



MEMORIAL DE DEMANDA

EL-LADRILLO CONSTRUCCIONES CONTRA LATIN PARTNERSHIP MUNDIAL

EQUIPO No. 591

EN REPRESENTACIÓN DE:

**EL-LADRILLO CONSTRUCCIONES S.A.
[ELSA]**

CALLE 45 NRO. 987, CIUDAD DE PUERTO
MADRE, CAPITAL DE COSTA DORADA.

EN CONTRA DE:

**LATIN PARTNERSHIP MUNDIAL S.E.
[LAPE]**

CALLE RED CARD NRO. 4561, CIUDAD DE
LATIN CITY, CAPITAL DE LATINLANDIA.

TABLA DE CONTENIDO

LISTA DE ABREVIATURAS	II
LISTA DE DOCTRINA, AUTORIDADES Y NORMATIVA CITADA	IV
LISTA DE CASOS CITADOS	VIII
INTRODUCCIÓN Y RESUMEN EJECUTIVO DE LA DEMANDA	- 1 -
PRETENSIÓN PRINCIPAL – ELSA CUMPLIÓ SUS OBLIGACIONES CON LAPE Y POR ELLO TIENE DERECHO A RECLAMAR LOS 68.000.000 USD	- 1 -
I.1. Las obligaciones de ELSA con LAPE	- 1 -
I.2. ELSA cumplió sus obligaciones con LAPE	- 3 -
PRETENSIÓN SUBSIDIARIA – AUNQUE ELSA HUBIESE INCUMPLIDO EL CONTRATO DE OBRA, TIENE DERECHO A RECLAMAR LOS 68.000.000 USD ..	- 5 -
II.1. El incumplimiento de ELSA encuadra en el art. 7.1.2 de los PICC	- 5 -
A) LAPE era responsable de los riesgos arqueológicos imprevisibles	- 6 -
B) LAPE era responsable del riesgo de que ocurriesen manifestaciones, hurtos y actos de vandalismo en las zonas donde se construirían las tiendas de Empanadito	- 8 -
C) ELSA incumplió porque se materializaron los riesgos asumidos por LAPE	- 9 -
II.2. LAPE no estaba legitimada para resolver el Contrato de Obra	- 11 -
PETITORIO	- 12 -

LISTA DE ABREVIATURAS

¶	Párrafo.
----------	----------

¶¶	Párrafos.
-----------	-----------

ACL.	Aclaraciones al caso hipotético de la XIV Competencia Internacional de Arbitraje.
-------------	---

ART.	Artículo o Artículos.
-------------	-----------------------

CAC-CCB	Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.
----------------	--

CASO	Caso hipotético de la XIV Competencia Internacional de Arbitraje.
-------------	---

CL.	Cláusula o cláusulas.
------------	-----------------------

CONTRATO/CONTRATO DE OBRA	Contrato de Obra suscrito entre LAPE y ELSA el 13 de junio de 2021.
----------------------------------	---

FIDIC	<i>Fédération Internationale des Ingénieurs-Conseils – The International Federation of Consulting Engineers.</i>
--------------	--

ICC	<i>The International Court of Arbitration of the International Chamber of Commerce.</i>
------------	---

LCIA	<i>London Court of International Arbitration.</i>
-------------	---

MEMORIAL	Memorial de Demanda de ELSA.
-----------------	------------------------------

P.	Página.
-----------	---------

PARTES	ELSA y LAPE.
---------------	--------------

PICC	Principios de la UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales versión 2016.
-------------	---

PP.	Páginas.
------------	----------

SS	Párrafos o páginas siguientes.
-----------	--------------------------------

TRIBUNAL/TRIBUNAL ARBITRAL	Tribunal Arbitral competente en esta disputa.
---------------------------------------	---

UNIDROIT	<i>The International Institute for the Unification of Private Law.</i>
-----------------	--

USD	Dólares estadounidenses.
------------	--------------------------

VID.	Véase.
-------------	--------

LISTA DE DOCTRINA, AUTORIDADES Y NORMATIVA CITADA

CITADO COMO:	BIBLIOGRAFÍA (MANUAL DE CITACIÓN CHICAGO 17ª EDICIÓN):
ANTÔNIO CANÇADO TRINDADE	Antônio Cançado Trindade. <i>El desarraigo como problema humanitario y de derechos humanos frente a la conciencia jurídica universal.</i> En “Derecho internacional humanitario y temas de áreas vinculadas”, ed. por Gabriel Pablo Valladares (Buenos Aires; Lexis Nexis-Abeledo Perrot, 2003)
AURORA HERNÁNDEZ	Aurora Hernández. <i>Los contratos internacionales de construcción «llave en mano».</i> Cuadernos de Derecho Transnacional 6 (2014): 161-235.
CARLOS MANUEL DÍEZ E ISABEL GONZÁLEZ PACANOWSKA	Carlos Manuel Díez Soto e Isabel González Pacanowska. <i>Los Principios de UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales y los efectos derivados del Covid-19 sobre las relaciones contractuales: Una perspectiva desde el Derecho Español.</i> Cuadernos de Derecho Transnacional 13, 1 (2021): 180-237.
ECKART BRÖDERMANN	Eckart Brödermann. <i>UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts: An Article-by-Article Commentary.</i> (Kluwer Law International, 2018).
ELISA BARRIENTOS	Elisa Barrientos. <i>Estrés, el principal problema de salud mental en los migrantes.</i> Portal de Noticias de la Facultad de Medicina, Universidad de Chile. Miércoles 19 de diciembre de 2018. URL:

<https://www.uchile.cl/noticias/150475/estres-el-principal-problema-de-salud-mental-en-los-migrantes>

FIDIC The International Federation of Consulting Engineers (FIDIC).
FIDIC Conditions of Contract for EPC/TURNKEY PROJECTS.
(FIDIC, 2017).

