



**UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES – UNIVERSIDAD DEL ROSARIO**



**MEMORIAL DE LA PARTE DEMANDANTE**

**Equipo: 425**

---

**Minera Santa María S.A.**

**DEMANDANTE**

**Construcciones e Instalaciones**

**Costadorenses S.A.**

**DEMANDADA**

**5 de julio de 2021**

## ÍNDICE DEL MEMORIAL DE LA PARTE DEMANDANTE

|  |     |
|--|-----|
| ABREVIATURAS.....  | III |
| INSTRUMENTOS INTERNACIONALES.....  | V   |
| JURISPRUDENCIA CITADA.....   | VI  |
| SENTENCIAS DE TRIBUNALES ESTATALES.....  | VI  |
| LAUDOS ARBITRALES.....   | VII |
| DOCTRINA CITADA.....   | IX  |
| A. OBJETO.....   | 1   |
| B. HECHOS.....   | 1   |
| C. EL TRIBUNAL ARBITRAL SÓLO TIENE JURISDICCIÓN PARA ENTENDER EN LA PRESENTE<br>CONTROVERSIA CON RELACIÓN A MISMA Y CICSA..... | 3   |
| I. TPF NO ES PARTE DEL CONTRATO DE CONSTRUCCIÓN NI CONSINTIÓ SU CLÁUSULA ARBITRAL..  | 3   |
| 1. TPF no participó de forma activa y determinante en el Contrato de Construcción.   | 5   |
| 2. TPF no participa en el procedimiento arbitral.....  | 6   |
| 3. TPF no es un tercero beneficiario del Contrato de Construcción ni pretende derivar<br>derechos o beneficios de éste.....    | 7   |
| II. SUBSIDIARIAMENTE, TPF NO DEBE SOPORTAR LAS COSTAS DEL PROCESO.....   | 8   |
| 1. La contratación de TPF no revela la incapacidad de pago de MISMA para hacer<br>frente a las costas del proceso.....         | 8   |
| 2. Condenar en costas a TPF excedería la jurisdicción del Tribunal.....  | 9   |
| D. CICSA DEBE SER CONDENADA AL PAGO DE LA MULTA.....   | 10  |
| I. CICSA INCUMPLIÓ SUS OBLIGACIONES DERIVADAS DEL CONTRATO DE CONSTRUCCIÓN.....  | 11  |
| 1. CICSA no entregó la Obra en el plazo convenido.....   | 11  |

|      |   |    |
|------|---|----|
| 2.   | La falta de entrega de la Obra es atribuible a CICSA.....   | 12 |
| i.   | CICSA incumplió con su deber de obtener los permisos y derechos reales necesarios para la ejecución de la Obra..... | 12 |
| ii.  | CICSA no pactó un precio razonable con la Comunidad .....   | 13 |
| iii. | CICSA incumplió con su deber de pagar el canon .....  | 14 |
| II.  | CICSA NO PUEDE VERSE EXIMIDA DE RESPONSABILIDAD ANTE LA FALTA DE ENTREGA DE LA OBRA.....                            | 15 |
| 1.   | El Bloqueo no configura un supuesto de fuerza mayor .....   | 15 |
| 2.   | El Bloqueo no configura un supuesto de Riesgo No Controlable .....  | 18 |
| E.   | PETITORIO .....   | 20 |

## ABREVIATURAS

| <b>ABREVIATURA</b>                             | <b>DESCRIPCIÓN</b>  |
|--|---|
| §/§§   | Párrafo/s   |
| Aclaraciones                                   | Aclaraciones sobre el caso de la XIV Competencia Internacional de Arbitraje, organizada por la Universidad de Buenos Aires y la Universidad del Rosario |
| CICSA /<br>Demandada                           | Construcciones e Instalaciones Costadorense S.A.  |
| Comunidad                                      | Comunidad campesina que reclama el derecho de paso por el puente ubicado sobre la quebrada del Río Tania  |
| Contestación a la<br>Solicitud de<br>Arbitraje | Contestación de CICSA a la Solicitud de Arbitraje en fecha 5 de febrero de 2021   |
| Contrato de<br>Construcción                    | Contrato de construcción celebrado entre Minera Santa María S.A. y Construcciones e Instalaciones Costadorense S.A. el 29 de diciembre de 2018          |
| Contrato de<br>Financiamiento                  | Contrato de financiamiento celebrado entre Minera Santa María S.A. y Third Party Funder LLC el 23 de noviembre de 2020                                  |
| Corte Superior                                 | Corte Superior del Estado de Marmitania   |

|                                |   |
|--------------------------------|---|
| Hechos                         | Hechos del caso de la XIV Competencia Internacional de Arbitraje, organizada por la Universidad de Buenos Aires y la Universidad del Rosario              |
| MISMA / Demandante             | Minera Santa María S.A.   |
| Obra                           | Construcción de instalaciones y mejora del camino que conecta la mina del volcán Boca del Diablo y el Valle del Tania                                     |
| Partes                         | Minera Santa María S.A. y Construcciones e Instalaciones Costadorense S.A.  |
| Planta de Fertilizantes        | Planta de fertilizantes construida por Construcciones e Instalaciones Costadorense S.A. en las afueras del Valle del Tania                                |
| Principios UNIDROIT            | Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales del año 2010  |
| Sentencia de la Corte Superior | Sentencia de agosto del 2020 de la Corte Superior del Estado de Marmitania  |
| Solicitud de Arbitraje         | Solicitud de arbitraje presentada el 5 de enero de 2021 por Minera Santa María S.A. ante la Secretaría de la Corte de la Cámara de Comercio Internacional |
| TPF                            | Third Party Funder LLC  |

## INSTRUMENTOS INTERNACIONALES

| <b>ABREVIATURAS</b>  | <b>DESCRIPCIÓN</b>  |
|--|---|
| Convención de Nueva York   | Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, Nueva York, 10 de junio de 1958   |
| Convención de Panamá   | Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional, Panamá, 30 de enero de 1975  |
| Convenio 169 de la OIT   | Convenio Número 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales, Ginebra, 7 de junio de 1989  |
| Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas | Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, Nueva York, 13 de septiembre de 2007  |
| Ley de Arbitraje de Feudalia   | Ley de Arbitraje de Feudalia, que adopta la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre Arbitraje Comercial Internacional, Viena, 11 de diciembre de 1985, con las enmiendas del año 2006 y con su artículo 7 modificado |

## JURISPRUDENCIA CITADA

### SENTENCIAS DE TRIBUNALES ESTATALES

| REFERENCIA            | CITA   | ¶  |
|-----------------------|--|----|
| Al-Qarqani c. Chevron | Estados Unidos de América, Tribunal del Distrito Sur de Texas, 17/11/2020, <i>Al-Qarqani y otros c. Chevron</i><br>Disponible en: <a href="https://jusmundi.com/en/">https://jusmundi.com/en/</a>  | 38 |
| MAG c. Merlin         | Estados Unidos de América, Tribunal de Apelaciones del Segundo Circuito, 10/10/2001, <i>MAG Portfolio Consult GMBH c. Merlin Biomed Group LLC y Merlin Biomed Advisors LLC</i><br>Disponible en: <a href="https://casetext.com/">https://casetext.com/</a> | 26 |
| Rusia, 15/09/2009     | Rusia, Segundo Circuito del Tribunal de Apelaciones de Arbitraje, 15/09/2009 A28-3604/2009-93/10<br>Disponible en: <a href="http://www.unilex.info/">http://www.unilex.info/</a>   | 71 |
| Rusia, 16/09/2009     | Rusia, Segundo Circuito del Tribunal de Apelaciones de Arbitraje, 16/09/2009, A82-2078/2009-43<br>Disponible en: <a href="http://www.unilex.info/">http://www.unilex.info/</a>   | 71 |
| Rusia, 18/10/2017     | Rusia, Tribunal del Distrito de Sverdlovsk, 18/10/2017, 33-17761/2017<br>Disponible en: <a href="http://www.unilex.info/">http://www.unilex.info/</a>  | 65 |
| Rusia, 24/08/2009     | Rusia, Segundo Circuito del Tribunal de Apelaciones de Arbitraje, 24/08/2009, A28-3802/2009-131/35<br>Disponible en: <a href="http://www.unilex.info">http://www.unilex.info</a>   | 71 |

---

|                   |  |    |
|-------------------|--|----|
| Rusia, 29/01/2010 | Rusia, Segundo Circuito del Tribunal de Apelaciones de Arbitraje, 29/01/2010, A82-7125/2009-8<br>Disponibile en: <a href="http://www.unilex.info">http://www.unilex.info</a> | 71 |
|-------------------|--|----|

---

**LAUDOS ARBITRALES**

| REFERENCIA                      | CITA   | ¶  |
|---------------------------------|--|----|
| Banque Arabe c. Inter-Arab      | Laudo Ad Hoc, 17/11/1994, <i>Banque Arabe et Int'l d'Inv. c. Inter-Arab Inv. Guarantee Corp</i><br>Disponibile en: <a href="https://www.trans-lex.org/">https://www.trans-lex.org/</a>   | 14 |
| Caso 204-2016-CCL               | Cámara de Comercio Lima, Centro de Arbitraje, 23/05/2017, caso N° 204-2016-CCL<br>Disponibile en: <a href="https://www.camaralima.org.pe/">https://www.camaralima.org.pe/</a>  | 16 |
| Caso 6159-CCI                   | Cámara de Comercio Internacional, 1991, caso N° 6519<br>Disponibile en: <i>Collection of ICC Awards 1991-1995</i> , Kluwer   | 19 |
| Conproca c. Petróleos Mexicanos | Cámara de Comercio Internacional, 17/12/2008, <i>Conproca, S.A. de C.V. c. Petroleos Mexicanos y Pemex Refinacion</i> , caso N° 11760/KGA/CCO/JRF, §156<br>Disponibile en: <a href="https://jusmundi.com/en/">https://jusmundi.com/en/</a> | 52 |

