caso, ¶18). Así, se tiene que aplicar el principio de litispendencia según el cual el segundo tribunal interpelado por las partes debe declararse incompetente a favor del primero.
60. En efecto, esta idea está presente en el caso *Fomento de Construcciones y Contratos SA*, donde el Tribunal Federal Suizo decidió que se debía aplicar por analogía su ley arbitral en la materia (art. 9(1) SPILA). Esto llevó a la declaración de incompetencia por parte del tribunal arbitral con sede en Suiza, tal como lo habían solicitado las partes, tras haber sido llamado un tribunal nacional extranjero.
61. La ILA en su resolución de 2006 lo va incluyendo, teniendo en mente la buena administración de la justicia. Así, en su punto 3 dice que *“cuando los procedimientos paralelos están pendientes ante un tribunal de la jurisdicción del lugar del arbitraje, al decidir si procede con el Arbitraje actual, el tribunal arbitral debe tener en cuenta la ley de esa jurisdicción, especialmente teniendo en cuenta la posibilidad de dejar de lado el premio en caso de conflicto entre el premio y la decisión del tribunal.”* [Traducción libre del inglés]. Sigue en su punto 4 *“Donde los procedimientos paralelos están pendientes ante un tribunal de una jurisdicción que no sea la jurisdicción del lugar del arbitraje, en consonancia con los principios de competencia-competencia, el tribunal debe proceder con el Arbitraje actual y determine su propia jurisdicción, a menos que la parte iniciando el arbitraje ha renunciado efectivamente a sus derechos bajo acuerdo de arbitraje o guardar en otras circunstancias excepcionales”* [Traducción libre del inglés] (ILA II).
62. Esta posición defendida por la ILA es una posición que tiene gran apoyo en la doctrina e en la jurisprudencia. Así Naud notó que, en la decisión del 11 de mayo 2010, la Corte de Apelación de París resolvió que *“la renuncia [de llevar un caso al arbitraje] [...] puede derivarse, en particular, de la presentación ante un tribunal nacional de un reclamo sobre el fondo que debería haberse sometido a arbitraje”*. (Naud, p. 512; Decisión del 11 de mayo 2010 (FR)). El Estado de Feudalia decidió someter el caso, a través su Ministerio de Transporte, ante jurisdicciones nacionales, incluso antes de haber llamado a este Tribunal Arbitral. Por lo tanto, Feudalia era consciente de la existencia de una cláusula arbitral y no tuvo ningún impedimento de someterse a un tribunal arbitral antes de ir a las jurisdicciones nacionales. Habiendo así actuado, Feudalia renunció, en los hechos, a llevar este caso frente al tribunal arbitral.

63. Así, en razón de la litispendencia, sumado al hecho de que Feudalia renunció efectivamente a su derecho a un procedimiento arbitral, este tribunal arbitral debe declararse incompetente.

**(ii) El tribunal arbitral debe en subsidio suspender sus procedimientos**

64. Los procedimientos paralelos tienen varias consecuencias que van contra la buena administración de la justicia, como ya fue demostrado. Por eso, si el Tribunal Arbitral se declara competente, tendrá que suspender el procedimiento para dejar que el fuero penal de Feudalia tome su decisión en su jurisdicción nacional.
65. Como lo destacan Mourre y Naud, la suspensión de un procedimiento queda a discreción del tribunal arbitral (*Mourre*, pp. 113 y 114, *Naud*, p. 515). Cuando procedimientos arbitrales y de corrupción se conducen simultáneamente, en los que la corrupción tiene un rol esencial en la decisión arbitral final, el tribunal arbitral debe plantearse la suspensión del arbitraje hasta obtener una decisión de la jurisdicción penal (*von Wobeser*, p.223).
66. Varios criterios permiten a un tribunal determinar si la suspensión del arbitraje hasta la decisión de la jurisdicción penal es oportuna. En lo que atañe a los criterios objetivos, el Tribunal Arbitral podrá decidir teniendo en cuenta el impacto del reconocimiento de la ilegalidad de los actos para la decisión arbitral, la etapa en la cual se encuentra el procedimiento penal, la capacidad del tribunal para determinar cuándo la decisión penal estará tomada, la posibilidad de que la decisión de la jurisdicción nacional pueda dar base a un procedimiento de apelación, y el momento del procedimiento arbitral en el cual se pide su suspensión (*Naud*, pp. 517 y 518). En cuanto a los criterios subjetivos, el Tribunal tendrá que examinar si una de las partes tiene el poder de iniciar el procedimiento penal, la imparcialidad de las autoridades penales y la posibilidad que el procedimiento criminal permita acceder a pruebas que la jurisdicción arbitral no tendrá a su alcance (*Naud*, pp. 517 y 518).
67. Desde un punto de vista objetivo, en este caso, el Tribunal Arbitral tendrá que declarar la suspensión del procedimiento porque el reconocimiento de la existencia de hechos de corrupción, por parte de la jurisdicción penal nacional debería conducir a declarar la incompetencia del mismo Tribunal. También porque la suspensión se solicita al principio del procedimiento arbitral, cuyo inicio es posterior al proceso penal. De manera más importante aún, de un punto de vista subjetivo, Asimismo, es muy probable que la jurisdicción nacional, con sus poderes de investigación, pueda obtener más pruebas acerca de la corrupción.

68. Así, se solicita al Tribunal en subsidio la suspensión del procedimiento arbitral hasta la decisión de la jurisdicción penal de Feudalia.

***c) El Ministerio de Transporte de Feudalia no tiene legitimidad para solicitar un procedimiento ante el Tribunal Arbitral***

69. Ese procedimiento no debería prosperar porque la Demandante no tiene legitimación para llevar ese litigio en particular ante este Tribunal Arbitral.

70. El Ministerio de Feudalia inició un arbitraje contra las Demandadas ante este Tribunal Arbitral. La Demandante funda sus reclamos en la contratación de un agente, el Sr. Chu, por parte de CASL, en miras de la obtención del Contrato de Construcción. Lo que no es aceptable pues Feudalia aceptó la firma de aquí denominado agente en el Contrato de Construcción (Caso, ¶13). Ello no sólo significa su aceptación implícita. También significa que el Ministerio del Transporte y los miembros de la Comisión de licitación se aprovecharon de la existencia de ese agente para obtener regalos y favores, tal como acostumbraban a recibirlos en Feudalia (Aclaraciones, ¶¶24 y 25). Así, Feudalia no puede argumentar que CAFSA, CASL y ChuChu SAS obraron en secreto para obtener el Contrato de construcción como lo hace la Demandada (Demanda, ¶24). Al contrario, el Sr. Chu tuvo contactos con los miembros de la Comisión de licitación y firmó el Contrato de Construcción, dejando sin ningún misterio su vínculo con CASL. Por demás, como será demostrado más adelante, CAFSA no estuvo involucrada en la contratación de ChuChu SAS.

71. Esto nos lleva a hablar sobre la doctrina de las manos limpias. Ella, también llamada *clean hands doctrine*, consiste en considerar inadmisibles las solicitudes de un demandante, cuando las razones que fundan la reclamación de dicha solicitud son el resultado de su propio comportamiento. Esta doctrina, reconocida ampliamente en arbitraje internacional (*Llamzon y Sinclair*, p.508, *Lamm y Pham*, p. 720 y p.723), permite impedir demandas de mala fe o contrarias a la equidad. La conducta que da lugar a su aplicación tiene que ser voluntaria y emerger de una transacción fraudulenta, ilegal o inadmisibles (*Llamzon y Sinclair*, p.509).

72. Vinculada con la máxima latina *ex turpi causa* que defendió Lord Mansfield en 1775 (*Holman v Johnson* (UK)), la doctrina de las manos limpias es un principio de equidad también aplicado por la Corte suprema de los Estados Unidos en la decisión *International News Services* en 1918. Allí, la Corte decidió que “*rechaza ayudar a un demandante [a] proteger cualquier derecho adquirido o mantenido por una conducta inequitativa*” [Traducción libre del inglés] (*International News Services* (EEUU)). Como bien lo expresa el Juez Wilmot, “*una mano*

*contaminada no debería tocar a la pura fuente de la justicia*” [Traducción libre del inglés] (*Collins v Blantern* (IR)).