IAN EILENBERG Ian Eilenberg.
Dispute resolution in construction management.
(University of New South Wales Press, 2003).

JOSEPH HUSE Joseph A. Huse.
Understanding and Negotiating Turnkey Contracts.
2 ed. (Thomson Reuters, 1997).

JOSEPH PERILLO Joseph Perillo.
Unidroit Principles of International Commercial Contracts: The Black Letter Text and a Review.
Fordham Law Review 63 (1994): 281-344.

KEVIN WALSH Kevin Walsh.
Identifying and Mitigating the Risks Created by Problematic Clauses in Construction Contracts.
Journal of Legal Affairs and Dispute Resolution in Engineering and Construction 9, 3 (2017).

LAURO GAMA JR. Lauro Gama Jr.
Prospects for the UNIDROIT Principles in Brazil.
Uniform Law Review 16, 3 (2011): 613–656.

LUKAS KLEE Lukas Klee.
International Construction Contract Law.

2 ed. (Wiley Blackwell, 2018).

M.P. FURMSTON

M.P. Furmston.

Breach of Contract.

The American Journal of Comparative Law 40, 3 (1992): 671–674.

M^a ÁNGELES PARRA

M^aÁngeles Parra Lucán.

Riesgo imprevisible y modificación de los contratos.

InDret 4 (2015): 1-54.

MAXIMILIANO

Maximiliano Rodríguez Fernández.

RODRÍGUEZ

La problemática del riesgo en los proyectos de infraestructura y en los contratos internacionales de construcción.

Revista e-mercatoria 6, 1 (2007): 1-29.

NAEL BUNNI

Nael G. Bunni.

The FIDIC Forms of Contract.

3 ed. (Blackwell Publishing, 2005).

PFCCCL

Permanent Forum of China Construction Law (PFCCCL).

The Belt and Road Initiative: Legal Risks and Opportunities Facing Chinese Engineering Contractors Operating Overseas.

(Kluwer Law International, 2019).

STEFAN VOGENAUER

Stefan Vogenauer.

Commentary on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts.

2 ed. (Oxford University Press, 2015).

UNIDROIT

Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT).

Principios UNIDROIT Sobre los Contratos Comerciales Internacionales 2016.

(Roma: UNIDROIT, 2016).

UNIDROIT I The International Institute for the Unification of Private Law (UNIDROIT).

Note of the Unidroit Secretariat on the Unidroit Principles of International Commercial Contracts and the Covid-19 Health Crisis.

(UNIDROIT, 2020).

WILLIAM GODWIN William Godwin.

International Construction Contracts: A Handbook.

(Wiley-Blackwell, 2013).

LISTA DE CASOS CITADOS

CITADO COMO:	CITA COMPLETA DEL CASO:
AC GESTIONES Y COBROS c. YANBAL	Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá <i>AC GESTIONES Y COBROS c. YANBAL.</i> 9 de Abril de 2015.
BRENNAN V. CARVEL CORPORATION	United States Court of Appeals, First Circuit. <i>Brennan v. Carvel Corporation. Case 929 F.2d 801 (1st Cir. 1991).</i> 29 de Marzo de 1991.
CONSOLIDATED BEARINGS COMPANY V. EHRET-KROHN CORPORATION	United States Court of Appeals, Seventh Circuit. <i>Consolidated Bearings Company v. Ehret-Krohn Corporation. Case 913 F.2d 1224 (7th Cir. 1990).</i> 20 de Septiembre de 1990.
COURT OF APPEAL OF DUBAI, No. 403/2016	Court of Appeal of Dubai. <i>Case No. 403/2016.</i> 11 de Enero de 2017.
GLOBE MOTORS V. RW LUCAS VARITY ELECTRIC STEERING LTD.	England and Wales Court of Appeal. <i>Globe Motors v. RW Lucas Varity Electric Steering Ltd. Case [2016] EWCA Civ 396.</i> 20 de abril de 2016.
ICC 1177	The International Court of Arbitration of the International Chamber of Commerce. <i>ICC Case 1177.</i> 9 de noviembre de 2006.

ICC 17768	The International Court of Arbitration of the International Chamber of Commerce. <i>ICC Case 17768.</i> 7 de Mayo de 2013.
ICC 19299	The International Court of Arbitration of the International Chamber of Commerce. <i>Gujarat State Petroleum Corporation LTD v. Republic of Yemen.</i> <i>ICC Case 19299 MCP.</i> 12 de septiembre de 2013.
ICC CASE No. 11307	The International Court of Arbitration of the International Chamber of Commerce. <i>State-owned corporation X v Corporation Y. ICC Case 11307.</i> 18 de Octubre de 2003.
LIM CHIN SAN CONTRACTORS V LW INFRASTRUCTURE	Singapore High Court. <i>Lim Chin San Contractors PTE Ltd v LW Infrastructure PTE Ltd.</i> <i>Case [2011] SGHC 162.</i> 5 de Julio de 2011.
MHW AND BACARDI U.S.A. v. GALLO WINE DISTRIBUTORS	District Court of Appeal of Florida, Third District (USA). <i>MHW and Bacardi U.S.A. v. Gallo Wine Distributors. Case No.</i> <i>3D02-1699.</i> 30 de Octubre de 2002.
MWB BUSINESS EXCHANGE CENTRES V. ROCK ADVERTISING	United Kingdom Supreme Court. <i>MWB Business Exchange Centres v. Rock Advertising. Case</i> <i>[2018] UKSC 24.</i> 16 de Mayo de 2018.