---

---

|                              |  |    |
|------------------------------|--|----|
| EMG c. EGPC                  | Cámara de Comercio Internacional, 04/12/2015, <i>East Mediterranean Gas S.A.E. c. Egyptian General Petroleum Corporation, Egyptian Natural Gas Holding Company y Israel Electric Corporation Ltd</i> , caso N° 18215/GZ/MHM.<br>Disponibile en: <a href="https://jusmundi.com/">https://jusmundi.com/</a>      | 65 |
| Speers c. MakeMyTrip         | Centro Internacional de Arbitraje de Singapur, 09/06/2020, <i>Blair James Speers y Graham Paul Johnson c. MakeMyTrip Limited y Hotel Travel Limited</i> , caso N° ARB169/16/AB<br>Disponibile en: <a href="https://jusmundi.com/en/">https://jusmundi.com/en/</a>  | 33 |
| Tecnoconsult<br>Thyssenkrupp | Cámara de Comercio Internacional, 19/12/2008, <i>Tecnoconsult Constructores S.A. y Tecnoconsult S.A. c. Thyssenkrupp Robins Inc., PWH Material Handling Systems Inc. y Thyssenkrupp Fördertechnik GMBH</i> , caso N° 14267/EBS/VRO.<br>Disponibile en: <a href="https://jusmundi.com">https://jusmundi.com</a> | 26 |

---

DOCTRINA CITADA

| REFERENCIA                  | CITA  | ¶        |
|-----------------------------|---|----------|
| Bailey                      | BAILEY, Julian, <i>Construction Law</i> 2° ed., Londres, Routledge Taylor y Francis Group, 2011, <i>Volume II</i> , pp. 163-166, 190, 679-734   | 51       |
| Baker <i>et al</i>          | BAKER, Ellis, MELLORS, Ben, CHALMERS, Scott y LAVERS, Anthony, <i>FIDIC contracts: law and practice</i> , 5° ed., Londres, Routledge Taylor y Francis Group, 2009, §§ 2.23-2.25, 4.25-4.29, 5.2-5.3, 5.29, 5.89, 5.106  | 42<br>44 |
| Baumann & Singh             | BAUMANN, Antje, SINGH, Michael M., “New Forms of Third-Party Funding in International Arbitration: Investing in Case Portfolios and Financing Law Firms”, <i>Indian Journal Arbitration Law</i> , Jodhpur, Vol. 7, 2018, pp. 29-44  | 33       |
| Born                        | BORN, Gary B., <i>International Commercial Arbitration</i> , Londres, Kluwer Law International, 2009, pp. 1131-1237   | 13       |
| Brekoulakis                 | BREKOULAKIS, Stavros, “The Relevance of the Interests of Third Parties in Arbitration: Taking a Closer Look at the Elephant in the Room”, <i>Penn State Law Review</i> , Pennsylvania, No. 113, 2009, p. 1166   | 14       |
| Brekoulakis<br>& Von Goeler | BREKOULAKIS, Stavros L., VON GOELER, Jonas, “The Arbitration Agreement and Arbitrability, It’s all about the Money: The Impact of Third-Party Funding on Costs Awards and Security for Costs in International Arbitration”, <i>Austrian Yearbook on International Arbitration</i> , Viena, 2017, pp. 1-19 | 37       |

|                   |   |                |
|-------------------|---|----------------|
| Brunner           | BRUNNER, Christoph, <i>Force majeure and hardship under general contract principles: exemption for non-performance in international arbitration</i> , Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International BV, 2009, pp. 117-129, 320-322  | 62<br>68<br>70 |
| Bullard           | BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo, “¿Y quiénes están invitados a la fiesta? La incorporación de partes no signatarias al arbitraje y el artículo 14° de la Ley de Arbitraje Peruana”, en <i>Tratado de Derecho Arbitral, El Convenio Arbitral</i> , Bogotá, Colección Estudios, Tomo II, No. 2, 2011, pp. 709-735 | 17<br>25       |
| Caivano & Sandler | CAIVANO, Roque J., SANDLER OBREGÓN, Verónica, “Arbitraje y estipulación a favor de terceros bajo el Derecho Peruano”, <i>Revista de Derecho Forseti</i> , Lima, No. 1, 2014, pp. 53-71.   | 17             |
| Caivano I         | CAIVANO, Roque J., “Algunos problemas derivados de los arbitrajes con partes o relaciones jurídicas múltiples”, <i>Revista Peruana de Arbitraje</i> , Lima, No. 4, 2007, pp. 65-120   | 14             |
| Caivano II        | CAIVANO, Roque J., “Arbitraje y grupos de sociedades. Extensión de los efectos de un acuerdo arbitral a quien no ha sido signatario”, <i>Lima Arbitration</i> , Lima, Vol. 1, No. 1, 2006, pp. 121-162  | 20             |
| Caivano III       | CAIVANO, Roque J., “Financiamiento por terceros en el arbitraje. Un análisis global”, <i>Revista Argentina de Arbitraje</i> , Buenos Aires, No. 2, 2018   | 37<br>38       |

|  |   |                |
|--|---|----------------|
| Caivano IV                             | CAIVANO, Roque J., “La sede del arbitraje”, <i>Revista El Derecho</i> , Buenos Aires, No. 14.157, 2017, tomo 272<br>Disponibile en: <a href="https://www.elderecho.com.ar/">https://www.elderecho.com.ar/</a>   | 16             |
| Castro Ruiz                            | CASTRO RUIZ, Marcela, “Cómo afrontar lo inesperado. La fuerza mayor en la contratación internacional ¿principio o cláusula?”, <i>Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú</i> , Lima, No. 75, 2015, pp. 441-484 | 68<br>71       |
| Comentarios de los Principios UNIDROIT | UNIDROIT, <i>Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales 2010</i> , Roma, Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT), 2010, arts. 4.1, 4.3, 5.1.4, 7.1.7, 7.3.7                                 | 44<br>74<br>77 |
| Conejero & Irra                        | CONEJERO ROSS, Cristian, IRRA DE LA CRUZ, René, “La extensión del acuerdo arbitral a partes no signatarias en la ley peruana de arbitraje: Algunas lecciones del derecho comparado”, <i>Lima Arbitration</i> , Lima, No. 5, 2012, pp. 56-91             | 17<br>20       |
| DeStefano                              | DESTEFANO, Michele, “Claim Funders and Commercial Claim Holders: A Common Interest or a Common Problem?”, <i>DePaul Law Review</i> , Chicago, Vol. 63, No. 2, 2014, pp. 305-376   | 22             |
| Egan                                   | EGAN, Mary Ellen, “Other people’s money”, <i>ABA Journal</i> , Chicago, Vol. 104, 2018, p. 54   | 33             |

|                              |  |          |
|------------------------------|--|----------|
| Fernández Masiá              | FERNÁNDEZ MASIÁ, Enrique, “La financiación por terceros en el arbitraje internacional”, <i>Cuadernos de Derecho Transnacional</i> , Madrid, Vol. 8, No. 2, 2016, pp. 203-220   | 29       |
| Fouchard, Gaillard & Goldman | FOUCHARD, Philip, GAILLARD, Emmanuel, GOLDMAN, Berthold, <i>International Commercial Arbitration</i> , Londres, Kluwer Law International, 1999, p. 253   | 14       |
| Galloway                     | GALLOWAY, Patricia, “The Art of Allocating Risk in an EPC Contract to Minimize Disputes”, <i>Construction Lawyer</i> , Londres, Vol. 38, No. 4, 2018, pp. 26-27  | 42       |
| Gitman & Zutter              | GITMAN, Lawrence J., ZUTTER, Chad J., <i>Principles of Managerial Finance</i> , 12 <sup>o</sup> ed., Londres, Pearson Education, 2012  | 34       |
| Godwin                       | GODWIN, William, <i>The 2017 FIDIC Contracts</i> , Oxford, Wilet Blackwell, 2020, p. 6   | 42       |
| González de Cossío           | GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco, “El que toma el botín, toma la carga: La solución a problemas relacionados con terceros en actos jurídicos que contienen un acuerdo arbitral e involucran a terceros” en <i>Anuario Latinoamericano de Arbitraje</i> , SOTO COAGUILA, Carlos A. (director), Lima, Instituto Peruano de Arbitraje, 2012, pp. 113-127 | 16<br>25 |

|                  |  |    |
|------------------|--|----|
| Guía CNUDMI      | COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL, <i>Guía Jurídica de la CNUDMI para la Redacción de Contratos Internacionales de Construcción de Instalaciones Industriales</i> , Nueva York, Publicación de las Naciones Unidas, 1987, pp. 16-18, 83-84 | 42 |
| Hanotiau         | HANOTIAU, Bernard, “Consent to arbitration: Do we share a common vision?”, <i>Arbitration International</i> , Londres, Vol. 27, No. 4, 2011, pp. 539-554   | 33 |
| Howie & Moysa    | HOWIE, Rachel, MOYSA, Geoff, “Financing Disputes: Third-Party Funding in Litigation and Arbitration”, <i>Alberta Law Review</i> , Alberta, Vol. 57, 2019, p. 465   | 33 |
| Informe del ICCA | INTERNATIONAL COUNCIL FOR COMMERCIAL ARBITRATION, <i>Report of the ICCA-Queen Mary Task Force on Third-Party Funding in International Arbitration</i> , Londres, 2018, pp. 15-40   | 33 |
| Kadarisman       | KADARISMAN, Abimanyu, “Disclosure of Third-Party Funding Arrangements and the Existence of Third-Party Funders in International Investment Arbitration”, <i>Indonesian Journal of International y Comparative Law</i> , Cianjur, Vol. 17, No. 1, 2019, pp. 91-112                | 33 |
| Katsivela        | KATSIVELA, Marel, “Contracts: Force Majeure Concept or Force Majeure Clauses”, <i>Uniform Law Review</i> , Roma, Vol. 12, No. 1, 2007, pp. 117-119   | 61 |