73. El derecho internacional también reconoce la existencia de este principio. En efecto, se ha dicho que “*el que persigue equidad debe actuar de manera equitativa*” [Traducción libre del inglés], en la decisión *Diversión del agua de la Meuse* de 1937, de la Corte Permanente de Justicia Internacional. Esa última rechazó una acción de los Países Bajos porque estaban actuando de la misma manera que Bélgica en el litigio: “*A la Corte parece difícil admitir que los Países Bajos se quejen de la construcción y del funcionamiento de una represa cuando ellos dieron el ejemplo para ese comportamiento en el pasado.*” [Traducción libre del inglés]. El juez Hudson, en su voto disidente, detalló ese principio:

*“Parecería ser un importante principio de equidad que cuando dos partes tengan una misma obligación, una parte involucrada en una violación continuada de esa misma obligación no debería estar admitida a sacar provecho de una violación similar de la otra parte. [...] Un tribunal decidiendo con el derecho internacional no debería dudar en aplicar principios de equidad tan obvia.”* [Traducción libre del inglés]

74. Así, la doctrina de las manos limpias se basa en el principio de equidad. Ese principio es reconocido como parte del derecho internacional a través el artículo 38 (1)(c) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. De hecho, establece que los principios compartidos y aceptados por “*las naciones civilizadas*” pueden ser considerados como fuentes de derecho internacional (*Llamzon y Sinclair*, p.511). Esto dio lugar a numerosas decisiones y votos disidentes en aplicación de la doctrina, con la intención de hacer respetar el principio de equidad (*Medea and The GoodReturn; Factory at Chorzow; Diversión del agua de la Meuse; Caso Nicaragua; Jarvis; Chapman v UK*).
75. La doctrina de las manos limpias se vincula también con la noción de buena fe, “*un principio general de derecho reconocido por los sistemas judiciales más importantes en el mundo, incluyendo el derecho civil, la ley islámica y las jurisdicciones de derecho común*” (*Mirzayev*, p. 93). De hecho, las decisiones *Libananco* y *Quilborax* proveyendo del CIADI se basan en el principio de buena fe para reconocer o no la admisibilidad de una demanda. El Tribunal decidió arbitrar en *Libananco* porque el Estado turco actuaba de buena fe, y rechazó tomar en cuenta la parte sustancial del litigio en *Quilborax*, enfatizando la mala fe del Estado bolivariano en el proceso penal que había empezado.

76. El tratamiento de la corrupción en el derecho internacional prohíbe aprovecharse de ella y luego pedir a un tribunal arbitral la protección del tratado una inversión (*Lamm y Pham*, p. 721). Así, en la decisión *Inceysa v. El Salvador*, el tribunal decidió que el demandante no podía acceder al arbitraje en razón de su comportamiento fraudulento. En *Quilborax*, el tribunal rechazó examinar la existencia de corrupción y decidió que el solo hecho que la demanda no era de buena fe, hacía inadmisibile el caso (*Mirzayev*, p. 95). También en *World Duty Free*, el tribunal decidió que la defensa *ex turpi causa* era procedente, considerando que era un principio de derecho internacional rechazar una demanda si quien la interponía era parte de acciones inmorales o ilegales (*Llamzon*, p.36).
77. El Tribunal Arbitral tiene que aplicar los principios de derecho internacional ya expuestos porque trata de un litigio internacional en el cual está involucrado un Estado al cual el orden público internacional y las reglas de derecho internacional se aplican (Reglamento CPA, Introducción (i)). Rechazando usar los principios de buena fe y de equidad, y a través ellos, la doctrina de las manos limpias, el Tribunal Arbitral dejaría el Estado de Feudalia usar de su poder de actuaciones judiciales y del mismo Tribunal para condenar prácticas en las cuales participó. Además, el artículo 2A de la ley de arbitraje de Marmitania deja claro que la buena fe y otros principios de derecho internacional, como la equidad, deben ser determinantes en la resolución de disputas arbitrales.
78. En el caso que nos lleva ante este tribunal, no cabe duda de que el Ministerio del Transporte llega con manos sucias.
79. Ahora bien, los altos funcionarios del Estado de Feudalia, incluyendo el Ministerio del Transporte, aceptaron todos los ofrecimientos del Sr. Chu, los que, peor aún, ahora califican de “*favores y regalos*”, lo que permite deducir que admiten haberse beneficiado con ellos. Recuérdese que el Sr. Chu había sido contratado por CASL, algo que los beneficiarios de dichos regalos sabían perfectamente, puesto que el Sr. Chu firmó el Contrato de Construcción (*Caso*, ¶13). Así Feudalia no puede hacer ninguna solicitud porque es responsable por los actos de sus funcionarios y debe tener control sobre sus acciones. Como apunta R. Higgins,
- “Un Estado es responsable para los actos ultra vires de sus funcionarios, es decir hasta si actúan más allá de los poderes que tienen. De hecho, uno puede ir más lejos y decir que si un órgano estatal o un funcionario del mismo Estado actuó de manera prohibida expresamente por el Estado y violando el derecho internacional, el Estado sería todavía responsable de esa*

*mala conducta*”[Traducción libre del inglés] (*Higgins*, p.150; Artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, Artículo 7).

80. Además, los funcionarios del Estado de Feudalia aprovecharon que la ley nacional no preveía medidas para combatir la corrupción en la función pública, así como la ausencia de condenas previstas para empresas culpables de corrupción (Aclaraciones, ¶25) al momento de aceptar los favores del Sr. Chu. Más aún, tal como se especifica (Aclaraciones, ¶26), los funcionarios dieron a entender en todo momento que esas prácticas eran culturalmente aceptables. Así parece muy claro que no sólo los funcionarios de Feudalia sino también el Estado en sí mismo no tenían ningún problema con la contratación y los actos del Sr. Chu porque eran conformes a la práctica económica nacional.
81. Ahora bien, no cabe duda de que empezar hoy un arbitraje en razón de tales favores debe conducir a la aplicación de la doctrina de las manos limpias. El Ministerio de Transporte, aceptando los regalos del Sr. Chu, actuaba de manera voluntaria y aceptada a nivel nacional, teniendo un comportamiento inadmisibles del punto de vista del Contrato de construcción que firmó. En consecuencia, su demanda no es admisible (*Llamzon y Sinclair*, p.509).
82. Para tomar esta decisión, el Tribunal Arbitral también podrá tomar en cuenta la existencia de leyes transnacionales que luchan contra la corrupción, las que serían vulneradas de aceptar la Demanda. Recuérdese que Marmitania, Costa Dorada y Feudalia han ratificado la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (2003) y la Convención Interamericana contra la Corrupción (1996). Arbitrar en ese caso sería aceptar el uso de la corrupción para obtener los privilegios y regalos obtenidos ya por el Ministerio de Feudalia, y usar después el derecho para obtener más beneficios todavía, es decir el pago de la comisión prevista por el contrato (*Lamm y Pham*, p. 727). En suma, arbitrar en este caso sería una forma de propiciar futuros casos de corrupción y el irrespeto por leyes transnacionales.
83. Otros tribunales ya han decidido rechazar demandas similares. En *Inceysa v Salvador*, el tribunal se basó en el derecho transnacional para negar su jurisdicción, argumentando que el principio de *nemo auditor propriam turpitudine mal legans* era parte de la ley general del Salvador, aunque no era una ley formal nacional. El mismo criterio podría seguirse en el presente caso, pues es claro que la ley de arbitraje de Marmitania enfatiza en la importancia de la buena fe y del derecho internacional (Ley de Marmitania, Artículo 2A)

84. No cabe duda que ese Tribunal Arbitral no puede dejar una parte saque provecho del derecho transnacional y usarlo de manera tan fraudulenta así que tiene que declarar inadmisibile la demanda del Ministerio de Feudalia.

85. En razón de la no arbitrabilidad del litigio, de la existencia de un procedimiento basado en los mismos hechos ya empezado en una jurisdicción nacional y de la mala fe de la Demandante, el Tribunal Arbitral tendrá que rechazar arbitrar el litigio llevado ante él por el Ministerio del Transporte de Feudalia.

## **1.2 Ninguna de las Demandadas tendría que estar involucrada como parte en este proceso arbitral**

86. En el caso en el cual el Tribunal Arbitral decidiría arbitrar el litigio a pesar de lo demostrado, se tiene que destacar que las partes involucradas en el arbitraje por la Demandante no son admisibles como tales.