OMEGA CONSTRUCCIONES INDUSTRIALES V. COMISIÓN FEDERAL DE ELECTRICIDAD	London Court of International Arbitration. <i>Omega Construcciones Industriales v. Comisión Federal de Electricidad. LCIA Case No. 163471.</i> 22 de Junio de 2020.
--	---

SL248-2018	Corte Suprema de Justicia (Colombia). <i>Sentencia SL248-2018.</i> 6 de Febrero de 2018.
-------------------	--

INTRODUCCIÓN Y RESUMEN EJECUTIVO DE LA DEMANDA

1. En este arbitraje la demandante es ELSA, una sociedad constituida en Costa Dorada que se dedica a la construcción de obras de infraestructura; por su parte, la demandada es LAPE, una sociedad perteneciente 100% al Estado de Latinlandia que tenía como propósito organizar la Copa Mundial de Fútbol del año 2022 en Latinlandia. La disputa gira en torno a un Contrato de Obra que vincula a las Partes, cuyo objeto era la construcción de 8 tiendas comerciales dedicadas a la publicidad y venta de productos alusivos a la mascota del Mundial de Fútbol del año 2022: Empanadito.¹
2. Según el Contrato de Obra, ELSA estaba obligada a entregar las 8 tiendas de Empanadito el 8 de diciembre de 2021; a cambio, LAPE debía reconocer a ELSA una contraprestación de 250.000.000 USD. Las obras avanzaron según lo estipulado en el Contrato de Obra, por la cual LAPE generó pagos previos liquidados según el Contrato por valor de 182.000.000 USD.²
3. No obstante, LAPE aún no ha pagado los 68.000.000 USD restantes, razón por la cual ELSA inicia este arbitraje para solicitar el cobro de ese dinero más intereses y costas. Así, en esta demanda defenderemos el derecho de ELSA a cobrar la mencionada cantidad de dinero y, para tales efectos, nos valdremos de 2 pretensiones: una principal y otra subsidiaria. Ambas pretensiones estarán fundamentadas en los Principios UNIDROIT versión 2016 (en adelante PICC), ello por haberse acogido como el derecho aplicable al Contrato de Obra.³

PRETENSIÓN PRINCIPAL – ELSA CUMPLIÓ SUS OBLIGACIONES CON LAPE Y POR ELLO TIENE DERECHO A RECLAMAR LOS 68.000.000 USD

4. Para fundamentar nuestra pretensión principal nos valdremos de 2 argumentos concretos: I) identificaremos cuáles eran las obligaciones de nuestra representada; y II) comprobaremos que ELSA sí cumplió con esas obligaciones, motivo por el cual está legitimada a reclamar el pago de los 68.000.000 USD en virtud del Contrato de Obra.

I.1. Las obligaciones de ELSA con LAPE

5. Según el Contrato de Obra, la obligación principal de ELSA con LAPE era “*entregar las ocho tiendas de Empanadito a más tardar el 8 de diciembre de 2021*”; además, ELSA también estaba obligada a “*respetar las reglas del buen arte de construir, las leyes impositivas y previsionales, y los derechos universales de los trabajadores*”. La ejecución de estas obligaciones por parte de

¹ Caso ¶¶ 1-2, 6 y ss.

² Caso ¶¶ 13, 15-19; Acl. ¶¶ 12-17.

³ Caso ¶¶ 13 y 24.

ELSA se fue llevando de forma satisfactoria, tanto así que la propia LAPE generó una serie de anticipos al pago por valor de 182.000.000 USD.⁴

6. No obstante, la construcción de las 8 tiendas de Empanadito se paralizó por el hallazgo de bienes arqueológicos en la zona de las obras, ya que las labores de construcción tuvieron que ser suspendidas durante 24 días para generar acciones de conservación y recuperación de los bienes arqueológicos descubiertos. Asimismo, los trabajos de construcción también se vieron afectados por una serie de manifestaciones, hurtos y actos de vandalismo que ocurrieron en la zona de las obras, ya que estos eventos generaron un retraso de 48 días; la destrucción parcial de lo que ya se había construido y, encima, el robo de los materiales necesarios para la construcción.⁵
7. Estos hechos perturbaron el cronograma de obras previsto por el Contrato de Obra, razón por la cual las Partes acordaron que *“iban a hacer sus mejores esfuerzos para que las obras fueran terminadas en la fecha prevista”*.⁶ Este acuerdo entre las Partes significó una modificación de la obligación principal de ELSA estipulada en el Contrato de Obra, pues en su calidad de constructora ya no estaría obligada a entregar las 8 tiendas de Empanadito el 8 de diciembre de 2021, sino a realizar sus *“mejores esfuerzos”* para terminar las obras en esa fecha.
8. Esta modificación que hicieron las Partes se explica en función de la cláusula de derecho aplicable del Contrato de Obra, pues esta establece que *“la realidad en la ejecución del Contrato de Obra debe ser tomada en consideración”* al momento de definir las reglas aplicables en ese Contrato.⁷ Así, al modificar la obligación principal de ELSA, las Partes simplemente estaban dando aplicación a lo estipulado en el Contrato, pues eran conscientes de que las circunstancias habían cambiado y que, por ende, ELSA ya no podía estar obligada a entregar las obras el 8 de diciembre de 2021 si se enfrentaba a una suspensión y a un retraso de obra de 24 y 48 días respectivamente [*Vid. ¶ 6*].
9. Ahora, LAPE podría objetar que esta modificación al Contrato de Obra no tiene ningún valor jurídico, ya que de la misma no consta registro escrito y por ello se contradice la Cl. 14 del Contrato de Obra, la cual sostiene que el Contrato *“solamente puede ser modificado por escrito”*.⁸ Sin embargo, esta modificación que las Partes hicieron a la obligación principal de ELSA sí es válida y vinculante, pues se hizo de común acuerdo entre las Partes y en ejercicio de su autonomía de la voluntad privada.⁹

⁴ Caso ¶¶ 13, 15-19; Acl. ¶¶ 12-17.

⁵ Caso ¶¶ 15 y 16; Acl. ¶ 10.

⁶ Caso ¶ 15.

⁷ Caso ¶ 15.

⁸ Caso ¶ 13.