|                 |  |                |
|-----------------|--|----------------|
| Klee            | KLEE, Lukas, <i>International Construction Contract Law</i> ,<br>Oxford, Wiley-Blackwell, 2018, pp. 172-173, 252, 280  | 42<br>44<br>52 |
| Komarov         | KOMAROV, Alexander, “Contract interpretation and gap<br>filling from the prospect of the UNIDROIT Principles”,<br><i>Uniform Law Review</i> , Roma, Vol. 22, No. 1, 2017, pp.<br>29-46   | 48<br>51       |
| Kondev          | KONDEV, Dimitar, <i>Multi-Party and Multi-Contract<br/>Arbitration in the Construction Industry</i> , Oxford, Wiley<br>Blackwell, 2017, p. 41  | 42             |
| Lam & Lee       | LAM, Oliver, LEE, Josie, “Two Is Company but Three’s a<br>Crowd”, <i>Asian Law Students Association</i> , Hong Kong,<br>2017, p. 123   | 33             |
| Mechantaf       | MECHANTAF, Khalil, “Third Party Funding in<br>International Arbitration: Active Funders as Parties in<br>Arbitration Proceedings”, <i>Arbitration: The International<br/>Journal of Arbitration, Mediation and Dispute<br/>Management</i> , Londres, Vol. 82, No. 4, 2016, pp. 371-379 | 28             |
| Park            | PARK, William, “No signatarios y el arbitraje<br>internacional: el dilema del árbitro”, <i>Revista de Derecho<br/>Forseti</i> , Lima, No. 1, 2014, pp. 19-53   | 15             |
| Petrescu & Stan | PETRESCU, Raluca Maria, STAN, Alexandru, “The 2021<br>ICC Arbitration Rules-New Commitments to Achieving<br>Better Arbitration”, <i>Romanian Arbitration Journal</i> ,<br>Bucarest, Vol. 15, 2021, pp. 15-40   | 33             |

|                  |  |          |
|------------------|--|----------|
| Pinsolle         | PINSOLLE, Phillippe, “Cost Allocation and Third-Party Funding in International Arbitration”, <i>BCDR International Arbitration Review</i> , Londres, Vol. 5, 2018, pp. 307-328   | 37       |
| Prado Puga       | PRADO PUGA, Arturo, “El contrato general de construcción, y en especial la modalidad EPC y sus principales características”, <i>Revista chilena de derecho</i> , Santiago, Vol. 41, 2014, pp. 765-786  | 42       |
| Ramesh           | RAMESH, Sahana, “Third-Party Funding in International Arbitration: Ownership of the Claim, Consequences for Costs Orders, and Regulation”, <i>Arbitration International</i> , Londres, Vol. 36, 2020, pp. 275-295  | 37       |
| Redfern & Hunter | REDFERN, Alan, HUNTER, Martin, <i>Teoría y Práctica del Arbitraje Comercial Internacional</i> , 4° ed., Buenos Aires, La Ley, 2007, p. 219   | 14<br>39 |
| Repetto          | REPETTO, Luis, HUNDSKOPF, Andrés, VALDERRAMA, Miguel, “Mi otro yo... La doctrina del Áter Ego y el artículo 14 de la ley peruana de arbitraje”, <i>Revista de Derecho Forseti</i> , Lima, No. 1, 2014, pp. 206-226<br>Disponible en: <a href="http://forseti.pe/">http://forseti.pe/</a> | 17       |
| Rivera           | RIVERA, Julio César, <i>Arbitraje comercial, internacional y doméstico</i> , 2° ed., Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2014, pp. 441-464   | 16       |

|                                    |   |          |
|------------------------------------|---|----------|
| Rojas Tamayo & Rodríguez Fernandez | ROJAS TAMAYO, Adriana, RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, Maximiliano, “Sistemas para la Determinación del precio y Condiciones de Pago en el contrato internacional de construcción”, <i>Revista E-Mercatoria</i> , Bogotá, Vol. 7, No. 1, 2008, pp. 1-46  | 42       |
| Rosell                             | ROSELL, José, “El third-party funding y su impacto en el arbitraje internacional”, en FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos (coordinador), <i>Veinticinco años de arbitraje en España: libro conmemorativo de la Corte Civil y Mercantil de Arbitraje (CIMA)</i> , Madrid, CIMA, Corte Civil y Mercantil de Arbitraje, 2015, pp. 261-274 | 22       |
| Sahani                             | SAHANI, Victoria Shannon, “Judging Third-Party Funding”, <i>UCLA Law Review</i> , Los Angeles, Vol. 63, 2016, p. 388  | 33       |
| Silva Romero                       | SILVA ROMERO, Eduardo, “El artículo 14 de la nueva Ley Peruana de Arbitraje: reflexiones sobre el contrato de arbitraje – realidad”, <i>Lima Arbitration</i> , Lima, No. 4, 2011, pp. 51-68   | 17       |
| Von Goeler                         | VON GOELER, Jonas, <i>Third-Party Funding in International Arbitration and Its Impact on Procedure</i> , Londres, Kluwer Law International, 2016, pp. 207-226   | 22<br>28 |
| Wright                             | WRIGHT, Cary, “Force Majeure Clauses and the Insurability of Force Majeure Risks”, <i>Construction Lawyer</i> , Londres, Vol. 23, No. 4, 2003, pp. 17-19  | 71       |

## **A. OBJETO**

1. Minera Santa María S.A. (“MISMA” o la “Demandante”), sociedad constituida bajo las leyes del Estado de Marmitania (“Marmitania”), presenta su Memorial de Demanda contra Construcciones e Instalaciones Costadorene S.A (“CICSA” o la “Demandada”), sociedad comercial constituida en el Estado de Costa Dorada (“Costa Dorada”), de conformidad con el Reglamento de Arbitraje de la CCI.
2. En virtud de los argumentos que se expondrán a continuación, se le solicita al Tribunal Arbitral que solo se declare competente para entender en las controversias suscitadas entre MISMA y CICSA (en conjunto, las “Partes”) y rechace la incorporación al presente arbitraje de Third Party Funder LLC (“TPF”) o, en subsidio, su eventual obligación al pago de las costas. Además, se le solicita al Tribunal Arbitral que declare que CICSA incumplió con el Contrato de Construcción celebrado entre las Partes y se la condene al pago de la multa de US\$ 1.500.000, más intereses, costos y costas del proceso.

## **B. HECHOS**

3. En octubre de 2018, Marmitania le otorgó a MISMA la concesión para la explotación de la mina de azufre del volcán Boca del Diablo, situado en una zona montañosa a más de 3.000 metros de altura, por un período de quince años. Debido a la inhóspita ubicación de la mina – solo accesible a través de un camino que la conecta con el Valle de Tania– la explotación de la concesión requería que MISMA ejecutase previamente determinadas obras de infraestructura, incluyendo instalaciones para alojar personal y mejoras en el camino que conecta a la mina con el Valle del Tania (la “Obra”). Para ello, MISMA llamó a un concurso privado en el que estipuló como condición única y esencial que la Obra estuviera concluida el 1° de septiembre de 2019. Tras analizar diversas propuestas, finalmente resultó seleccionada CICSA, una experimentada empresa que ya había realizado otros trabajos en la zona de la Obra [Hechos, §9].
4. El 29 de diciembre de 2018, CICSA y MISMA celebraron un contrato de construcción bajo las modalidades “EPC” y “llave en mano” (el “Contrato de Construcción”), en virtud del cual CICSA se obligó no solo a ejecutar la Obra de acuerdo con su propuesta técnica y las buenas prácticas de la ingeniería, sino también a obtener todas las autorizaciones, permisos y títulos –privados o públicos– necesarios para dicha ejecución [Contrato de Construcción, cláusulas 7.1 y 10.1]. Asimismo, en el Contrato de Construcción, CICSA declaró conocer las condiciones ambientales, climáticas y jurídicas del lugar donde se ejecutaría la Obra, y contar

con la información suficiente a tales efectos. En cuanto al precio final, MISMA optó por la propuesta de suma alzada. Por último, se pactó una multa de US\$ 1.500.000 en caso de que CICSA no entregara la Obra dentro de los tres meses posteriores a la fecha convenida.

5. Al poco tiempo del comienzo de la ejecución de la Obra, una comunidad campesina –que siempre habitó contiguamente a la quebrada del Tania (la “Comunidad”), equidistante entre el volcán Boca del Diablo y el Valle del Tania– invocó un derecho de paso sobre un puente en el camino de acceso a la mina. Si bien inicialmente se alcanzó una tregua, la Comunidad requirió mayores concesiones y, ante la imposibilidad de llegar a un acuerdo, finalmente bloqueó el puente (el “Bloqueo”).
6. Como consecuencia de este hecho, el 17 de julio de 2019, CICSA le comunicó a MISMA que se había visto obligada a suspender la Obra por causas de fuerza mayor y/o riesgo no controlable [Hechos, §21]. En respuesta, el 25 de julio 2019, MISMA negó las causas invocadas y puntualizó que, en virtud del Contrato de Construcción, CICSA se encontraba obligada a obtener los derechos reales requeridos. CICSA no contestó esta comunicación. El 3 de diciembre de 2019, MISMA envió una comunicación en la que declaró resuelto el Contrato de Construcción y exigió el pago de la multa de US\$ 1.500.000 al no recibir la Obra en término. CICSA rechazó esta pretensión y argumentó que la penalidad no resultaba exigible por las causas alegadas [Hechos, §§26 y 27].
7. El 5 de enero de 2021, MISMA presentó su Solicitud de Arbitraje ante la Secretaría de la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI (la “Solicitud de Arbitraje”), en la que reclamó el cobro de la multa convenida en US\$ 1.500.000 y las costas del proceso. Por su parte, CICSA nuevamente rechazó dicha pretensión en su Contestación a la Solicitud de Arbitraje [Hechos, §§28 y 30].
8. Con posterioridad, se comunicó la existencia de un contrato de financiamiento de arbitraje celebrado entre MISMA y TPF el 23 de noviembre de 2020 (el “Contrato de Financiamiento”) para hacer frente a los gastos derivados del procedimiento. A su vez, MISMA hizo saber las condiciones generales de dicho acuerdo. A raíz de ello, CICSA solicitó la incorporación de TPF como parte en el arbitraje y, subsidiariamente, la extensión de la condena en costas. MISMA y TPF se opusieron a la incorporación de esta última, ya que no era parte del convenio arbitral.
9. Finalmente, el 18 de marzo de 2021, la Secretaría de la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI le comunicó a las Partes que la incidencia relativa a la incorporación de TPF sería resuelta por el Tribunal Arbitral constituido para el presente arbitraje [Hechos, §39].