### ***a) CAFSA firmó el Contrato sin ser responsable de ningún incumplimiento***

87. El acuerdo de arbitraje entre CAFSA y el Estado de Feudalia es válido: consta por escrito y las partes consintieron a través de su firma del Contrato de Construcción en el cual está incluida la cláusula 38 (Caso, ¶14; Convención de Nueva York, Artículo II, Ley de arbitraje de Marmitania, Artículo 7), así que nada prohíbe al Estado de Feudalia iniciar un arbitraje contra CAFSA.

88. De esta manera, la Demandante empezó un litigio contra ChuChu SAS, CASL y CAFSA por *“haber declarado falsamente que no se había nombrado un agente que reciba una comisión respecto del Contrato en cuestión.”* (Demanda, ¶23). La Demandante afirma que no hay que discutir la implicación de CAFSA como parte al arbitraje porque firmó el acuerdo de arbitraje (Demanda, ¶32). No obstante, no se puede involucrar CAFSA en un litigio en el cual no tiene ninguna responsabilidad *prima facie* porque significa que falta un interés en actuar o legitimación activa por la Demandante.

89. En la relación de los hechos, nada prueba que CAFSA conocía el rol del Sr. Chu o de ChuChu SAS. De hecho, CAFSA fue creada poco tiempo antes de la firma del Contrato de Construcción y sólo para esos efectos, por lo que desconocía el procedimiento de licitación. Así, lo firmó de buena fe con las informaciones que tenía. No sabía nada de las acciones previas de la empresa del Sr. Chu, a quien acepta sólo como testigo y garante de sus cualidades

profesionales, conociendo el expertise del grupo de sociedades al cual CAFSA pertenecía (*Demanda*, ¶9).

90. Así, el Estado de Feudalia no puede accionar contra CAFSA, quien sólo se limitó a ejecutar la obra debidamente. Obra de la cual Feudalia no tiene reproche alguno, tal como la Demandante lo destacó - (*Demanda*, ¶13).

***b) ChuChu SAS y CASL nunca consintieron al acuerdo de arbitraje, así que no pueden ser partes al arbitraje***

91. Antes que nada, cabe destacar que un acuerdo arbitral es contractual y que por eso sólo tiene poder entre las partes que consintieron a un arbitraje en caso de litigio (*Born II*, pp. 1406-1407). No sólo lo reconocen los autores de doctrina sino también los convenios internacionales, como la ley CNUDMI. Así, el artículo 7(1) de la ley de arbitraje de Marmitania define un acuerdo de arbitraje como “*un acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas*” y reconoce así el enfoque subjetivo limitado de los acuerdos de arbitraje [énfasis añadido].
92. Las Cortes nacionales también concuerdan en ese principio (*Born II*, p. 1407-1408). Una decisión americana consta que “*el arbitraje es una materia contractual y una parte no puede estar obligada a someter al arbitraje cualquier litigio para el cual no dio su acuerdo*” [Traducción libre del inglés] (*United Steelworkers* (EEUU)). También la Corte de Apelación francesa decidió que “*la ley de arbitraje, basada en la naturaleza consensual de la cláusula de arbitraje, no permite la extensión a tercera parte, extranjeras al contrato, de los efectos del contrato discutido, y prohíbe cualquier intervención forzada o procedimiento de garantía.*” [Traducción libre del inglés] (*OIAETI v SOFIDIF* (FR)).
93. En ese caso, CAFSA y el Estado de Feudalia expresaron su consentimiento a la resolución por vía arbitral de los conflictos que podrían nacer del Contrato de Construcción. Lo hicieron con una medida clara: firmaron el Contrato de Construcción en el cual está incluida la cláusula 38, cláusula compromisoria en la cual se basa el Ministerio de Feudalia para empezar un arbitraje (Caso, ¶14). Ocurre que ni ChuChu SAS ni CASL firmaron el Contrato de construcción así que ninguno de los dos dio su consentimiento a un arbitraje.
94. Ahora bien, la Demandante pide la extensión de la cláusula arbitral para CASL y ChuChu SAS basándose en fundamentos distintos que desarrollaremos a continuación. Antes se tiene

que notar que una cláusula de arbitraje no se puede extender como pretende la Demandante (Demanda, ¶41) en razón de su naturaleza contractual (*Born II*, p. 1414): para que uno sea parte a un arbitraje, tiene que haber consentido de una forma u otra a esa manera de arreglar una disputa.

95. Una parte no signataria puede ser parte de un arbitraje sólo si dio su consentimiento de manera informal, lo que se puede demostrar a través las reglas generales de contrato, agencia o de derecho corporal (*Born II*, p. 1410 y ss.). Sin embargo, como lo destaca Born, incluir una parte no signataria a un arbitraje debe quedar una práctica excepcional (*InterGen* (EEUU), *BASF Argentina SA* (AR)) y esa inclusión se tiene que basar en un examen muy detallado de los hechos (*Decisión del 20 de Enero 2006* (PL)), tomando en cuenta todo lo que las partes sabían al momento de firmar el acuerdo de arbitraje (*Born II*, pp. 1414-1415). El tribunal arbitral tiene que estar enfocado en la intención de las partes cuando firman el acuerdo de arbitraje (*Born II*, p. 1415).
96. Además, la jurisprudencia insiste en la importancia de tomar más cuidado todavía cuando la parte no signataria es una de las demandadas y no una demandante (*Nitro Distrib. Inc.* (EEUU); *Merrill Lynch Inv. Managers* (EEUU))
97. La demandante trata de implicar ficticiamente ChuChu SAS y CASL en el arbitraje presentado ante ese Tribunal Arbitral, negando así la importancia de su consentimiento al momento de firmar - o no - el Contrato de construcción.
  - (i) **CASL no es parte al arbitraje porque no dio su consentimiento al arbitraje y no se aplica aquí la doctrina de los grupos societarios**
98. La demandante trata de demostrar el consentimiento implícito de CASL al acuerdo de arbitraje.
99. Así, afirma que su involucramiento en las negociaciones del Contrato de Construcción (Demandante, ¶34) y en la ejecución de la obra (Demandante, ¶38). Pretende que un vínculo continuo entre CASL y el Estado de Feudalia sean suficientes para inferir su consentimiento al arbitraje (Demandante, ¶40).
100. La participación a las negociaciones no permite calificar el consentimiento de una parte no signataria (*Caso CCI No. 5721*; *Caso CCI No. 6769*). Tampoco el involucramiento en ciertos aspectos del Contrato en sí mismo permite concluir que una parte no signataria haya dado su

consentimiento implícito al arbitraje (*Caso CCI No. 4504; Decisión del 24 de marzo 2000 (CH); Caso CCI No. 2138*).

101. En efecto, son criterios diferentes los que permiten identificar una integración de sociedades. Como lo demuestra Caivano en su análisis de los grupos de sociedades, éstos se caracterizan particularmente por una cohesión entre las partes que permita identificar una unidad económica, bien sea por su actividad o por las operaciones que realizan (Caivano, p. 89). Por otra parte, para Born, la aplicación de la doctrina de los grupos de sociedades depende de la presencia y del consentimiento implícito de las partes signatarias al acuerdo (*Born II*, p. 1427). Así, la Demandante olvida lo más importante para determinar la posibilidad de aplicar esa doctrina (Demandante, ¶40): demostrar la existencia del consentimiento implícito de las partes signatarias en cuanto a CASL, y el consentimiento de esa última parte.
102. Así, en la decisión *Air Line Pilots*, la Corte rechazó admitir el consentimiento implícito de una parte en ausencia de una “*intención clara*” expresada por ella (*Air Line Pilots* (EEUU)). También decidió así la Corte en *Promotora de Navegación* rechazando inferir un acuerdo de arbitraje donde no era demostrada la “*intención clara y sin ambigüedad requisita*” de la parte no signataria (*Promotora de Navegación*, (EEUU)). El tribunal arbitral decidió lo mismo en el *Caso CCI No. 6000* en el cual confirma que la voluntad común de las partes signatarias de incluir otra parte no signataria es fundamental para incluirla en el arbitraje.
103. En el caso que nos ocupa, la Demandante reconoce la creación de CAFSA para llenar las condiciones del Estado de Feudalia y llevar a cabo la obra (Demandante, ¶36). Con certeza, no se puede negar que el Ministerio del Transporte es el que pidió la creación de CAFSA para tener un interlocutor local y sometido a leyes locales. No cabe duda que las negociaciones debían tener lugar entre CAFSA y el Ministerio del Transporte y no entre CAFSA, CASL y la Demandante. Ahora bien, si queremos analizar lo que podía ser la intención del Ministerio del Transporte, no parece muy difícil deducir que no quería incorporar CASL al acuerdo porque si hubiera querido hacerlo, sólo habría necesitado pedirlo. El Estado tenía todo el poder, tal como lo prueba el hecho de que CASL debió crear una empresa para satisfacer las condiciones impuestas por Feudalia. CASL sólo tenía como intención respetar los deseos y condiciones del Estado de Feudalia y de su Ministerio del Transporte. Como lo destaca un Tribunal Arbitral, “*si la Demandante tenía la intención de hacer de una parte no signataria una parte al Contrato o al acuerdo de arbitraje, ella podía insistir para agregarla al momento de la firma*” [Traducción libre del inglés] (*Caso CCI No. 10758*).