⁹ Un razonamiento semejante ha sido adoptado por la *Court of Appeal of Dubai* en el caso *No. 403/2016*.

10. Lo anterior es reconocido en los PICC, ya que su art. 1.3 sostiene que un contrato puede modificarse por el simple acuerdo de las partes, ello como “*corolario al principio de pacta sunt servanda*”.¹⁰ Así, la modificación que hicieron LAPE y ELSA no puede tener ninguna objeción en virtud de la Cl. 14 del Contrato de Obra, pues para modificar ese Contrato bastaba el mutuo consentimiento de las Partes.
11. De hecho, el Tribunal Arbitral podría tener en consideración el razonamiento del caso ICC 8362, en el cual se sostuvo que “*por regla general, las cláusulas que exigen la modificación de un contrato por escrito no son estrictamente aplicadas por los tribunales, pues las partes renuncian a este requisito cuando modifican oralmente el contrato de común acuerdo*”.¹¹ Este razonamiento también es ampliamente acogido y aceptado por las Cortes de los Estados Unidos y los Tribunales en el Reino Unido.¹²

I.2. ELSA cumplió sus obligaciones con LAPE

12. Con lo dicho hasta el momento hemos podido demostrar que las obligaciones de ELSA eran: i) realizar sus mejores esfuerzos para entregar las 8 tiendas de Empanadito el 8 de diciembre de 2021 [Vid. ¶¶ 7-8]; y ii) respetar –en el marco de la ejecución del Contrato de Obra– las reglas del buen arte de construir, las leyes impositivas y los derechos universales de los trabajadores [Vid. ¶ 5]. Así, pasaremos a demostrar que nuestra representada ha cumplido plenamente con estas 2 obligaciones, motivo por el cual tiene derecho a exigir el cobro de los 68.000.000 USD.
13. Respecto a la primera obligación de ELSA, resulta oportuno traer a colación el art. 5.1.4 de los PICC, el cual sostiene que: “*En la medida en que la obligación de una de las partes implique un deber de emplear los mejores esfuerzos en la ejecución de la prestación, esa parte está obligada a emplear la diligencia que pondría en circunstancias similares una persona razonable de la misma condición*”. Siendo así, ELSA le cumpliría a LAPE con el mero hecho de actuar diligentemente en la construcción de la tiendas de Empanadito, pues ese era el compromiso que adquirió tras acordar realizar sus “*mejores esfuerzos*”.
14. En efecto, ELSA cumplió su obligación de realizar los mejores esfuerzos para intentar entregar las 8 tiendas de Empanadito el 8 de diciembre de 2021, pues ante los hallazgos arqueológicos, manifestaciones, hurtos y actos de vandalismo que paralizaron la ejecución del Contrato de Obra, nuestra representada decidió “*traer a Latinlandia trabajadores de Costa Dorada para*

¹⁰ UNIDROIT, p. 246.

¹¹ Traducción libre - ICC 8362 ¶ 27.

¹² Al respecto véanse los siguientes casos: *Brennan v. Carvel Corporation*; *MHW and Bacardí U.S.A v. Gallo Wine Distributors*; *Consolidated Bearings Company v. Ehret-Krohn Corporation*; *Globe Motors v. RW Lucas Varsity Electric*; *MWB Business Exchange Centres v. Rock Advertising*.

acelerar las obras”.¹³ Lo anterior era un acto diligente por parte de ELSA, pues a pesar de que contratar trabajadores adicionales siempre significa un gran esfuerzo monetario, administrativo y logístico para el constructor,¹⁴ era una medida adecuada para intentar solucionar los retrasos y las suspensiones que sufría el proyecto de construcción de las tiendas de Empanadito.

15. Ahora, respecto a la segunda obligación de nuestra representada, hay que decir que de la base fáctica de este arbitraje no se deriva que ELSA haya incumplido con su obligación de respetar el buen arte de construir, las leyes impositivas o los derechos universales de los trabajadores y, por ende, debe concluirse que ELSA también cumplió con esta obligación. No obstante, LAPE seguramente afirmará lo contrario con base a un hecho descontextualizado, ya que “*Según un informe del Interventor del Contrato de Obra, las condiciones de alojamiento de los trabajadores que el Constructor trajera a Latinlandia fue infrahumana*”.¹⁵
16. A primera vista, el incumplimiento de ELSA a su obligación de respetar los derechos universales de los trabajadores parece evidente; no obstante, el propio interventor aclaró la situación, pues afirmó que la “*condición infrahumana*” se había generado por el “*stress emocional*” que causaba en los trabajadores “*el desarraigo y las voces de la opinión pública en su contra*”.¹⁶ Al respecto, debe recordarse que la construcción de las tiendas de Empanadito fue bastante polémica, pues había una fuerte oposición en Latinlandia a todo lo que representara la imagen de Empanadito y por ello es que ocurrieron las manifestaciones, hurtos y actos de vandalismo en la zona de las obras.¹⁷
17. Por supuesto, este panorama complejo afectaba directa e indirectamente a los trabajadores contratados por ELSA. Sin embargo, ello no implica que ELSA haya incumplido su obligación de respetar los derechos de los trabajadores, pues el stress emocional que sufrieron no estaba ligado a la conducta de ELSA o la relación laboral, sino a factores externos como lo son el desarraigo y la discriminación, hechos que deben ser prevenidos y sancionados por los Estados o la Sociedad en general.¹⁸
18. Lo anterior demuestra la inexistencia de un nexo de causalidad entre la conducta de ELSA y las afectaciones que sufrieron los trabajadores, razón por la cual no puede afirmarse que ELSA incumplió la obligación de respetar los derechos de sus trabajadores. Al respecto, el Tribunal podría tomar en consideración el razonamiento de la Corte Suprema de Justicia de Colombia en

¹³ Caso ¶ 17.