### **C. EL TRIBUNAL ARBITRAL SÓLO TIENE JURISDICCIÓN PARA ENTENDER EN LA PRESENTE CONTROVERSIAS CON RELACIÓN A MISMA Y CICSA**

10. Las Partes acordaron resolver las disputas derivadas del Contrato de Construcción mediante arbitraje, al disponer que “[t]oda y cualquier controversia que se suscite entre las partes con motivo o en ocasión del Contrato, será resuelta definitivamente por arbitraje de derecho, con aplicación del Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional” [Contrato de Construcción, cláusula 23.2]. Con esta redacción, las Partes asentaron claramente que sólo podrían resolverse mediante arbitraje aquellas controversias suscitadas entre sí.
11. Ignorando lo anterior, el 8 de marzo del 2021 CICSA solicitó a la Secretaría de la CCI la incorporación de TPF al presente arbitraje. En lo principal, CICSA sostuvo que TPF debía ser considerada como una “verdadera parte” en el proceso arbitral en base al contenido del Contrato de Financiamiento. Además, sostuvo que la financiación requerida por MISMA era reveladora de su incapacidad para hacer frente a las costas del arbitraje y, por lo tanto, CICSA se vería eventualmente imposibilitada de recuperarlas. En subsidio CICSA solicitó que, aun si TPF no fuese incorporado al proceso, igualmente se le hiciera extensiva la condena al pago de las costas en forma solidaria con MISMA [Hechos, §§30 y 36].
12. Dado que la jurisdicción del Tribunal Arbitral para entender en la controversia suscitada entre las Partes no ha sido objetada, a continuación se expondrán los argumentos en virtud de los cuales (I) resulta improcedente la incorporación de TPF al proceso, ya que esta no es parte del Contrato de Construcción ni consintió su cláusula arbitral; y (II) subsidiariamente, TPF no debe ser condenada a soportar las costas del procedimiento.

#### **I. TPF NO ES PARTE DEL CONTRATO DE CONSTRUCCIÓN NI CONSINTIÓ SU CLÁUSULA ARBITRAL**

13. El convenio arbitral solo obliga a las partes que intervienen en su celebración. Este principio mundialmente reconocido ha sido receptado tanto en convenciones internacionales de arbitraje como en legislaciones nacionales [Born, p. 1133]. El art. II(1) de la Convención de Nueva York –que cuenta con 171 Estados parte, incluyendo a Feudalia, Marmitania y Costa Dorada– reconoce implícitamente los límites subjetivos del acuerdo arbitral al indicar que se “reconocerá el acuerdo por escrito conforme al cual las partes se obliguen a someter a arbitraje” [Convención de Nueva York, art. II(1)]. Una fórmula similar se reconoce en el art. 1 de la Convención de Panamá. A su vez, el art. 7 de la Ley Modelo de la CNUDMI –adoptada por 121 jurisdicciones, incluyendo a Feudalia, Marmitania y Costa Dorada– establece que

“[e]l ‘acuerdo de arbitraje’ es un acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas”.

14. La jurisprudencia también es conteste al respecto. Por ejemplo, el tribunal arbitral del caso “Banque Arabe c. Inter-Arab” señaló que “en el arbitraje solo aquellos que son parte del acuerdo arbitral expresado por escrito podrán presentarse en el procedimiento arbitral, ya sea como demandantes o como demandados. Esta regla básica, inherente a la naturaleza esencialmente voluntaria del arbitraje, es reconocida internacionalmente en virtud del artículo II de la Convención de Nueva York” [Banque Arabe c. Inter-Arab]. En la misma línea, la doctrina sostiene que la jurisdicción arbitral es de naturaleza contractual y, por lo tanto, depende de la existencia de una voluntad inequívoca de las partes de someterse a arbitraje [Brekoulakis, p. 1166; Caivano I, p. 67; Fouchard, Gaillard & Goldman, p. 253; Redfern & Hunter, p. 219].
15. En el presente caso, la cláusula arbitral del Contrato de Construcción solo vincula a MISMA y CICSA, únicos sujetos que brindaron su consentimiento para someterse a arbitraje. En consecuencia, no resulta procedente la solicitud de CICSA de incorporar a TPF como parte en el proceso con sustento en el contenido del Contrato de Financiamiento y en la alegada incapacidad de MISMA para el eventual pago de las costas [Hechos, §36]. Debe recordarse que el consentimiento, aún implícito, es la piedra angular del arbitraje [Park, p. 21]. Y TPF nunca manifestó su consentimiento para someterse a este procedimiento arbitral.
16. La normativa aplicable a la existencia y validez del acuerdo arbitral es la Ley de Arbitraje de Feudalia, ley del lugar de la sede [Caivano IV, p. 4; Rivera, p. 443; González de Cossío, p. 120]. El art. 7.2 de dicha norma dispone que “[e]l acuerdo de arbitraje se extiende a todos aquellos cuyo consentimiento de someterse a arbitraje, interpretado según las reglas de la buena fe, se configura por su participación activa y de manera determinante en la negociación, celebración, ejecución o terminación del contrato que comprende el acuerdo de arbitraje o al que ese acuerdo esté relacionado, así como a quienes pretendan derivar derechos o beneficios del contrato” [Ley de Arbitraje de Feudalia, art. 7.2]. En un arbitraje tramitado ante la Cámara de Comercio de Lima, el tribunal arbitral del Caso 204–2016 analizó un texto idéntico al art. 7.2 de la Ley de Arbitraje de Feudalia –también receptado en el art. 14 de la Ley de Arbitraje de Perú– y sostuvo que este “no tenía como objeto incorporar al proceso arbitral a terceros ajenos a la relación de derecho material, sino que su fin era incorporar a quienes eran o habían sido parte de la misma y que por alguna circunstancia no suscribieron el convenio arbitral” [Caso 204–2016–CCL, p. 3].

17. Conforme a esta norma, solo se puede inferir el consentimiento de aquellas partes no signatarias que se vinculan al convenio arbitral por su “conducta y por hechos que, al interpretarse de conformidad con el principio de la buena fe contractual, permiten entender que han dado su consentimiento” [Silva Romero, p. 57]. A tal efecto, se reconocen dos supuestos. El primero supone la participación activa y determinante en el contrato principal. El segundo, la teoría del tercero beneficiario [Bullard, p. 715; Caivano & Sandler, p. 66; Conejero & Irra, p. 84; Repetto, p. 212]. Sin embargo, ninguno de ellos encuadra en la situación de TPF.
18. En función de lo expuesto, se demostrará que el actuar de TPF es ajeno a la relación existente entre las Partes y no puede inferirse que haya prestado su consentimiento a la cláusula arbitral. Esto obedece a que TPF (1) no participó de forma activa y determinante en el Contrato de Construcción, (2) no participa en el procedimiento arbitral, y (3) no es un tercero beneficiario del Contrato de Construcción ni pretende derivar derechos o beneficios de éste.

**1. TPF no participó de forma activa y determinante en el Contrato de Construcción**

19. La Ley de Arbitraje de Feudalia reconoce que la cláusula arbitral abarca a quienes hayan tenido participación activa y determinante en el contrato que la comprende. El tribunal arbitral del caso N° 6159 tramitado ante la Cámara de Comercio Internacional resolvió que el alcance de una cláusula arbitral puede extenderse a terceros no firmantes solo si desempeñaron un papel activo en las negociaciones que condujeron al contrato que contiene dicha cláusula o si están directamente implicados en el contrato [Caso 6159–CCI, pp. 2 y 3]. En otras palabras, para ser incluido como parte en el arbitraje, el tercero financiador debe tener una participación relevante en la etapa de negociación o ejecución del contrato donde está inserta la cláusula arbitral, impactando en la relación contractual de las partes firmantes [Levy & Bonnan, p. 8].
20. En particular, se requiere (a) haber desempeñado un papel activo en las negociaciones de las que surgió el contrato en el que se incluyó la cláusula arbitral; (b) estar involucrado, activa o pasivamente, en la ejecución del contrato; o (c) haber estado representado, efectiva o implícitamente, en el negocio jurídico [Caivano II, p. 139]. Cabe resaltar que las conductas que convertirían a un tercero en parte no signataria del contrato tienen que estar estrechamente ligadas a su objeto [Conejero & Irra, p. 70].
21. Ninguna de las condiciones descriptas se encuentra configurada en el presente caso respecto de TPF. El Contrato de Construcción que contenía el acuerdo arbitral se suscribió el 29 de diciembre de 2018 [Hechos, §12] y se resolvió el 3 de diciembre de 2019 a instancias de

MISMA [Hechos, §§26 y 27]. Por su parte, las conversaciones entre TPF y MISMA comenzaron recién en octubre de 2020 [Aclaraciones, §4.1]. De ello se desprende con total claridad que TPF fue completamente ajena a las estipulaciones del Contrato de Construcción y no tuvo ninguna intervención en su negociación, celebración, ejecución o terminación. En consecuencia, TPF no puede ser incluida como parte en este proceso arbitral.