104. Así, el Tribunal Arbitral no podrá deducir de los hechos destacados por la Demandante el consentimiento implícito de CASL.
105. De manera subsidiaria, la Demandante trata involucrar a CASL a través de la teoría del grupo de sociedades (Demanda, ¶46). Así, pretende alejarse del “*principio fundamental que cada sociedad de un grupo de sociedades es una entidad jurídica con derechos y responsabilidades separadas*” [Traducción libre del Inglés] (*Adams v. Cape (RU)*).
106. Explicando cómo funciona la Clean Hands Doctrine, la Demandante pretende haber demostrado la existencia de un grupo de sociedades. Sin embargo, se olvidó de tomar en cuenta de lo más importante cuando se trata de un acuerdo de arbitraje: la intención de las partes (*Born II*, p. 1447). La Demandante se olvidó de demostrar la voluntad de CAFSA y del Estado de Feudalia de involucrar a CASL en el acuerdo de arbitraje, así como la voluntad de CASL de formar parte del arbitraje. Como ya se ha demostrado en los párrafos anteriores, el Ministerio de Feudalia no quería tratar con CASL sino con CAFSA, tal como lo reconoció la Demandante (Demanda, ¶36). Como lo destaca Born, no es suficiente la existencia de un grupo de sociedades, todavía es necesaria la prueba de la intención de cada parte de estar vinculada por el acuerdo de arbitraje, lo que aquí falta claramente (*Born II*, p.1450; *Caso CCI No. 7604*; *Caso CCI No. 7610*).
107. Además, hay que recordar que la doctrina de los grupos de sociedades no es una doctrina mayoritaria. Creada para el arbitraje (*Born II*, p. 1445), confirmada por la decisión *Dow Chemical (Dow Chemical (FR))*, esa teoría está muy lejos de estar aceptada por todas las jurisdicciones nacionales: está totalmente rechazada en Inglaterra (*Peterson Farms Inc. (RU)*), en los Países Bajos (*Decisión del 20 de Enero 2006*) y es muy poco habitual en Suiza (*Decisión del 29 de enero 1996 (CH)*). Los tribunales arbitrales tampoco aplican esa teoría de manera sistemática (*Caso CCI No. 2138*; *Caso CCI No. 10818*; *Caso CCI No. 9839*).
108. Así, este Tribunal Arbitral debe ver que las únicas jurisdicciones nacionales que aplican la teoría de los grupos de sociedades son las jurisdicciones francesas. Por eso, ese Tribunal tendrá que rechazar involucrar a CASL en el acuerdo de arbitraje y debe declarar inadmisibles la Demanda del Ministerio de Transporte en cuanto a CASL.

**(ii) ChuChu SAS no es parte al arbitraje porque la teoría de la agencia no se aplica a ese litigio**

109. En la Demanda, el Ministerio del Transporte afirma que ChuChu SAS es un representante de CASL (Demanda, ¶56), explica que el Contrato de Consultoría en realidad corresponde a tareas de representación y gestión para obtener el Contrato de Construcción (Demanda, ¶59), lo que significa que es parte al arbitraje (Demanda, ¶64)
110. Hay muchas cosas que objetar en este razonamiento. Primero, no es posible involucrar a ChuChu SAS si, como es lo más probable, el Tribunal Arbitral no reconoce CASL como parte al arbitraje. De hecho, la Demandante sólo considera que ChuChu SAS es parte al arbitraje en razón de su vínculo directo con CASL, es decir, el Contrato de Consultoría. Aunque diga que también ChuChu SAS representa a CAFSA, no explica en qué términos lo hace y se tiene que destacar que al momento de la ejecución del Contrato de Consultoría por parte de ChuChu SAS, CAFSA ni siquiera existía, así que parece difícil representarla.
111. También la Demandante se equivoca en su conclusión sobre el rol de representante de ChuChu SAS. Considera que, si ChuChu SAS representa CASL, y que CASL es parte al arbitraje, ChuChu SAS también es parte del arbitraje (Demanda, ¶64). Eso va contrala realidad jurídica. De hecho, un representante involucra a un principal representado por sus actos, cuando este último le da el poder de hacerlo y cuando aquél se compromete en su nombre (*Born II*, p.1418 y ss.). Un agente no puede ser parte de un contrato que no firmó y que nunca manifestó la intención de ejecutar de cualquiera manera que sea, y menos e acuerdo de arbitraje contenido en ese Contrato.
112. Después, hay que destacar que ChuChu SAS nunca fue un representante de CASL. Como lo destaca la Corte de Apelación de Geneva en *Westland Helicopters* “[l]a cláusula de arbitraje no puede ser oponible a una parte que no la firmó excepto si esa parte está vinculada a la cláusula por la firma de una entidad o de una tercera parte empoderada para actuar en su nombre a través de un acto dando a esa entidad o tercera parte el poder de llevar un litigio ante un Tribunal Arbitral” [Traducción libre del inglés] (*Westland Helicopters* (CH); *Born II*, p. 1420). También decidió en ese sentido la Corte en *Bridas SAPIC, en Peterson Farms Inc.* y en *InterGen (Bridas SAPIC (EEUU); Peterson Farms Inc. (RU); InterGen (EEUU))*.
113. El Contrato de Consultoría firmado por CASL y ChuChu SAS sólo debía asegurar a CASL la licitación del Contrato de Construcción. No tenía nada que ver con la conclusión del mismo Contrato y su firma. Nada en el objeto del Contrato de Consultoría da a ChuChu SAS o al Sr. Chu el poder de actuar en el nombre de CASL: tiene que tomar “*todas las medidas necesarias*

que estén a su alcance para que al Cliente se le adjudique el Contrato de construcción” (Caso, ¶6) lo que no les da cualquier poder en nombre de CASL.

114. Además, hace falta recordar que al contrario de lo que afirma la Demandante (Demanda, ¶65), ChuChu SAS no firmó el Contrato de Construcción. El Sr. Chu lo hizo (Caso, ¶13) pero como testigo y garante, lo que no le da ninguna de las obligaciones contractuales que nacen con el Contrato.
115. Así de cualquier manera, no es posible incorporar ChuChu SAS al arbitraje usando su rol de representante fabricado por la Demandante.
116. Para concluir, la Demandante inventa una regla de Derecho por la cual el involucramiento del Sr. Chu en su nombre propio al momento de la conclusión del Contrato de Construcción (Demanda, ¶65), hace que su empresa sea parte del acuerdo de arbitraje (Demanda, ¶66). Explica que debido a que lo hizo, ChuChu SAS es protagonista del caso y necesita ser parte al procedimiento arbitral para que el Tribunal Arbitral pueda juzgar de manera completa el litigio (Demanda, ¶66).
117. Aquí seguramente la Demandante mezcla las nociones de derecho. No se puede afirmar que el dueño de una empresa compromete a su empresa cuando firma como testigo y garante en un contrato en su propio nombre. El Sr. Chu firmó el Contrato de Construcción como testigo y garante de la experiencia del constructor (Caso, ¶13), lo que no implica a ChuChu SAS. De hecho, ninguna de las partes al Contrato esperaba al Sr. Chu o a su empresa para realizar la obra o tomar parte en la obra.
118. También, la Demandante se olvida que la intención es esencial para incluir una parte el arbitraje, como ya indicado, y ChuChu SAS nunca manifestó la intención de ser parte al arbitraje o del Contrato de Construcción.
119. Ahora bien, la Demandante explica que, en ese caso, si no están vinculadas al arbitraje, las partes pueden hacer lo que quieran y que todo cae en un desastre económico y social. Se olvida de lo más elemental: una persona puede ser parte a un arbitraje, pero no responsable y otra persona puede ser responsable sin ser parte de un arbitraje (*Born II, p. 1418*). Obviamente, se objeta la responsabilidad del Sr. Chu o de ChuChu SAS en el litigio llevado ante ese Tribunal Arbitral que tiene por objeto la falsa declaración de no haber nombrado un agente respecto del Contrato en cuestión a través la firma de ese Contrato. Pero el Sr. Chu sólo firmó el Contrato de Construcción para garantizar la competencia de CAFSA, lo que no se puede