¹⁴ Ian Eilenberg, p. 167; Lukas Klee, p. 174.

¹⁵ Caso ¶ 17.

¹⁶ Acl. ¶ 17.

¹⁷ Caso ¶¶ 4, 6 y 15; Acl. ¶¶ 3-5.

¹⁸ Elisa Barrientos; Antônio Cançado Trindade.

el caso SL248-2018, donde se sostuvo que un fallador debe ser prudente al momento de asignar responsabilidad a un empleador por el stress de sus trabajadores, ya que el mismo puede venir de factores no atribuibles al empleador y en esos casos no existe responsabilidad.¹⁹

19. Llegados a este punto hemos podido demostrar que ELSA cumplió sus obligaciones con LAPE, por lo cual está legitimada a reclamar el pago de los 68.000.000 USD que LAPE se comprometió a pagar en virtud del Contrato de Obra [Vid. ¶¶ 3-4]. Así, esta representación solicita respetuosamente al Tribunal Arbitral que ordene pagar a LAPE la mencionada cantidad de dinero, ello en virtud del art. 7.2.1 de los PICC, el cual sostiene que: “*Si una parte que está obligada a pagar dinero no lo hace, la otra parte puede reclamar el pago*”.

PRETENSIÓN SUBSIDIARIA – AUNQUE ELSA HUBIESE INCUMPLIDO EL CONTRATO DE OBRA, TIENE DERECHO A RECLAMAR LOS 68.000.000 USD

20. Contrario a lo argumentado en nuestra pretensión principal, LAPE ha sostenido que ELSA no tiene “*derecho a cobrar suma alguna de dinero como consecuencia del Contrato de Obra*”, ya que dicho Contrato fue “*legítimamente resuelto*” en virtud de los supuestos incumplimientos que ELSA habría generado a sus obligaciones contractuales. Principalmente, LAPE resolvió el Contrato de Obra alegando que se había incumplido con su Cl. 2, la cual sostiene que ELSA debía “*entregar las ocho tiendas de Empanadito [...] el 8 de diciembre de 2021*”, situación que finalmente nunca ocurrió.²⁰
21. Así, en el hipotético caso de que el Tribunal Arbitral rechace nuestra pretensión principal y declare que ELSA sí incumplió el Contrato de Obra, nos encargaremos de demostrar –a modo de pretensión subsidiaria– que dicho incumplimiento no es óbice para que ELSA reclame los 68.000.000 USD que LAPE le adeuda. Para tales efectos, expondremos 2 argumentos concretos: I) comprobaremos que el incumplimiento de ELSA de la Cl. 2 del Contrato de Obra se encuadra en los supuestos del art. 7.1.2 de los PICC; y II) verificaremos que LAPE no estaba legitimada para resolver el Contrato de Obra, razón por la cual los derechos reconocidos a ELSA en ese Contrato siguen siendo exigibles (incluidos los 68.000.000 USD).

II.1. El incumplimiento de ELSA encuadra en el art. 7.1.2 de los PICC

22. El art. 7.1.2 de los PICC sostiene que: “*Una parte no podrá ampararse en el incumplimiento de la otra parte en la medida en que tal incumplimiento haya sido causado por acción u omisión de la primera o por cualquier otro acontecimiento por el que ésta haya asumido el riesgo*”. En

¹⁹ SL248-2018.

²⁰ Caso ¶¶ 13, 18, 20 y 25; Acl. ¶ 12.

este sentido, el art. 7.1.2 prohíbe al acreedor de una obligación alegar el incumplimiento de su deudor cuando: i) el incumplimiento se haya generado a consecuencia de una acción u omisión del acreedor; o ii) el incumplimiento se deba a la materialización de un riesgo del cual es responsable el acreedor de la obligación.²¹

23. En efecto, los presupuestos que recoge el art. 7.1.2 de los PICC se cumplen en la ejecución del Contrato de Obra, ya que: A) LAPE era responsable por los riesgos arqueológicos imprevisibles asociados al proyecto de construcción de las tiendas de Empanadito; B) LAPE era responsable del riesgo de que ocurriesen manifestaciones, hurtos y actos de vandalismo en la zona de las obras del proyecto; y C) los riesgos por los cuales LAPE era responsable se materializaron y causaron que ELSA incumpliese con la Cl. 2 del Contrato de Obra.

A) LAPE era responsable de los riesgos arqueológicos imprevisibles

24. Los proyectos de construcción se caracterizan por verse enfrentados a una serie de riesgos, los cuales podrían afectar gravemente la ejecución de las obras acordadas si llegasen a materializarse. Así, es posible que el avance de una determinada obra se vea truncada por la materialización de riesgos externos a las partes, los cuales pueden referirse a, por ejemplo, hallazgos arqueológicos, protestas, guerras, desastres naturales, vandalismo, etc.²²

25. Por ello, las partes de un contrato de construcción generalmente administran sus riesgos a través de fórmulas de adjudicación de riesgos, es decir, acuerdos contractuales que determinan quién se hará cargo de reducir la posibilidad de que un determinado riesgo se materialice y, en su defecto, asumir las consecuencias económicas que podrían presentarse tras la materialización del mismo.²³ Precisamente, esta adjudicación de riesgos se plasmó en el Contrato de Obra, ya que la Partes establecieron una “*distribución de riesgos*” en la Cl. 4 de su Contrato.²⁴

26. Entre los riesgos distribuidos en la Cl. 4 del Contrato de Obra, se dispuso que el constructor (ELSA) asumiría los “*riesgos arqueológicos previsibles*” asociados a la construcción de las tiendas de Empanadito.²⁵ No obstante, las Partes jamás determinaron quién se haría responsable de los riesgos arqueológicos “*imprevisibles*”; por ende, pasaremos a justificar por qué LAPE – en su condición de contratante de la obra– tenía a su cargo los riesgos arqueológicos imprevisibles asociados a la construcción de las tiendas de Empanadito.²⁶

²¹ *Lauro Gama Jr.*, p. 630.