## **2. TPF no participa en el procedimiento arbitral**

22. Lo anterior resulta suficiente para rechazar la pretensión de CICSA de incorporar a TPF en base a su presunta participación, ya que no se cumplen los requisitos establecidos por la ley aplicable. Asimismo, cabe remarcar que la participación del financiador en el procedimiento arbitral (por muy significativa que sea) no resulta suficiente para incluirlo como parte en el arbitraje [Levy & Bonnan, p. 10; Von Goeler, p. 220]. Si bien cierta doctrina diferencia a los financiadores “pasivos” de los financiadores “activos” (es decir, aquellos que se involucran en la selección de los abogados de la parte financiada, la designación de los árbitros, y la definición de la estrategia y la revisión de los escritos), y sostiene que estos últimos podrían incorporarse al arbitraje [DeStefano, p. 320; Rosell, p. 264], cabe remarcar –a todo evento– que ello tampoco resulta procedente en este caso.
23. La razón es sencilla: resulta indubitable que TPF es un financiador “pasivo”. Según el Contrato de Financiamiento, MISMA tenía “libertad para elegir a los abogados que la representarían en el arbitraje” y para llevar a cabo “la estrategia de defensa”. Conforme a ello, MISMA designó como árbitro a la Dra. Gurruchaga y, desde un primer momento, elabora la estrategia jurídica con total autonomía. Además, bajo los mismos términos del Contrato de Financiamiento, TPF no puede decidir, proponer o celebrar un acuerdo transaccional ni desistir del arbitraje. Más bien, TPF solo se reservó el derecho de resolver el Contrato de Financiamiento o suspender los pagos si comprobare deficiencias en la estrategia de defensa escogida por MISMA, es decir, atribuciones que resultan inherentes a dicho acuerdo y que no tienen ninguna gravitación directa o indirecta en el presente proceso [Hechos, §35].
24. En consecuencia, TPF no tiene facultad para tomar decisiones de manera autónoma en ninguna instancia del proceso y, eventualmente, solo reviste la calidad de financiador “pasivo”. Por lo tanto, no se verifican ninguno de los requisitos para que TPF pueda ser incorporado al presente arbitraje.

### **3. TPF no es un tercero beneficiario del Contrato de Construcción ni pretende derivar derechos o beneficios de éste**

25. La Ley de Arbitraje de Feudalia también permite incluir a partes no signatarias cuando se constituyen como terceros beneficiarios del contrato que contiene la cláusula arbitral. Al respecto, Bullard ha considerado –analizando el art. 14 de la Ley de Arbitraje de Perú, idéntico al art. 7.2 de la Ley de Arbitraje de Feudalia– que es necesario que el beneficio o derecho surja del contrato para que el tercero sea considerado beneficiario de este [Bullard, p. 732]. En estos casos, el beneficiario que pretenda ejercer o preservar el beneficio que se le concedió quedará sujeto a arbitraje [Bullard, p. 732; González de Cossío, pp. 121 y 122].
26. El tribunal arbitral del caso “Tecoconsult c. Thyssenkrupp” resolvió rechazar la incorporación de un tercero como parte no signataria, dado que éste no había recibido beneficios directos del contrato que contenía la cláusula arbitral y tampoco había pruebas de que hubiese aceptado o se hubiese beneficiado de dicho contrato [Tecoconsult c. Thyssenkrupp, §176]. Asimismo, la Corte de Apelaciones del Segundo Circuito de Estados Unidos, en el caso “MAG c. Merlin”, sostuvo que un tercero únicamente quedará obligado por la cláusula arbitral cuando los beneficios surjan directamente del contrato que la contiene y no cuando solo se beneficie indirectamente de la relación contractual existente entre las partes del contrato [MAG c. Merlin, pp. 61-62].
27. A la luz de esta teoría del tercero beneficiario, no es posible introducir a TPF como parte en el arbitraje. Las Partes resolvieron el Contrato de Construcción en diciembre de 2019 [Hechos, §§26 y 27] y recién diez meses después, en octubre de 2020, comenzaron las negociaciones entre MISMA y TPF [Aclaraciones, §4.1]. Incluso, antes de noviembre de 2020, no existían vínculos entre MISMA y TPF [Aclaraciones, §4.2]. En consecuencia, no es posible que las Partes establecieran algún derecho o beneficio a favor de TPF en el Contrato de Construcción.
28. Adicionalmente, la eventual remuneración que pudiera recibir TPF se deriva exclusivamente del Contrato de Financiamiento. Estos acuerdos normalmente tienen lugar una vez que el contrato principal ya fue concluido o totalmente ejecutado, de lo cual se deriva necesariamente que los financiadores de litigios no están sujetos al cumplimiento de las obligaciones que genera el acuerdo de arbitraje [Von Goeler, p. 214]. También se ha señalado que, a falta de un beneficio directo reclamado o recibido por el financiador, la cláusula de arbitraje no puede serle extendida [Mechantaf, p. 375].
29. La contraprestación acordada entre MISMA y TPF, equivalente al 51% del monto que se pudiera obtener en el proceso arbitral [Hechos, §35], constituye una de las formas

tradicionales de fijar la retribución entre un financiador que solventa un proceso y la parte litigante [Fernández Massía, p. 206]. No obstante, ello no permite que TPF sea incorporado al arbitraje ya que resulta completamente ajeno a la relación existente entre las Partes. El Contrato de Financiamiento solo vincula a MISMA y TPF. Y no existe razón para que CICSA eventualmente le exija algo a TPF.

30. Por lo expuesto, el Contrato de Construcción no refiere de manera directa ni indirecta a TPF ni otorga derechos a su favor. La posible retribución que TPF podría percibir se deriva únicamente del Contrato de Financiamiento, del cual CICSA es completamente ajena. En conclusión, no es posible extender la cláusula arbitral a TPF porque no participó de manera activa o determinante en el Contrato de Construcción, ni en el procedimiento arbitral, y porque tampoco es un tercero beneficiario del Contrato de Construcción celebrado entre CICSA y MISMA.

## **II. SUBSIDIARIAMENTE, TPF NO DEBE SOPORTAR LAS COSTAS DEL PROCESO**

31. En subsidio, CICSA solicitó que el Tribunal extienda a TPF la condena al pago de las costas del proceso de forma solidaria con MISMA. Esta parte sostiene que TPF no debe soportar las costas del proceso porque (1) la contratación de TPF no revela la incapacidad de pago de MISMA para hacer frente a las costas del proceso y (2) la eventual condena en costas a TPF excedería la jurisdicción del Tribunal.

### **1. La contratación de TPF no revela la incapacidad de pago de MISMA para hacer frente a las costas del proceso**

32. La solicitud de CICSA se centra en un argumento principal: el hecho de que MISMA haya recurrido a un financiador revela su incapacidad para hacer frente a las costas del proceso. Sin embargo, ello resulta completamente infundado ya que MISMA es solvente y el Contrato de Financiamiento tuvo como único objetivo brindar una herramienta financiera para mitigar el posible impacto del arbitraje.
33. La celebración de un contrato de financiamiento puede tener diferentes finalidades. Una de ellas es permitir que las empresas con patrimonio suficiente para soportar las costas del proceso mantengan su liquidez mientras atraviesan un arbitraje internacional [Egan, p. 56; Hanotiau, p. 542; Howie & Moysa, p. 471; Informe del ICCA, p. 21; Sahani, p. 8]. Esto se debe a que los financiadores pueden ofrecerles un sistema de pago fijo para gestionar los costos del arbitraje con el fin de liberar a la parte financiada de eventuales problemas de liquidez y permitir reorientar ese dinero a las operaciones de su empresa [Baumann & Singh,

p. 35; Kadarisman, p. 102; Lam & Lee, p. 126; Petrescu & Stan, p. 24]. Así lo entendió, por ejemplo, el tribunal arbitral en el caso “Speers c. MakeMyTrip” al señalar que la decisión de los demandantes de contratar con el tercero financiador nació de una decisión comercial perfectamente razonable y no de una necesidad financiera, ya que podían proseguir con sus reclamos en el arbitraje sin necesidad de recurrir a la financiación de terceros [Speers c. MakeMyTrip, §§177, 178 y 188].

34. De acuerdo con lo expuesto, el análisis del Contrato de Financiamiento debe estar centrado en el motivo de su realización. MISMA posee un patrimonio constituido principalmente por concesiones mineras y maquinarias de su propiedad, que resulta suficiente para responder por las eventuales costas del arbitraje [Aclaraciones, §4.5]. En este escenario, la contratación de TPF sólo tuvo como motivo preservar la transitoria falta de liquidez de MISMA. Sin embargo, ello no repercute en su solvencia o capacidad de pago: el concepto de liquidez solo se refiere a la capacidad para cumplir obligaciones de pago en el plazo de vencimiento, y no a la falta de medios disponibles para realizarlo [Gitman & Zutter, p. 65]. En consecuencia, la transitoria falta de liquidez de MISMA no implica que sea insolvente para afrontar las posibles costas del proceso. Por el contrario, MISMA cuenta con bienes susceptibles de ejecución que son suficientes para responder ante una eventual condena en costas. En conclusión, el contrato de financiamiento sólo persigue una ventaja comercial en favor de MISMA y de ningún modo revela su incapacidad de pago.

## **2. Condenar en costas a TPF excedería la jurisdicción del Tribunal**

35. A todo evento, la posibilidad de que el Tribunal imponga las costas del proceso a TPF encuentra un obstáculo imposible de superar: la condición de tercero que TPF ostenta con relación al proceso.

36. El art. 38.4 del Reglamento de Arbitraje de la CCI de 2021 aplicable dispone que “[e]l laudo final fijará los costos del arbitraje y decidirá cuál de las partes debe pagarlos o en qué proporción deben repartirse entre ellas”. En el mismo sentido, las Partes manifestaron en la cláusula arbitral que “[l]as costas del arbitraje serán asumidas por la parte que resulte vencida en el arbitraje” [Contrato de Construcción, cláusula 23]. En ambos casos, el texto es claro: las costas solo pueden ser asumidas por las “partes”.

37. Los tribunales arbitrales carecen de competencia *ratione personae* para dictar una condena en costas contra un tercero financiador cuando éste no es parte del acuerdo de arbitraje, ya que en principio el laudo solo es vinculante con respecto a quienes fueron parte del proceso arbitral [Pinsolle, p. 10; Ramesh, p. 6; Caivano III]. Cabe remarcar que, incluso cuando el tercero

beneficiario se encuentra involucrado en el proceso arbitral, ello no importa su consentimiento para someterse a la jurisdicción de los árbitros [Brekoulakis & Von Goeler, p. 10]. TPF es un tercero ajeno al Contrato de Construcción, no se encuentra ligado por la cláusula arbitral y, en consecuencia, el Tribunal no puede dictar una condena en costas contra este tercero financiador.