discutir porque la obra se realizó a la perfección. Parece que tendría mucho más sentido denunciar la responsabilidad penal del Sr. Chu, como lo ha hecho la fiscalía de Feudalia. Y así volvemos a lo que ya demostramos: la Demandante quiere obtener una decisión penal del Tribunal Arbitral, aunque ya está esperando una decisión penal en sus propias jurisdicciones.

120. ChuChu SAS no es un representante de CASL y su implicación en los hechos llevado ante ese Tribunal Arbitral no es suficiente para incluir la empresa al arbitraje al contrario de lo que asegura la Demandante.
121. Está claro que ni ChuChu SAS ni CASL pueden ser partes al arbitraje empezado por el Ministerio del Transporte porque no dieron su consentimiento de ninguna forma al acuerdo de arbitraje. El Tribunal Arbitral tendrá que declarar su inadmisibilidad.

## 2. LA DEMANDA SE BASA EN UNA CLAUSULA NULA Y EN ACTUACIONES DE MALA FE POR PARTE DE LA DEMANDANTE

### 2.1 La cláusula 18 es excesivamente desproporcionada y abusiva y por lo tanto debe ser anulada.

122. La cláusula 18 del Contrato de Construcción es excesivamente desproporcionada y abusiva y por esto debe ser declarada su nulidad. Cabe resaltar que, si bien los términos del Contrato de Construcción fueron negociados por Feudalia y por CASL (Caso, ¶13), esta negociación fue desequilibrada. Durante la negociación CASL estuvo frente a Feudalia, que, en calidad de Estado, dispone por naturaleza de un mayor poder de negociación. En efecto, disponiendo de mayores recursos que una empresa privada, por más grande que sea esta última, Feudalia pudo, sin duda, imponer sus términos en el Contrato de Construcción. Así, el Estado de Feudalia logró hacer incluir una multa punitiva por medio de la cláusula 18, imponiendo de este modo una sanción excesivamente desproporcionada y abusiva sobre su contraparte al Contrato.
123. La cláusula es excesivamente desproporcionada puesto que las sanciones que ordena recaen únicamente sobre una de las partes, CAFSA, aun cuando los actos que dan lugar a su ejecución implican una actitud activa por parte de representantes del Estado de Feudalia (a). Además, la cláusula tiene por efecto el cobro de un monto excesivo que puede ser incluso calificado como confiscatorio (b), y que la Demandante está injustificadamente solicitando en paralelo delante de jurisdicciones nacionales (c). Por estas razones, el Tribunal debe considerar la cláusula 18 como nula. Subsidiariamente, en caso de admitir la validez de la cláusula, el Tribunal debe ordenar la participación de la Demandante en las costas del arbitraje, en razón de la contribución de sus funcionarios a la situación que originó la activación de la cláusula.
124. El artículo 3.2.7 (1) de los Principios UNIDROIT establece que “una parte puede anular el contrato o cualquiera de sus cláusulas si en el momento de su celebración el contrato o alguna de sus cláusulas otorgan a la otra parte una ventaja excesiva.”. El mismo artículo establece dos criterios que el Tribunal debe tomar en cuenta para declarar nula una tal cláusula por motivos de excesiva desproporción: (a) “que la otra parte se haya aprovechado injustificadamente de la dependencia, aflicción económica o necesidades apremiantes de la otra parte, o de su falta de previsión, ignorancia, inexperiencia o falta de habilidad en la negociación” y (b) “la naturaleza y finalidad del contrato.”

125. El Comentario Oficial propone ciertos criterios para establecer el carácter desproporcionado de una cláusula. La cláusula debe presentar primero, una ventaja excesiva favorable a una de las partes, y segundo, una ventaja injustificada. Esta última está tipificada en caso de existir un poder desigual de negociación entre las partes y a la luz de la naturaleza y del propósito del Contrato (Comentario Oficial, comentario bajo artículo 3.2.7).
126. La cláusula 18 presenta las características enunciadas por el Comentario Oficial. Por un lado, la ventaja es excesiva dado que los términos de la cláusula afectan al Constructor, es decir a CAFSA, en cualquier circunstancia en la que su mecanismo fuese activado. Como se ha explicado, la cláusula está construida bajo una lógica unilateral que sanciona el actuar de la empresa, sin tomar en cuenta la eventual responsabilidad del Estado de Feudalia o de sus funcionarios o representantes en los hechos que dan lugar a su operatividad. Si la empresa contratante hubiera tenido poder real de negociación, es lógico que jamás habría aceptado dicha cláusula abusiva.
127. Finalmente, a la luz de la naturaleza y del propósito del Contrato, la cláusula 18 debe ser declarada nula. Siendo un contrato de naturaleza comercial, éste presupone equidad entre las contraprestaciones y condiciones de contratación de las partes. Esto no se verifica por la sanción unilateral que impone a la empresa constructora, quien al momento de ejecutar el contrato e incluso tras su terminación se encuentra siempre en una situación de desventaja frente a Feudalia quien en cualquier momento puede invocar su incumplimiento para cobrar la cuantiosa suma, incluso habiéndolo propiciado.
128. En el caso *Nagrampa c. Mailcoups Inc.*, la Corte de Apelaciones del Noveno Circuito de Estados Unidos reconoció el carácter abusivo que presentaban las cláusulas de un contrato de franquicia en el que una de las partes disponía de la posibilidad de iniciar procedimientos delante de tribunales nacionales o de tribunales arbitrales, mientras que la otra parte al contrato disponía únicamente de la posibilidad de iniciar procedimientos exclusivamente delante de jurisdicciones arbitrales. Este caso ilustra un contrato en el que una de las partes, en particular la parte que disponía de mayor fuerza de negociación, disponía de una ventaja excesiva y manifiesta sobre su contraparte al contrato.
129. Puesto que la cláusula no prevé sanción alguna para Feudalia, incluso si sus funcionarios fueron partes necesarias de su incumplimiento, en caso de que el Tribunal reconociera la validez de la cláusula 18, se debería ordenar la participación de la Demandante en los costes del arbitraje, tal como lo hizo el Tribunal en *Metal-Tech v Uzbekistan*. Este principio se ve

reforzado por la idea de que el tribunal arbitral debe tomar medidas en la situación en la que un Estado ha permitido la creación de circunstancias que llevan a casos de corrupción o ha participado directamente en casos de corrupción. De acuerdo con el autor, un ejemplo de dichas medidas a tomar por el Tribunal es ordenar la participación del Estado a los costes del arbitraje (*von Wobeser*, pp. 203 - 224).

130. A la luz de estos elementos, se puede establecer claramente que la cláusula 18 presenta características de una cláusula excesivamente desproporcionada, favoreciendo particularmente a Feudalia. Por esta razón, y respetando las disposiciones del artículo 3.2.7. de los Principios UNIDROIT, el Tribunal Arbitral debe pronunciar la anulación de la cláusula.