²² *Maximiliano Rodríguez*, p. 2; *William Godwin*, p. 15; *Lukas Klee*, p. 14.

²³ *William Godwin*, p. 9; *Lukas Klee*, p. 32.

²⁴ *Caso ¶ 13*.

²⁵ *Caso ¶ 13*.

²⁶ Los riesgos arqueológicos de un proyecto de construcción pueden ser: i) relativamente previsibles para las partes (bien porque hay antecedentes arqueológicos en la zona de las obras o bien porque una investigación arqueológica previa y diligente brindaría fácilmente este tipo de información); y ii) imprevisibles: *Lukas Klee*, p. 396.

27. Al respecto, lo primero a considerar es que la adjudicación o asunción de riesgos no solo se da en virtud de acuerdos contractuales expresos (tal y como ocurrió con la Cl. 4 del Contrato de Obra), sino también de forma implícita en función de la naturaleza y finalidad del contrato; las circunstancias en las que se suscribió el contrato; los usos y costumbres del respectivo ramo comercial; entre otros.²⁷ Así, en virtud de la asunción implícita de riesgos, LAPE era el adjudicatario de los riesgos arqueológicos imprevisibles asociados al Contrato de Obra.
28. Considérese, por ejemplo, los usos y costumbres del sector de la construcción a nivel internacional, ya que en este ámbito es el contratante de la obra (en nuestro caso LAPE) quien generalmente asume el riesgo de que se presenten hallazgos arqueológicos imprevisibles.²⁸ Y es que resultaría desproporcionado que sea el constructor quien asuma esta clase de riesgos, pues si no puede antecederse mínimamente a los hallazgos, tampoco puede trasladar el riesgo al precio acordado en el contrato de obra, lo que haría inviable económicamente muchos proyectos de esta naturaleza.²⁹
29. Lo anterior es particularmente cierto para la base fáctica de este arbitraje, pues recuérdese que de las 5 constructoras que participaron en la licitación del Contrato de Obra, LAPE escogió a ELSA porque su oferta “comprendía un precio propuesto por las obras 35% menor al de la siguiente oferta más económica presentada”.³⁰ Así, LAPE estaba asumiendo implícitamente los riesgos imprevisibles asociados al Contrato de Obra (incluidos los riesgos arqueológicos imprevisibles), pues no podía esperar que ELSA (en su rol de constructor) también fuera asumir este tipo de riesgos cuando ya había disminuido el valor de las obras en un 35% en comparación con otras ofertas del mercado.
30. No es azar que los precios en la industria de la construcción dependan en gran parte de la asunción de riesgos, pues en este entorno es bien conocido que si un constructor asume una gama de riesgos más amplia, el precio final pagado por el cliente también será más elevado; en cambio, si el constructor asume una gama de riesgos más baja, el precio final de las obras será menor.³¹ De hecho, la propia LAPE contrató con ELSA siendo consciente de que un precio más bajo en las obras significaba una menor asunción de riesgos por parte del constructor.³²
31. Además, es necesario recordar que el Contrato de Obra entre LAPE y ELSA está inspirado en el *Silver Book EPC* de la FIDIC, un contrato modelo que es generalmente usado para guiar la

²⁷ UNIDROIT I, p. 23; M^a Ángeles Parra, p. 31; Carlos Manuel Díez e Isabel González Pacanowska, p. 228.

²⁸ PFCCL, p. 143; Nael Bunni, p. 326; Joseph Huse, p. 196.

²⁹ Lukas Klee, p. 396.

³⁰ Caso ¶ 11; Acl. ¶ 6.

³¹ Aurora Hernández, pp. 162 y ss; Maximiliano Rodríguez, pp. 4 y ss.

³² Acl. ¶ 6.

suscripción de los contratos de construcción a nivel internacional.³³ Este modelo reconoce que los hallazgos arqueológicos imprevisibles son un riesgo atribuible al contratante de la obra, pues en su Cl. 4.23 se establece que los hallazgos “*se dispondrán bajo el cuidado y la autoridad del contratante*” y, además, que el constructor tendrá derecho a reclamar los gastos adicionales en los que pudiese haber incurrido tras los hallazgos.³⁴

B) LAPE era responsable del riesgo de que ocurriesen manifestaciones, hurtos y actos de vandalismo en las zonas donde se construirían las tiendas de Empanadito

32. LAPE también tenía a su cargo el riesgo de que ocurriesen manifestaciones, hurtos y actos de vandalismo en las zonas donde se construirían las tiendas de Empanadito. Al respecto, debe traerse otra vez a colación la Cl. 4 del Contrato de Obra, pues a pesar de que en ella se distribuyeron los riesgos asociados al proyecto de construcción de las tiendas de Empanadito [Vid. ¶ 25], no se acordó quién asumiría el riesgo de que se presentasen manifestaciones, hurtos y actos de vandalismo en la zona de las obras. No obstante, LAPE es en todo caso el adjudicatario del mismo, ello en función de la asunción implícita de riesgos [Vid. ¶ 27].
33. En primer lugar, debe tenerse en cuenta los usos y costumbres del sector de la construcción a nivel internacional, ya que en este ámbito es el contratante de la obra (en nuestro caso LAPE) quien generalmente asume el riesgo de que se presenten manifestaciones, vandalismo, hurtos u otros actos semejantes en la zona de las obras, ello siempre y cuando los hechos sean ocasionados por personal ajeno al del constructor.³⁵
34. Esta es una asignación de riesgos lógica, pues el constructor de la obra poco o nada puede hacer ante los mencionados riesgos y por ello es que los mismos generalmente se catalogan como eventos de fuerza mayor. Por ejemplo, en el caso *Gujarat State Petroleum Corporation LTD v. Republic of Yemen* de la ICC, se sostuvo que las revueltas, sabotajes, insurrecciones, estados generalizados de crimen o situaciones semejantes, constituyen eventos que se encuentran “*fuera del control razonable del constructor*” de la obra.³⁶
35. De hecho, para ELSA era simplemente imposible asumir el mencionado riesgo, pues el mismo es del resorte exclusivo del Estado de Latinlandia, al cual pertenece 100% la sociedad LAPE [Vid. ¶ 1]. Y es que debe recordarse que existen “*registros de distintas sanciones administrativas dictadas por el Estado de Latinlandia a las entidades públicas a cargo del control y vigilancia de los predios donde se realizarían las obras*”.³⁷ Por ende, ELSA no podía asumir el riesgo de

³³ Caso ¶ 13; Acl. ¶ 15; *Nael Bunni*, pp. 3 y ss.