38. Por otro lado, no solo debe haber congruencia entre quienes son partes del proceso y quienes son alcanzados por la decisión, sino que también debe existir identidad jurídica entre lo resuelto en el laudo y las pretensiones introducidas en el proceso [Caivano III]. El Tribunal del Distrito Sur de Texas en el caso “Al-Qarqani c. Chevron” entendió que, de acuerdo al art. V.1(c) de la Convención de Nueva York, debía negarse la solicitada ejecución del laudo ya que el objeto de la disputa quedaba fuera del alcance de las disposiciones del acuerdo de arbitraje [Al-Qarqani c. Chevron, §§40 y 41].
39. En este caso, la cláusula arbitral obliga únicamente a las Partes del Contrato de Construcción. Por lo tanto, condenar en costas a TPF también excedería los términos de la cláusula arbitral y, por consiguiente, la jurisdicción del Tribunal Arbitral. Ello configuraría una causal de anulación conforme al art. 34.2.a(iii) de Ley de Arbitraje de Feudalia [Redfern & Hunter, p. 559], que establece que un laudo podrá ser anulado cuando se refiera a cuestiones no sometidas al proceso arbitral. Asimismo, el laudo que condenara a TPF no sería susceptible de ejecución conforme a los arts. V.1(c) de la Convención de Nueva York y V.1(c) de la Convención de Panamá. En síntesis, una eventual condena en costas a TPF no solo resultaría innecesaria (ya que MISMA es totalmente solvente), sino que además resultaría totalmente fútil porque no sería susceptible de surtir efectos ante los tribunales estatales con vocación para ordenar su ejecución forzada.
40. En virtud de lo expuesto, el Contrato de Financiamiento no revela la incapacidad de pago de MISMA y, como TPF no es parte del procedimiento arbitral, no debe soportar las costas del proceso conforme a la normativa aplicable.

#### **D. CICSA DEBE SER CONDENADA AL PAGO DE LA MULTA**

41. Siendo el Tribunal competente para entender en la presente controversia, se demostrará que CICSA debe abonar a MISMA la multa de US\$ 1.500.000, prevista en la cláusula 6.3 del Contrato de Construcción. Ello se debe a que (I) CICSA incumplió con sus obligaciones

derivadas del Contrato de Construcción y (II) no se configura en el caso ninguna excepción que pueda eximir de responsabilidad a CICSA.

## **I. CICSA INCUMPLIÓ SUS OBLIGACIONES DERIVADAS DEL CONTRATO DE CONSTRUCCIÓN**

42. El Contrato de Construcción fue celebrado bajo la modalidad “EPC”, de modo que el contratista es responsable del diseño de ingeniería, la totalidad de las adquisiciones y la construcción [Baker et al, §2.24; Kondev, p. 41; Klee, p. 172]. Asimismo, se pactó la modalidad “llave en mano” de manera que MISMA recibiera la Obra completa y contara con ella “al girar una llave” [Hechos, §10; Godwin, p. 6; Kondev, p. 41; Guía CNUDMI, pp. 16-18]. Se eligió el régimen de “suma alzada” por generar mayor certidumbre en cuanto al costo total final [Hechos, §11], siendo el constructor quien dirige, ejecuta y administra la obra hasta su total finalización a cambio de un precio cierto, global y único [Prado Puga, p. 767]. Este régimen de precio suele ser más elevado para el dueño de la Obra porque paga al contratista una suma fija y predeterminada por los trabajos independientemente del costo final que suponga para él su realización [Baker et al, §4.26; Guía CNUDMI, pp. 83-84; Rojas Tamayo & Rodríguez Fernández, p. 22; Klee, p. 252]. Es deber del contratista añadir contingencias a su precio de oferta y prever la aparición de ciertos riesgos para cumplir con su obligación sin alterar el modo de contratación [Galloway, p. 27].
43. Si bien el precio ofrecido por CICSA no era el más económico entre las distintas ofertas presentadas en el concurso privado, MISMA valoró su vasta trayectoria en la construcción en áreas montañosas, así como que había construido instalaciones en la zona, entre ellas, la planta de fertilizantes adyacente al Valle del Tania [Hechos, §9]. Por estos motivos, CICSA fue elegida para llevar adelante la construcción. Sin embargo, CICSA (1) no entregó la Obra en el plazo convenido, (2) siéndole tal omisión atribuible por ser consecuencia de sus incumplimientos previos.

### **1. CICSA no entregó la Obra en el plazo convenido**

44. La cláusula 6.1 del Contrato de Construcción estipula que la Obra debía ser entregada finalizada y operativa a más tardar el 1° de septiembre de 2019. Dicho deber constituye una de las obligaciones más importantes de todo contrato de construcción [Baker et al, §§5.2, 5.29 y 5.89; Klee, p. 280] y, al ser una obligación de resultado, no lograr lo pactado acarrea su incumplimiento [Principios UNIDROIT, artículo 5.1.4, comentario 2] y el deber de reparar los daños generados [Baker et al, §§5.3 y 5.106; Klee, p. 280]. Asimismo, según los términos

de la cláusula 6.3, se consideraría el incumplimiento como definitivo “[s]i, transcurridos los tres meses [desde 1° de septiembre de 2019], la Obra no fuese entregada por CICSA” y, de configurarse tal supuesto, CICSA abonaría una multa de US\$ 1.500.000.

45. En este caso, CICSA incumplió con su obligación de entregar la Obra en fecha. Por ello, el 3 de diciembre de 2019 –transcurridos los tres meses de la fecha de entrega sin que la Obra hubiera sido finalizada–, MISMA le comunicó a CICSA que el incumplimiento se tornó definitivo [Hechos, §26]. En conclusión, CICSA debe abonar a MISMA la multa de US\$ 1.500.000 más los intereses devengados desde el 3 de diciembre del 2019 hasta la fecha de efectivo pago.

## **2. La falta de entrega de la Obra es atribuible a CICSA**

46. La Obra no fue entregada en el plazo convenido debido a que CICSA (i) no obtuvo en tiempo y forma los derechos de paso por el puente sobre la quebrada del río Tania, la única vía de comunicación posible para trasladar los materiales a la zona de la Obra; (ii) nunca pactó un precio razonable con la Comunidad que hiciera viable el cruce por puente; y (iii) no pagó los montos a la Comunidad que le hubiesen permitido finalizar la construcción, incluso cuando luego serían reembolsados por MISMA.

*i. CICSA incumplió con su deber de obtener los permisos y derechos reales necesarios para la ejecución de la Obra*

47. La cláusula 10 del Contrato de Construcción dispone que “CICSA asume la responsabilidad de obtener todas las autorizaciones, permisos y títulos, públicos o privados (incluyendo los eventuales derechos de servidumbre, paso o cualquier otro derecho real), que sean necesarios para la ejecución del Contrato” [Contrato de Construcción, cláusula 10.1]. A tal fin, CICSA se obligó a realizar la gestión y negociación de dichos permisos, y MISMA a prestar su colaboración de ser necesaria [Contrato de Construcción, cláusula 10.2]. Sin embargo, CICSA incumplió su obligación al no lograr un acuerdo razonable con la Comunidad que le permitiera trasladar los materiales a la zona y finalizar con la construcción. Como consecuencia, la Comunidad no autorizó a CICSA a continuar transitando por el puente [Hechos, §20].

48. Por su parte, MISMA se encontraba obligada a colaborar en las gestiones necesarias para la obtención de los derechos reales [Contrato de Construcción, cláusula 8.1.ii y iv]. A fin de satisfacer dicha obligación de medios, debía emplear la diligencia de una persona razonable de la misma condición, en circunstancias similares, para cumplir con los compromisos asumidos [Principios UNIDROT, art. 5.1.4; Komarov, p. 33]. MISMA prestó su colaboración

a lo largo de la ejecución de la Obra. Frente al conflicto con la Comunidad, MISMA reembolsó inmediatamente los costos incurridos por CICSA para el cumplimiento de la tregua (en la que la Comunidad autorizó temporalmente el uso del puente). MISMA envió, a fines de mayo de 2019, a su Gerente de Relaciones Institucionales a la zona para dar apoyo en las negociaciones con la Comunidad. Y MISMA inició una acción judicial contra la Comunidad pidiendo el levantamiento del Bloqueo.

49. En conclusión, CICSA no obtuvo los permisos ni los derechos de paso requeridos para transitar por el puente, aun con la colaboración prestada por MISMA; ni tampoco logró trasladar los materiales necesarios para ejecutar la Obra y entregarla en plazo, incumpliendo en forma absoluta y manifiesta con el Contrato de Construcción. Consecuentemente, como CICSA asumió la responsabilidad de obtener los permisos necesarios, es ella quien debe soportar las consecuencias negativas derivadas de su falta de obtención.

*ii. CICSA no pactó un precio razonable con la Comunidad*

50. Las Partes acordaron que CICSA debería gestionar, negociar y obtener los derechos reales para ejecutar la Obra y abonar las compensaciones, que serían reembolsadas por MISMA [Contrato de Construcción, cláusula 3.4]. Sin embargo, una exégesis adecuada del instrumento conduce a afirmar que la obligación de reintegro no abarca cualquier importe.

51. En virtud de su carácter comercial, el Contrato de Construcción debe interpretarse de modo favorable al sentido común empresarial [Bailey, p. 193; Komarov, p. 31], conforme a la intención común de las partes, los actos posteriores realizados por ellas, y su naturaleza y finalidad [Principios UNIDROIT, arts. 4.1 y 4.3; Bailey, pp. 190 y 489]. Por lo tanto, la obligación de CICSA de acordar un canon con la Comunidad debe ser interpretarse de forma que el monto convenido resulte *razonable* de acuerdo a la ecuación económica del contrato.