***a) La cláusula 18 es abusiva por la prohibición que impone y por ser una sanción exagerada***

131. La cláusula 18 del Contrato de Construcción es abusiva en la medida en que impone una desventaja manifiesta al Constructor, llegando incluso a ser calificada de leonina. Además, el carácter abusivo de la cláusula se basa en la sanción exagerada que impone unilateralmente sobre el Constructor. La caracterización de la cláusula 18 como una cláusula abusiva implica necesariamente la nulidad de la misma.
132. El segundo párrafo de la cláusula prohíbe al Constructor emplear o retener “*de alguna manera a una empresa o a una persona diferente de sus empleados para solicitar o asegurar la adjudicación*” del Contrato (Caso, ¶14). Al mismo tiempo, la cláusula contiene la prohibición de otorgar regalos y favores a cualquiera de “*los directivos o empleados del Dueño de la Obra*”. El carácter abusivo de la cláusula 18 reside en el hecho que presenta un impedimento a un uso común del comercio internacional, y particularmente en el marco del proceso de presentación de proyectos a una licitación pública internacional. En efecto, es común que sociedades que presentan propuestas en una licitación pública abierta por un Estado distinto al Estado donde están domiciliadas, contraten los servicios de terceros, eventualmente ejerciendo actividades en el Estado licitante, con el fin de adaptar su propuesta a las exigencias de la licitación. Así, es plenamente admisible que una empresa contrate legítimamente solicite servicios de consultoras o de agencias de relaciones públicas o de comunicación para asistirles en la presentación de su propuesta.
133. Los términos de la cláusula 18 podrían incluso haber dado pie a la sanción de CAFSA, en caso de que ésta hubiera contratado los servicios de una agencia de comunicación encargada únicamente de diseñar los materiales de comunicación destinados a su presentación antes el

Estado de Feudalia. Este ejemplo permite ver la dimensión opresiva de la cláusula y revela la mala fe con la que actuó el Estado de Feudalia, poniendo trampas a su co-contratante.

134. Por otra parte, la solicitud de la Demandante es abusiva en la medida en que el monto solicitado es excesivo y ni siquiera corresponde a la sanción prevista en la cláusula 18. En su escrito de Demanda, la Demandante solicita el pago de USD\$ 280.000.000, por daños y perjuicios en concepto de un supuesto incumplimiento contractual. Es decir que, después de haber sido construida la autopista, cumpliendo con las especificaciones solicitadas por el Estado de Feudalia, y finalizada incluso antes del plazo previsto, la Demandante pretende obtener de regreso casi el 60% del costo de la obra.
135. En suma, teniendo en cuenta el bajo margen de negociación del que dispuso CASL al momento de negociar los términos del Contrato y las condiciones desfavorables a las que debió someterse aceptando la cláusula 18 del Contrato de Construcción, está claro que el Estado de Feudalia abusó de su posición de poder frente a su co-contratante. Así las cosas, el Tribunal Arbitral debe reconocer la nulidad de la cláusula 18.

***b) Feudalia ya ha pedido los daños y perjuicios que resultan de la corrupción en otro procedimiento. Ne bis in idem.***

136. La Demandante pide una reparación por daños y perjuicios, con fundamento en los artículos 7.2.3, 7.4.1 y 7.4.2 de los Principios UNIDROIT que tratan la reparación. Sin embargo, ya ha pedido la misma reparación en el proceso penal. Recuérdese que en el proceso penal Feudalia es parte civil y, como lo indican las Aclaraciones, en ese contexto “*reclamó el pago de toda indemnización que pueda corresponderle por la comisión de los delitos*”. Así, Feudalia no puede pedir reparación por daños y perjuicios dos veces, en un proceso penal y en una instancia arbitral.
137. En efecto, la prohibición de pedir dos veces reparaciones fundadas en un mismo hecho es un principio universal del Derecho. El principio *ni bis in idem* es un principio básico que rige las garantías del proceso judicial en todo los Estados con sistema republicanos y democráticos de derecho. Así se encuentra incluso, por ejemplo, en la Constitución Argentina donde, si bien el principio no está consagrado expresamente, su artículo 33 lo entiende dentro de los derechos y garantías “no enumerados”.
138. Es un principio reconocido, además, en los principales instrumentos internacionales. Por ejemplo, está receptado en el artículo 8. 4 de la Convención Americana de Derechos

Humanos. También en el artículo 14.7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, donde se encuentra enunciado como derecho fundamental en el proceso penal. Puesto que hay un proceso penal en curso que prevé sanciones pecuniarias, de continuar con el arbitraje hay riesgo de soliviantar el principio en cuestión.

139. Además, si se aceptara la demanda arbitral y Feudalia recibiera doble reparación, ello supondría un enriquecimiento ilegítimo por parte de Feudalia que se vería beneficiado doblemente por un mismo hecho. En efecto, varios Estados receptan en sus códigos civiles mecanismos para evitar el denominado “enriquecimiento sin causa”, lo que muestra una voluntad de combatirlo.

## 2.2 Las partes han cumplido por entero con sus obligaciones

### *a) CAFSA ejecutó como corresponde la obra. Feudalia incluso se benefició por su excelencia y pronta terminación*

140. El Proyecto de la autopista fue terminado dos días antes del vencimiento contractual y los trabajos “ *fueron tan eficaces y exitosos*” (Hechos, ¶15), que beneficiaron con creces a Feudalia. Por lo que ésta no sólo no tuvo que tramitar pagos adicionales, sino que pudo empezar a hacer uso de la autopista antes de lo esperado, en beneficio del interés público.

### *b) No puede haber incumplimiento por parte de CASL porque es un tercero al contrato*

141. Quien firma el Contrato es CAFSA, empresa constituida para tal fin (Hechos, ¶11). Involucrar a CASL implica violar el velo societario y la separabilidad de la personería de cada una de las sociedades. Esto atentaría no sólo contra la seguridad jurídica, sino también contra la seguridad del comercio internacional, pues el riesgo de ser demandado sin fundamento desalienta la inversión empresarial.

142. Feudalia no sólo sabía quién era CAFSA al firmar el contrato, sino que CAFSA tuvo que ser constituida, precisamente, porque así lo exigían las leyes de Feudalia para la firma del Contrato.

### *c) Chu no firmó el Contrato en nombre de la empresa*

143. Quien firma el Contrato como “*testigo y garante de la experiencia del Constructor*” es el Sr. Chu como persona física y en su propio nombre (Hechos, ¶13). Es decir, no como representante de ChuChu SAS. En efecto, se dice que es “*testigo*”, cosa que no podría serlo una persona jurídica. Dicho de otro modo, firmando como testigo, el Sr. Chu asegura que ha

percibido a través de sus sentidos la destreza de CASL en materia de construcciones de obra pública, cosa que no podría haberlo asegurado como representante de una persona jurídica, como es ChuChu SAS. Como es evidente, una persona jurídica no tiene sentidos para ser testigo de nada.

144. Así, ChuChu SAS no puede ser demandada en este proceso sobre la base de esa firma del Sr. Chu.

***d) ChuChu SAS no es un agente ni representante de CASL ni de CAFSA***

145. La Sección 2 de los Principios UNIDROIT regulan las relaciones entre representante, representado y terceros. Sin embargo, esta sección no es aplicable a la relación entre las Demandadas y la Demandante, pues ChuChu SAS no es ni agente ni representante de CASL ni de CAFSA en los términos de los Principios.
146. En efecto, el Comentario Oficial acota su ámbito de aplicación, al especificar que la Sección 2 trata únicamente de *“representantes que tienen poder para celebrar los contratos a nombre de su representado, por lo que quedan fuera de esta sección: los intermediarios cuya tarea sea simplemente la de presentar a dos partes con el fin de que entre ellas celebren el contrato (...) o de promover contratos en nombre de un representado, pero sin tener el poder de celebrarlos”* (Comentario Oficial, comentario bajo artículo 2.2.1).
147. Este última es la situación de ChuChu SAS cuya única función es presentar a CASL ante Feudalia, y no tiene poder de celebrar contrato alguno en nombre de aquella. Recuérdese que el objeto del Contrato de Consultoría era sólo *“tomar todas las medidas necesarias”* (Caso, ¶6) para dar a conocer la idoneidad de CASL para la obra. Así lo entendió ChuChu SAS en todo momento, por lo que las acciones enumeradas en el Informe de Ejecución fueron hechas en nombre propio.
148. En conclusión, ChuChu SAS no queda en este punto alcanzada por la prohibición de la cláusula 18 de contratar a un agente o representante.
149. Esa cláusula también prohíbe nombrar a *“cualquier otra persona que ha recibido o vaya a recibir una comisión, un porcentaje, o cualquier otra remuneración relacionada con la adjudicación de este Contrato”* (Caso, ¶18). Sin embargo, de una lectura integral de la cláusula es claro que lo que busca evitar es la intermediación ilegítima de un tercero en el

proceso de licitación. Dicho de otro modo, de un tercero que ilegítimamente quisiera apartar al Comité de Licitación de elegir a una constructora únicamente sobre la base de su idoneidad.