³⁴ *FIDIC*, p. 32.

³⁵ *William Godwin*, p. 69; *Lukas Klee*, p. 292; *Joseph Huse*, p. 495.

³⁶ *ICC 19299*.

³⁷ *Acl. ¶ 2*.

que se presentasen manifestaciones, hurtos y actos de vandalismo en la zona de las obras, pues no estaba a cargo del control y vigilancia de los predios donde se realizarían aquellas.

C) ELSA incumplió porque se materializaron los riesgos asumidos por LAPE

- 36.** Con lo dicho hasta el momento, queda claro que LAPE era responsable por los riesgos arqueológicos imprevisibles del proyecto de construcción de las tiendas de Empanadito, así como por el riesgo de que ocurriesen manifestaciones, hurtos y actos de vandalismo en la zona de las obras. Esta conclusión es relevante, pues fueron precisamente estos 2 riesgos los que se materializaron en la ejecución del Contrato de Obra y paralizaron el proyecto de construcción, generando así que ELSA incumpliese con la Cl. 2 de ese Contrato.
- 37.** En cuanto a los riesgos arqueológicos imprevisibles, debe recordarse que se hallaron piezas de la cultura Tupira durante las excavaciones para colocar los cimientos de 2 de las 8 tiendas de Empanadito que debía construir ELSA, todo a pesar de que las excavaciones se hicieron en “zonas lejanas de sitios arqueológicos”.³⁸ Esto significó una materialización de los riesgos arqueológicos imprevisibles de los cuales LAPE era responsable, pues no podía preverse que se encontrarían piezas de la cultura Tupira en un lugar que no tiene antecedentes arqueológicos.³⁹
- 38.** De igual forma, también se materializó el riesgo de que ocurriesen manifestaciones, hurtos y actos de vandalismo en la zona de las obras, pues grupos extremistas opuestos a la adopción de la imagen de Empanadito como mascota del Mundial de Fútbol de 2022 en Latinlandia, decidieron manifestarse en los sitios donde se construirían las Tiendas de Empanadito, ello con el claro objetivo de “demorar las obras”. Además, algunos integrantes de estos grupos extremistas también decidieron generar actos de vandalismo y hurto en la zona de las obras, pues “rompieron lo ya construido” por ELSA y robaron los “materiales necesarios para la construcción” de las tiendas de Empanadito.⁴⁰
- 39.** Todos estos hechos paralizaron la construcción de las tiendas de Empanadito, ello a pesar de que ELSA había iniciado la ejecución de ese proyecto a los pocos días de la suscripción del Contrato de Obra.⁴¹ En concreto, la materialización de los riesgos arqueológicos imprevisibles generó un retraso de 24 días en la ejecución de las obras, ya que estas tuvieron que ser suspendidas para generar acciones de conservación y recuperación de los bienes arqueológicos de la cultura Tupira que fueron descubiertos.⁴²

³⁸ Caso ¶ 16. La cultura Tupira refiere a los indios Tupiros, “primeros habitantes conocidos de Latinlandia”: [Caso ¶ 8].

³⁹ Lukas Klee, p. 396.

⁴⁰ Caso ¶ 15.

⁴¹ Caso ¶ 15; Acl. ¶¶ 4 y 12.

⁴² Caso ¶ 16; Acl. ¶ 10.

40. Asimismo, la materialización del riesgo relativo a la ocurrencia de manifestaciones, hurtos y actos de vandalismo en la zona de las obras, generó un retraso de 48 días en las labores de construcción. Lo anterior ocurrió porque todas las obras “*sufrieron daños frente a los distintos niveles de vandalismo generados*” y, además, porque fueron hurtados los “*materiales necesarios para la construcción*”.⁴³
41. Todo lo expuesto explica fácilmente porque ELSA no pudo entregar las 8 tiendas de Empanadito el 8 de diciembre de 2021, pues la materialización de los riesgos antes mencionados generó una afectación total de las obras por un período de 72 días. Este lapso de tiempo suponía un impedimento significativo para cumplir con el cronograma de obras del proyecto de construcción de las tiendas de Empanadito, ya que el mismo estaba previsto para un lapso de 6 meses⁴⁴ y una afectación de las obras de 72 días abarcaba casi el 40% del tiempo total de ese cronograma. Además, ELSA no solo estaba luchando contra el tiempo, sino también contra el vandalismo que afectó lo que ya se había construido y el hurto de los elementos necesarios para la construcción [Vid. ¶ 40].
42. En este orden de ideas, queda demostrado que el incumplimiento de la Cl. 2 del Contrato de Obra por parte de ELSA encuadra en el art. 7.1.2 de los PICC, ya que: A) LAPE era responsable por los riesgos arqueológicos imprevisibles asociados al Contrato de Obra; B) LAPE también tenía a su cargo el riesgo de que ocurriesen manifestaciones, hurtos o actos de vandalismo en la zona de las obras; y C) los riesgos por los cuales era responsable LAPE se materializaron y causaron que ELSA incumpliese con la Cl. 2 del Contrato de Obra.
43. Por ende, el Tribunal Arbitral debe declarar que ELSA no es responsable por el incumplimiento de la Cl. 2 del Contrato de Obra, ya que el art. 7.1.2 de los PICC libera al deudor incumplidor de su responsabilidad, ello en virtud de que el incumplimiento ni siquiera le es propiamente atribuible al deudor. De hecho, los propios comentarios oficiales de los PICC reconocen que, si el art. 7.1.2 es aplicable, “*la conducta pertinente no se convierte en un incumplimiento excusable, sino que pierde la condición de incumplimiento*”.⁴⁵
44. Al respecto, resulta oportuno traer a colación el caso *Omega Construcciones Industriales v. Comisión Federal de Electricidad* de la LCIA, el cual versaba sobre una disputa relacionada con la construcción de una represa hidroeléctrica en México, la cual no pudo construirse porque se presentaron hallazgos arqueológicos y protestas en la zona de las obras. En concreto, el