52. En efecto, para determinar la razonabilidad del canon, se debe analizar el marco de contratación y cómo el pago afectaría la ecuación económica del negocio. Las Partes eligieron la modalidad “llave en mano”, por lo que CICSA no solo asumió todos los riesgos de diseñar, construir y suministrar la planta, sino también de ponerla en funcionamiento [Conproca c. Petróleos Mexicanos, §156; Klee, p. 173]. A su vez, bajo la modalidad “EPC”, la expectativa de MISMA era recibir una instalación totalmente lista para operar y obtener certeza en cuanto al costo final de la Obra. Por lo tanto, CICSA tenía el deber de obtener los permisos en términos que hicieran el negocio sostenible y que no lo tornaran inoperable ni económicamente inviable a futuro [Aclaraciones, §1.9].

53. Sin embargo, CICSA negoció un monto con la Comunidad de US\$ 8 por vehículo, el cual tornaría inviable la consecución de la Obra. MISMA no habría aceptado los términos de contratación si se hubiera encontrado obligada a restituir compensaciones que hicieran inviable el proyecto. Así lo manifestó en las comunicaciones enviadas a CICSA, al ofrecer reembolsar hasta US\$ 5 por camión, lo que aseguraría la operatividad futura de la Obra [Hechos, §19].

54. Por esto, la obligación de CICSA no se limita únicamente a la gestión y negociación de los permisos, sino también la obtención de los mismos a un precio viable en función de los fines perseguidos por las Partes. El incumplimiento de CICSA de obtener el permiso a un precio razonable en los términos del Contrato de Construcción acarreó como consecuencia el Bloqueo del puente, lo que produjo que la Obra no fuera entregada según lo convenido.

*iii. CICSA incumplió con su deber de pagar el canon*

55. Conforme la cláusula 3.4 del Contrato de Construcción, CICSA debía abonar compensaciones razonables a terceros por la obtención de derechos reales y, luego, MISMA debía reintegrarle tales gastos. Sin embargo, CICSA no abonó monto alguno a la Comunidad y así, ante la falta de obtención del permiso de paso, se generó el bloqueó del puente, que impidió la continuación de la Obra.

56. Cabe destacar que si bien CICSA negoció un canon con la Comunidad de US\$ 8, frente a la comunicación de MISMA en la que manifestó que sólo reembolsaría hasta US\$ 5 por ser este el monto razonable [Hechos, §19], CICSA guardó silencio y siguió negociando con la Comunidad sin éxito hasta el Bloqueo del puente [Hechos, §20]. Si CICSA hubiese considerado que la suma de US\$ 8 era razonable, debería haberlo manifestado oportunamente, luego habérselo pagado a la Comunidad (incluso con el derecho a solicitar el reembolso correspondiente) y finalmente haber continuado con la ejecución de la Obra. De este modo, CICSA hubiese cumplido con su obligación principal de entregar la Obra en el plazo esencial acordado y habría –a todo evento– una disputa menor entre las Partes respecto al monto de compensación a serle reintegrado a CICSA por parte de MISMA.

57. El silencio de CICSA frente a la comunicación de MISMA denota que, en aquel momento, comprendió también que el monto de US\$ 8 exigido por la Comunidad no era razonable en atención a los términos y finalidad del Contrato de Construcción y, por ello, no concretó el acuerdo con la Comunidad y decidió continuar negociando –sin éxito– a fin de obtener un precio razonable. Independientemente de que los US\$ 8 negociados o los US\$ 7,5 fijados por la Corte Superior meses después de configurado el incumplimiento definitivo de falta de

entrega de la Obra fueran o no razonables según el Contrato de Construcción, si CICSA hubiera pagado los montos a la Comunidad, la discusión actual sería otra. No existiría un reclamo de US\$ 1.500.000 por incumplimiento definitivo, sino que la controversia se basaría en reclamos por montos inferiores.

58. Por lo expuesto, la omisión incurrida por CICSA al no pagar constituye un incumplimiento que le es imputable de forma exclusiva. Su reticencia a enfrentar sus obligaciones, sin existir incumplimiento alguno por parte de MISMA, condujo al Bloqueo del puente y a la consecuente falta de entrega de la Obra.

## **II. CICSA NO PUEDE VERSE EXIMIDA DE RESPONSABILIDAD ANTE LA FALTA DE ENTREGA DE LA OBRA**

59. El Contrato de Construcción limitaba a ciertos supuestos concretos la facultad de CICSA de suspender sus tareas o eximirse del pago de la penalidad por falta de entrega. En tal sentido, CICSA podía suspender sus tareas únicamente frente a la falta de pago del adelanto o de algún certificado de obra por parte de MISMA [Contrato de Construcción, cláusula 3.3]. Ahora bien, no es controvertido que MISMA abonó tanto el anticipo como todos los certificados de obras [Aclaraciones, §1.6; Hechos, §§13-27].

60. A su vez, CICSA se encontraría eximida del pago de la penalidad si su incumplimiento se debiera a un evento de fuerza mayor y/o a un Riesgo No Controlable [Contrato de Construcción, cláusula 6.4]. Al respecto, CICSA invocó en su comunicación del 17 de julio de 2019 que “se había visto obligada a suspender las obras al no poder acceder a la zona donde debían ejecutarse los trabajos, debido a un evento de fuerza mayor y/o Riesgo No Controlable” [Hechos, §21], a raíz de que el puente que conectaba la zona de las obras con el valle de Tania había sido bloqueado por la Comunidad el 14 de julio [Hechos, §20]. En el mismo sentido, al contestar la solicitud de arbitraje, CICSA negó la procedencia de la multa alegando que no se encontrarían dadas las condiciones para su procedencia. No obstante, el Bloqueo no exime a CICSA de responsabilidad por su demora, por cuanto (1) no configuró un supuesto de fuerza mayor ni (2) tampoco constituyó un caso de Riesgo No Controlable.

### **1. El Bloqueo no configura un supuesto de fuerza mayor**

61. El artículo 7.1.7 de los Principios UNIDROIT prevé los requisitos para que una parte pueda excusar su incumplimiento por un evento de fuerza mayor. La norma requiere que la parte que invoca el evento de fuerza mayor acredite (a) que el incumplimiento se debe a un impedimento ajeno a su control y (b) que al momento de celebrarse el contrato no cupiera

razonablemente esperar o haberlo tenido en cuenta o (c) que las consecuencias del impedimento no hayan podido ser evitadas o superadas. Al respecto, deben darse los tres requisitos para que un incumplimiento pueda ser considerado como un evento de fuerza mayor susceptible de eximir al incumplidor de responsabilidad [Katsivela, p. 119]. En otras palabras, ante la ausencia de alguno de estos requisitos, la parte incumplidora no podrá verse eximida de responsabilidad.

62. En cuanto a que el impedimento sea ajeno al control de una parte, cabe destacar que la esfera típica del control del deudor puede ampliarse mediante la asunción contractual de un riesgo [Brunner, p. 117]. En este sentido, si el deudor garantizó de manera absoluta el cumplimiento de una obligación, tanto explícita como implícitamente, será responsable incluso de los impedimentos que estén fuera de su esfera de influencia y control y no podrá verse beneficiado por eximente de responsabilidad alguna [Brunner, p. 117]. De ahí que el análisis del contrato resulta crítico para establecer si el deudor asumió un riesgo que va más allá de su esfera de control [Brunner, p.129]. Según Brunner, “[s]i el contrato prevé expresamente que una de las partes garantice la obtención de una determinada licencia, esa parte está bajo un deber absoluto y, por lo tanto, asume el riesgo de obtener el permiso correspondiente. En tal caso, no se aplica la excusa de fuerza mayor y la parte que no obtenga la licencia será responsable por daños” [Brunner, p. 129 (traducción propia)].
63. En este caso, CICSA no solo se obligó a realizar la gestión y negociación de los derechos reales, sino que también asumió de modo expreso la responsabilidad de obtener todas las autorizaciones, permisos y títulos, públicos o privados, incluyendo los eventuales derechos de servidumbre, paso o cualquier otro derecho real, que sean necesarios para la ejecución del contrato [Contrato de Construcción, cláusula 10.1 y 10.2]. En este contexto, el Bloqueo se derivó de la falta de obtención del permiso de la Comunidad para transitar el puente.
64. Por ende, CICSA no puede verse eximida de responsabilidad ya que, al asumir el riesgo por la obtención de los derechos reales, amplió su ámbito de control abarcando las vicisitudes de la negociación del permiso con la Comunidad y –más aún– a las consecuencias razonables de la falta de obtención del permiso. Por ende, el Bloqueo no encuadra en los términos del inc. “a” del art. 7.1.7 de los Principios UNIDROIT.
65. En cuanto a la previsibilidad del evento, el tribunal ruso del Distrito de Sverdlovsk entendió – al analizar el mismo artículo 7.1.7– que los conocimientos que posee una parte son determinantes para establecer si un hecho pudo o no razonablemente haber sido tenido en cuenta o esperado y, a su vez, si sus consecuencias pudieron haber sido evitadas [Rusia, 18/10/2017]. Cuestiones como la experiencia de la parte en el área en cuestión, junto con el

tipo de obligaciones y de contrato pactado, son fundamentales para determinar si un impedimento debía razonablemente tenerse en cuenta, esperado, evitado o superado [Centro de Arbitraje de México; EMG c. EGPC, §§820, 822 y 831;].