150. Sentado esto, los actos de ChuChu SAS tampoco quedan alcanzado por esta prohibición pues, como se ha explicitado, sus actos sólo se dirigieron a presentar el expertise de CASL. Expertise que luego quedó confirmado con el Informe de la Contraloría General de Feudalia que afirmó “*sin dudas que, objetivamente, Constructores Asociados SL presentó las mejores ofertas técnica y financiera*” (Caso, ¶11). Así, los actos de ChuChu SAS cumplieron la misma finalidad que podría haber cumplido una publicidad en un medio gráfico o televisivo. En ese contexto, y sólo en ese, ofreció cenas, el palco y el préstamo de dinero, acordes al rango de los altos funcionarios con los que estaba interactuando y la envergadura de la obra.

### **2.3 El Tribunal debe rechazar la Demanda pues el presente procedimiento es de mala fe**

#### ***a) El principio de buena fe es fundamental en arbitraje internacional***

151. El principio de buena fe está omnipresente en el derecho internacional. De hecho, este principio figura en importantes instrumentos de derecho internacional, como por ejemplo la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (artículo 7), y los Principios de Derecho Europeo sobre los contratos (artículo 1:201, así como en numerosos artículos a lo largo de estos principios). El principio de buena fe también se destaca en la jurisprudencia. En el caso *Nuclear Tests*, la Corte Internacional de Justicia consideró que “*uno de los principios básicos que gobiernan la creación y la ejecución de las obligaciones jurídicas, cualesquiera que sean sus orígenes, es el principio de buena fe*” [Traducción libre del inglés] (*Nuclear Tests* (CIJ)).
152. De manera más significativa aún, el principio de buena fe es un pilar de los Principios UNIDROIT, que son aplicables como derecho sustantivo al Contrato de Construcción. El artículo 1.7, en efecto, establece claramente la buena fe y lealtad negocial como principio fundamental. El Comentario Oficial destaca que “*existen muchas disposiciones que a lo largo de los diferentes capítulos de los Principios hacen referencia, directa o indirectamente, a la aplicación del principio de buena fe y lealtad en los negocios [...] Esto refleja que la buena fe y la lealtad negocial es considerada como una de las ideas fundamentales en las que se basan los Principios.*” (Comentario Oficial, comentario bajo artículo 1.7)
153. Redfern y Hunter, en su análisis de los Principios UNIDROIT en un contexto de arbitraje internacional, apuntan que “*el enfoque está, sin sorpresa, en la buena fe y el trato justo*” [Traducción libre del inglés] (*Redfern y Hunter*, p. 222). En efecto, además de estar

omnipresente en derecho internacional, el principio de buena fe es fundamental en el ámbito del arbitraje internacional. Cremades observa que “*es difícil encontrar sentencias arbitrales que no estén basadas en, o que al menos no hagan mención de la buena fe*” [Traducción libre del inglés] (Cremades, p.761).

154. Si bien se podría argumentar que la buena fe es únicamente un principio general de derecho internacional, y que no puede constituir la base de una demanda legal, el caso *Norsolor* ha invalidado definitivamente este argumento (*Norsolor* (CCI)). Para Kahn, el aporte mayor de este laudo ha sido el de vincular directamente la responsabilidad legal a un principio general de derecho internacional. (Kahn).
155. En efecto, este caso involucraba una disputa comercial entre Norsolor, una sociedad francesa y la sociedad turca Pabalk. Frente a un desacuerdo con respecto a la ley sustancial, el tribunal consideró que se podían aplicar principios generales de derecho económico internacional, o *lex mercatoria*. Una vez el laudo decidido, Norsolor inició un proceso en las cortes austriacas para invalidarlo, argumentando que “*El Tribunal se debía de conducir el arbitraje según el derecho, pero dado que invocó la lexmercatoria, en efecto decidió en equidad*” [Traducción libre del inglés] (Cremades, p.762). No obstante, el Tribunal Supremo de Austria no aceptó el razonamiento (Tribunal Supremo de Austria, 18 de noviembre 1982). Más tarde, la Corte de casación francesa también se opuso a este argumento confirmando la validez del laudo, dado que los principios generales del derecho internacional forman parte de las fuentes del derecho. (*Decisión del 3 de octubre 1984* (FR)). Por lo tanto, este caso de arbitraje CCI, confirmado por dos cortes supremas europeas, ha establecido claramente que un principio de derecho internacional como, por ejemplo, la buena fe, puede fundamentar una demanda frente a un tribunal arbitral.
156. Asimismo, numerosos casos de arbitraje internacional se han inspirado o bien fundamentado en el principio de buena fe, y en particular valiéndose del artículo 1.7 de los Principios UNIDROIT (véase por ejemplo *Caso CCI No. 9875*; *Caso CCI No. 9797*; *Caso CCI No. 10351*; *Caso CCI No. 11317*).
157. El principio de buena fe no sólo puede fundamentar una decisión arbitral, sino que también puede dar lugar a una compensación para la parte en contra de quien se haya actuado de mala fe. Así lo dispone el artículo 2.1.15 de los Principios UNIDROIT, “*negociaciones de mala fe*”, en estos términos: “*la parte que negocia o interrumpe las negociaciones de mala fe es responsable por los daños y perjuicios causados a la otra parte*” (Principios UNIDROIT,

artículo 2.1.15(2)). El Comentario Oficial precisa que “*la responsabilidad de una parte por las negociaciones de mala fe se limita a los daños y perjuicios causados a la otra parte (párrafo (2)). En otras palabras, la parte agraviada puede recuperar los gastos en que incurrió por las negociaciones y también podrá ser compensada por la pérdida de oportunidad de celebrar otro contrato con un tercero.*” (Comentario Oficial, comentario bajo artículo 2.1.15).

158. Por fin, cabe destacar que el deber de actuar de buena fe se aplica no sólo durante la negociación de un contrato, sino que también en todo el procedimiento arbitral. En el *Caso Methanex*, por ejemplo, el tribunal arbitral consideró que las partes tenían un deber legal entre ellas y ante el tribunal de actuar de buena fe durante el procedimiento arbitral (*Methanex Corp. (ICSID)*). Cremades especifica lo que se entiende por este deber de buena fe durante un procedimiento arbitral, explicando que “*el deber de arbitrar de buena fe se infringe cuando una presión indecente se impone con respecto a los árbitros, cuando se usan pruebas obtenidas de manera ilegal, cuando se viola el principio de non venire contra factum proprium*” [Traducción libre del inglés] (*Cremades*, p.788). De tal modo, el deber de buena fe en un procedimiento arbitral se entiende ampliamente y conlleva el deber de actuar de buena fe a lo largo de cada etapa del arbitraje.
159. Como quedará claro a continuación, Feudalia ha violado su deber de actuar de buena fe, tanto durante la negociación del contrato, como en el momento de presentar su demanda ante este Tribunal Arbitral.

***b) Feudalia ha violado su deber de actuar de buena fe, tanto durante las negociaciones como al momento de comenzar el arbitraje***

160. El Estado de Feudalia actuó de mala fe al firmar el Contrato de Construcción y su cláusula 18, puesto que nada dijeron sus funcionarios al ver como testigo y garante de ese Contrato firmar también al Sr. Chu. El mismo Sr. Chu de cuya boca, hacía apenas pocas semanas, habían conocido el expertise de CASL, en medio de agradables cenas y demás hospitalidades ofrecidas por este aquél. Sin embargo, una vez concluida la obra y recibido sus beneficios, aquellos mismos funcionarios califican de “*favores y regalos*” prohibidos a las hospitalidades.
161. Si estos favores y regalos, tal como afirma la Demandante, tenían como ilegítimo objetivo final la adjudicación del contrato a CASL, ello era conocido por los funcionarios de Feudalia al momento de aceptarlos. En efecto, los miembros del Comité de Licitaciones eran altos funcionarios del Estado de Feudalia. Además, dichos funcionarios pertenecían a un Estado

que ha adoptado una Ley de Contratación Pública, que es el texto de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública. El artículo 21 de dicha ley prohíbe explícitamente permitir a un proveedor que participe al procedimiento de contratación cuando es evidente que este último ha ofrecido directa o indirectamente algún incentivo a un funcionario para influir en el proceso de adjudicación. (Ley Modelo de la CNUDMI Sobre la Contratación Pública, artículo 21). Sin embargo, estos mismos funcionarios en ningún momento cuestionan los actos y ofrecimientos de ChuChu SAS, los aceptan gustosos, y adjudicaron el contrato a CASL.