66. En este caso, CICSA asumió la responsabilidad de obtener los derechos reales manifestando: “(i) tener completo conocimiento del alcance y características de La Obra, y contar con información suficiente para la ejecución de todas las actividades relacionadas con la ejecución del Contrato; (...) (iii) tener conocimiento de los requerimientos legales, técnicos y ambientales (...) que deben seguirse para el cumplimiento y ejecución del Contrato; (iv) (...) contar con información suficiente para ejecutar el presente Contrato” [Contrato de Construcción, cláusula 7.2]. Debido a sus obligaciones y declaraciones es que, al momento de celebrar el contrato, CICSA debió haber tenido en cuenta o esperado que –de no arribar a un acuerdo con la Comunidad– ésta impediría el uso del puente.
67. Cabe resaltar la experiencia de CICSA, quien había participado en más de un centenar de proyectos de construcción. Alrededor de diez de estos proyectos fueron en Marmitania y algunos se ubicaron en las zonas cercanas al Valle de Tania [Hechos, §§2 y 9; Aclaraciones, §§1.4 y 2.4]. Ello evidencia que CICSA conocía la presencia de la Comunidad y debió haber tenido en cuenta y esperado los inconvenientes que se derivarían de la imposibilidad de obtener los derechos de paso. Por lo tanto, tampoco se configura el supuesto del inc. “b” del art. 7.1.7 de los Principios UNIDROIT, ya que el Bloqueo debió ser previsto y tenido en cuenta por CICSA al momento de la celebración del contrato en función de sus obligaciones, declaraciones y experiencia previa.
68. Por último, la normativa aplicable también exige que el impedimento no haya podido ser evitado o que sus consecuencias no hayan podido ser superadas, refiriéndose así a la irresistibilidad del impedimento, es decir, a la impotencia objetiva del deudor para evitarlo o superar sus consecuencias [Castro Ruiz, pp. 447, 452, 453, 458, 469 y 481]. En este sentido, según Brunner “[e]l deber de evitar un impedimento se incumple si el deudor no actúa con diligencia dadas las circunstancias, especialmente si no organiza su actividad de manera ordenada para evitar o superar los acontecimientos” [Brunner, p. 320 (traducción propia)].
69. A fines de junio de 2019, durante el último tramo de las negociaciones, la Comunidad le comunicó a CICSA que –de no llegarse a un acuerdo definitivo por los derechos de esta sobre el puente– adoptarían medidas de fuerza en protección de sus derechos. Por lo tanto, el Bloqueo fue precedido por una advertencia y pudo ser evitado si se hubieran acordado con la Comunidad estos derechos [Aclaraciones, §2.9; Hechos, §20]. Cabe recordar que la obtención de estos derechos era una obligación a cargo de CICSA y por la cual había asumido la

responsabilidad [Contrato de Construcción, Clausula 10.1 y 10.2]. A pesar de esto, CICSA incumplió sus obligaciones y dio lugar al Bloqueo. De todo esto se desprende que CICSA no actuó diligentemente ni organizó su actividad con el fin de evitar el impedimento.

70. Como agravante, previo al Bloqueo, MISMA le envió una comunicación a CICSA proponiéndole una solución al inconveniente que se avecinaba. Sin embargo, CICSA no respondió [Hechos, §19] y dejó traslucir, una vez más, su falta de diligencia. En este sentido, CICSA debió aceptar dicha propuesta ya que, en palabras de Brunner, “el deudor debe superar los efectos de un impedimento, aunque tenga que incurrir en importantes costes adicionales o sufrir una pérdida” [Brunner, p. 322 (traducción propia)]. Al incumplir también con dicha obligación no puede verse beneficiada por la eximente de fuerza mayor.
71. Adicionalmente, el hecho de que el Bloqueo haya sido generado por la falta de un acuerdo con la Comunidad evidencia su raigambre económica. En este sentido, se ha considerado que situaciones económicas, crisis o incapacidades financieras de afrontar obligaciones no constituyen hechos inevitables, insuperables o extraordinarios [Rusia, 24/08/2009; Rusia, 15/09/2009; Rusia, 29/01/2010; Castro Ruiz, pp. 459-460; Wright, pp. 17 y 19]. Por lo tanto, CICSA incumplió su deber de evitar el impedimento ya que pudo haber evitado el Bloqueo de haber actuado diligentemente, en cumplimiento de sus obligaciones.
72. En síntesis, el Bloqueo no cumple los requisitos para configurar un supuesto de fuerza mayor. CICSA asumió la responsabilidad de obtener los derechos reales y debió haber tenido en cuenta estos factores al momento de celebrar el Contrato de Construcción. De ello se desprende que el Bloqueo, como consecuencia del incumplimiento de CICSA de obtener el permiso necesario, no puede eximir a CICSA de responsabilidad por la falta de entrega de la Obra.

## **2. El Bloqueo no configura un supuesto de Riesgo No Controlable**

73. Adicionalmente, CICSA alegó que el incidente constituiría un caso de Riesgo No Controlable. No obstante, no se verifica ninguno de los requisitos de este eximente, ya que ello requiere “[a] una situación ajena a la conducta de las partes que no hubiese podido razonablemente ser prevista al tiempo de la ejecución del Contrato y [b] que no pudiese superarse empleando la diligencia exigible teniendo en cuenta la naturaleza de la obligación y las circunstancias de las personas, el tiempo y el lugar en que las prestaciones deben ser cumplidas” [Contrato de Construcción, “Definiciones”].
74. Con relación al primer requisito, para determinar la razonabilidad en la previsibilidad cabe remitirse a la experiencia de CICSA, así como a sus obligaciones, declaraciones y el tipo de

contrato, ya detallados en los acápites anteriores. Por otro lado, el término “al tiempo de ejecución del contrato” debe comprender lo acontecido tanto a su finalización como durante su vigencia, ya que la ejecución constituye una obligación de tracto sucesivo, es decir, que se cumple durante un período de tiempo [Principios UNIDROIT 2010, art. 7.3.7, comentario 1].

75. En este caso, los reclamos por parte de la Comunidad comenzaron durante la ejecución del Contrato de Construcción y a poco de iniciada la Obra. Seguidamente se pactó una tregua de dos meses, pero antes de que terminase dicho plazo la Comunidad le comunicó a CICSA que se tomarían medidas de fuerza de no llegarse a un acuerdo. Una vez vencido, la Comunidad produjo el Bloqueo ante la falta de un acuerdo [Hechos, §20]. Todos estos hechos indican que CICSA tenía pleno conocimiento de la situación y que el Bloqueo era previsible.
76. Por otro lado, era necesario que la situación fuera ajena a las conductas de las Partes. Sin embargo, los hechos no fueron extraños a CICSA de acuerdo con el tipo de obligaciones a su cargo, las características del contrato y el contexto en el cual se celebró. Ésta se encontraba obligada a obtener todas las autorizaciones y permisos, incluyendo derechos de servidumbre, paso o cualquier derecho real necesarios [Contrato de Construcción, cláusula 10]. Aun así, el Bloqueo se generó por la falta de un acuerdo definitivo, es decir, por el incumplimiento de una obligación a cargo CICSA en el marco de un contrato “EPC”, “llave en mano” y de precio “a suma alzada”, donde CICSA era la contratista y, como tal, había declarado contar con información suficiente para ejecutar el Contrato de Construcción y todas las actividades relacionadas con este. Por lo tanto, el Bloqueo no fue ajeno a CICSA, sino que fue motivado por el incumplimiento de una de sus obligaciones contractuales.
77. En cuanto al segundo requisito para la configuración de un Riesgo No Controlable conforme al Contrato de Construcción, debe corroborarse la imposibilidad de superar la situación pese a haber empleado la diligencia exigible [Contrato de Construcción, “Definiciones”]. No obstante, ello tampoco se verifica en el presente caso porque, en función de la naturaleza de las obligaciones contraídas, superar el Bloqueo era un deber a cargo de CICSA que se incumpliría si no se producía el resultado pactado [Principios UNIDROIT, art. 5.1.4; Principios UNIDROIT 2010, art. 5.1.4, comentario 2].
78. A su vez, deben considerarse las circunstancias de las personas, que en el caso consisten en la experiencia de CICSA y en sus declaraciones de estar en condiciones financieras y económicas de ejecutar la Obra [Contrato de Construcción, cláusula 7.2]. Es necesario ponderar los términos en los cuales las obligaciones debían ser cumplidas, que se desprenden de las características “EPC”, “llave en mano” y precio “a suma alzada” del Contrato, así como del hecho de que CICSA debía hacerse cargo de todos los costos para luego ser compensada

por los que correspondiesen a MISMA [Contrato de Construcción, cláusula 3.3]. Por último, con respecto al tiempo y el lugar en que las prestaciones debían cumplirse, corresponde destacar la importancia del puente para el desarrollo de la Obra por ser parte del único camino que une al Valle de Tania con el área de la concesión. En función de todas estas variables, superar el Bloqueo era una obligación que CICSA se encontraba en posición y capacidad de cumplir, dado que era esperable que lo hubiera hecho por su trascendencia en el resultado pactado entre las Partes.

79. Debido a estas circunstancias, tampoco se verifica el segundo requisito para que se configure un Riesgo No Controlable, ya que el Bloqueo pudo haber sido superado por CICSA. En consecuencia, este hecho no cumple ninguno de los requisitos necesarios para configurar dicha eximente, por lo que CICSA no puede ampararse en él para justificar su incumplimiento. En síntesis, CICSA incumplió con sus obligaciones y esto le es plenamente imputable, ya que no se configura ninguna de las eximentes de responsabilidad alegadas. En consecuencia, debe abonársele a MISMA la penalidad pactada de US\$ 1.500.000 mas los intereses devengados desde el 3 de diciembre de 2019.

#### **E. PETITORIO**

80. En razón de lo expuesto, la Demandante le solicita respetuosamente a este Tribunal Arbitral que:
1. Declare que solo tiene jurisdicción para entender en la controversia con relación a MISMA y CICSA y que la incorporación de TPF resulta improcedente.
  2. Rechace el pedido extender la eventual condena en costas a TPF en forma solidaria con MISMA.
  3. Declare que CICSA incumplió sus obligaciones contractuales por no entregar la Obra.
  4. Declare que no se configura con respecto a CICSA ningún eximente de responsabilidad.
  5. Condene a CICSA al pago de la multa de US\$ 1.500.000 prevista en el Contrato de Construcción, con más los intereses correspondientes hasta la fecha de efectivo pago.
  6. Condene a CICSA al pago de las costas y costos del presente procedimiento arbitral.

*Por el presente certificamos que esta Memoria ha sido escrita en su totalidad por los miembros de este Equipo.*