162. Por lo tanto, en el caso en autos, está claro que Feudalia ha actuado en todo momento con mala fe negocial, pues invoca un incumplimiento que, de haber sido tal, conocía desde el inicio de la relación con las Demandadas. También demuestra una particular mala fe en su demanda antes este tribunal arbitral, como se probará a continuación.
163. Feudalia participó en los hechos que resultaron en el supuesto incumplimiento y por lo tanto viene ante este tribunal con las manos sucias. Sin embargo, la Demandante se permite acusar de una “*mentira deliberada*” a las Demandadas (Demanda, ¶¶ 13, 84, 98 y 99) e indicar en su relación de los hechos que “*se ha comprobado una mentira ineludible por parte de las Demandadas. La garantía de no haber nombrado un agente, contenida en el Contrato de construcción ha sido falsa.*” (Demanda, ¶19). La mentira, en realidad, proviene de la Demandante, quien en todo momento actuó como si nada hubiera sabido sobre la existencia del Sr. Chu, quien en todo momento habló de la empresa co-contratante.
164. La mala fe de Feudalia queda patente, además en tres detalles de la Demanda. Primero, Feudalia oculta al tribunal ciertos hechos esenciales. La Demanda se basa únicamente sobre la contratación de ChuChu SAS que, según Feudalia, resultó en un incumplimiento de las obligaciones de la cláusula 18. Sin embargo, Feudalia omite mencionar el hecho de que la misión de ChuChu SAS incluyó el otorgamiento de favores y regalos que beneficiaron a sus propios funcionarios.
165. Segundo, Feudalia pide compensación “*por concepto de daños y perjuicios*” (Demanda, Petitorio). No obstante, Feudalia se ha constituido como parte civil al proceso penal contra el Sr. Chu y los miembros de la Comisión de Licitaciones ante los Tribunales del Primer Circuito en lo Criminal de Feudalia, y como lo especifican las Aclaraciones, “*reclamó el pago de ‘toda indemnización que pueda corresponderle por la comisión de los delitos’ que se investigan en ese proceso*” (Aclaraciones, ¶21). De este modo, Feudalia pretende recibir una doble

indemnización por el supuesto mismo incumplimiento. Además, cabe destacar que si pide por daños, haciendo por ejemplo referencia a un “*incumplimiento Contractual imputable a estas, que ha tenido como consecuencia perjuicios patrimoniales al Estado de Feudalia*” (Demanda, ¶67), en ningún momento explica ni trata de cuantificar cuáles fueron dichos daños. De lo contrario, es evidente que aunque se considere que hubo un incumplimiento contractual, Feudalia no sufrió perjuicio alguno y de hecho sólo pudo beneficiarse de la situación, como ha sido explicitado anteriormente.

166. Por fin, hay que insistir en que el monto pedido por Feudalia es confiscatorio. La Demanda solicita al Tribunal Arbitral que en el laudo “*se ordene el pago por concepto de daños y perjuicios en un valor de doscientos ochenta millones de dólares americanos (USD 280.000.000,00)*” (Demanda, Petitorio). Teniendo en cuenta que el valor total de la obra sumaba USD 480 000 000, Feudalia pide sin fundamento que se le reembolse más de la mitad del precio pagado (el 58%). De modo que después de haber beneficiado de la autopista, el Estado pretende que la construcción de esta misma le sea casi gratis. Y se basa en un supuesto incumplimiento de la cláusula 18, mientras que, incluso en caso de incumplimiento, esa cláusula prevería un pago de USD 24 000 000 (monto equivalente al de la comisión pagada por el Contrato de Consultoría) y no USD 280 000 000.
167. En vista de todo lo que precede, queda patente que Feudalia ha incumplido su deber de actuar de buena fe, tanto en el momento de negociar y firmar el Contrato de Construcción, que al presentar su demanda antes este Tribunal Arbitral, en violación del artículo 1.7 de los Principios UNIDROIT, que forman la ley sustancial en el caso en autos. Por lo tanto, la Demanda del Estado de Feudalia sólo puede ser rechazada por entero. Además, el artículo 2.1.15 de los mismos Principios prevén que la parte que haya actuado de mala fe compense a la otra parte por los daños y perjuicios causados. Como se mencionó también, los Comentarios Oficiales a aquéllos especifican que dicha compensación puede consistir, por ejemplo, en los gastos en los que se incurrieron por las negociaciones, así como por la pérdida de oportunidad de la empresa de celebrar otro contrato con un tercero (Comentario Oficial, comentario bajo artículo 2.1.15). Por lo tanto, en aplicación de este mismo artículo, se pide al Tribunal que declare que el Estado de Feudalia tiene la obligación de compensar financieramente a las Demandadas.

**2.4 En subsidio, si la solicitud de la Demandante no es rechazada, la pena debe ser morigerada**

168. En subsidio, en el caso que el Tribunal Arbitral considere que la Demanda del Estado de Feudalia no pueda ser rechazada, las Demandadas solicitan que la suma pedida sea morigerada.
169. El artículo 7.4.13 (1) de los Principios UNIDROIT, titulado “*Pago por incumplimiento*”, establece que “*cuando el contrato establezca que la parte incumplidora ha de pagar una suma determinada a la parte perjudicada por tal incumplimiento, la parte perjudicada tiene derecho a cobrar esa suma sin tener en cuenta el daño efectivamente sufrido.*”
170. Sin embargo, ese mismo artículo en su inciso (2) establece que la suma pactada “*puede reducirse a un monto razonable cuando fuere notablemente excesiva con relación al daño ocasionado por el incumplimiento y a las demás circunstancias.*”
171. Ambas condiciones que establece el artículo para morigerar la suma se cumplen en el caso. En efecto, el monto establecido es confiscatorio, no sólo por ser exorbitante en sí mismo, fijado en relación al precio pagado por la obra, sino también porque Feudalia no ha sufrido ningún daño fruto de la contratación de ChuChu SAS.
172. Al contrario, gracias a la intervención de ChuChu SAS, Feudalia no sólo tuvo oportunidad de conocer qué empresa era la más idónea para la obra, sino que también se benefició por la calidad del trabajo hecho. Trabajo que, además, fue terminado antes de tiempo. En suma, el accionar de CASL estuvo siempre alineado con el interés público.
173. Para morigerar la suma, el Tribunal también deberá considerar lo abusivo que es el monto pedido, la mala fe de Feudalia, tanto en el momento de negociar el contrato como en este procedimiento arbitral, así como en la falta de daño probado.

**PETITORIO**

174. CAFSA, CASL y ChuChu SAS, en calidad de Demandadas en el presente procedimiento arbitral, solicitan respetuosamente al Tribunal Arbitral:
175. Que se declare incompetente en el presente procedimiento a la luz de la cláusula 38 del Contrato de Construcción, y que:
- declare que la presente disputa no es arbitrable; o de manera subsidiaria, suspenda el procedimiento arbitral hasta la decisión de la jurisdicción nacional;
  - declare la falta de legitimación del Estado de Feudalia en este procedimiento; y
  - declare que CASL, CAFSA y ChuChu SAS no son partes en el procedimiento arbitral de referencia.
176. Que, de considerarse competente declare que:
- CAFSA, CASL y ChuChu SAS no incumplieron la cláusula 18 del Contrato de Construcción y que, en consecuencia, declare que no deben pagar suma alguna en concepto de pena;
  - la cláusula 18 del Contrato de Construcción es abusiva y por lo tanto debe ser anulada; y
  - el Estado de Feudalia tiene la obligación de compensar financieramente a las Demandadas por haber violado el principio de buena fe.

En subsidio, declare que:

- el monto pedido por la Demandada debe ser morigerado significativamente.
- que, conforme al artículo 42 del Reglamento CPA, declare que la Demandante debe asumir las costas del arbitraje.