⁴³ Caso ¶ 15; Acl. ¶ 13.

⁴⁴ El Contrato de Obra fue suscrito el 13 de junio de 2021, el inicio de las obras estaba previsto a los 10 días hábiles posteriores a la suscripción del Contrato y la entrega de las obras estaba prevista para el 8 de diciembre de 2021 [Caso ¶ 13; Acl. ¶ 4].

⁴⁵ UNIDROIT, p. 246; Eckart Brödermann, p. 187; AC GESTIONES Y COBROS c. YANBAL.

tribunal de este caso decidió que el constructor no tenía ninguna clase de responsabilidad derivada del hecho de no haber construido la represa, pues su incumplimiento fue a causa de las diversas suspensiones que se dieron por los hallazgos arqueológicos y las protestas en la zona de las obras, riesgos que había asumido previamente el contratante de la represa.⁴⁶

II.2. LAPE no estaba legitimada para resolver el Contrato de Obra

45. Habiendo demostrado que el incumplimiento de la Cl. 2 del Contrato de Obra por parte de ELSA encuadra en el art. 7.1.2 de los PICC, pasaremos a verificar que LAPE no estaba facultada para resolver el Contrato de Obra, razón por la cual los derechos reconocidos a ELSA en virtud de ese Contrato siguen siendo exigibles (incluidos los 68.000.000 USD). Al respecto, lo primero que debe considerarse son los efectos jurídicos que tiene la aplicación del art. 7.1.2 de los PICC, ya que ello incide en la cuestión de por qué LAPE no estaba legitimada a resolver el Contrato.
46. Como ya se mencionó, el art. 7.1.2 acoge una fórmula que prohíbe al acreedor de una obligación alegar el incumplimiento de su deudor, siempre que el incumplimiento ocurra por una acción/omisión del acreedor o a razón de la materialización de un riesgo del cual era responsable [Vid. ¶ 22]. De esta manera, el art. 7.1.2 adopta una manifestación clara y concreta de los principios de buena fe y *venire contra factum proprium*, ya que sería injusto que el acreedor de una obligación pueda ampararse en un incumplimiento del cual es responsable en primer lugar.⁴⁷
47. Justamente por lo anterior es que los comentarios oficiales a los PICC proponen que, si el art. 7.1.2 es aplicable, el acreedor “*no estará facultada para resolver el contrato por incumplimiento*”, pues en caso contrario se estaría permitiendo al acreedor valerse de un incumplimiento que le es atribuible.⁴⁸ De hecho, en el caso ICC 17768 se sostuvo que el acreedor pierde el derecho a ejercer cualquier clase de remedio contractual ante el incumplimiento de su deudor (incluida la resolución del contrato) si dicho incumplimiento se hubiese causado por acción u omisión de la primera o por cualquier otro acontecimiento por el que ésta haya asumido el riesgo.⁴⁹
48. En este orden de ideas, LAPE no tenía derecho a resolver el Contrato de Obra en virtud del incumplimiento de ELSA, pues ya hemos demostrado que el mismo encuadra en los supuestos del art. 7.1.2 de los PICC [Vid. ¶ 42]. Por lo tanto, la resolución del Contrato de Obra por parte

⁴⁶ *Omega Construcciones Industriales v. Comisión Federal de Electricidad*.

⁴⁷ *Stefan Vogenauer*, pp. 823 y ss; *Eckart Brödermann*, p. 187; *Joseph Perillo*, p. 302; *M.P. Furnston*, p. 67; *UNIDROIT*, p. 246; *ICC 1177*; *Lim Chin San Contractors v. LW Infrastructure*.

⁴⁸ *UNIDROIT*, p. 246.

⁴⁹ *ICC 17768*.

de LAPE no tendría efecto jurídico alguno, ya que la resolución solo genera efectos si es que la parte perjudicada estaba facultada o legitimada a resolver el contrato.⁵⁰

49. Lo anterior es de suma relevancia en la lógica de esta demanda, pues si la resolución del Contrato de Obra no genera efectos jurídicos, tampoco releva a las Partes “*de la obligación de efectuar y recibir prestaciones futuras*” de conformidad con el art. 7.3.5 de los PICC (que regula los efectos de la resolución del contrato). Así, LAPE sigue obligada a pagar los 68.000.000 USD que se comprometió a pagar a ELSA en virtud del Contrato de Obra, pues esta era la prestación futura que LAPE debía a ELSA antes de que decidiera resolver el Contrato [Vid. ¶¶ 3-4].
50. Ahora, LAPE podría alegar que el pago de los 68.000.000 USD materializaría un pago indebido, injusto o sin fundamento jurídico,⁵¹ ya que se estaría pagando a ELSA una suma de dinero que se acordó por las 8 tiendas de Empanadito, todo a pesar de que las mismas jamás fueron entregadas [Vid. ¶ 20]. Sin embargo, no hay nada de indebido en el pago de los 68.000.000 USD, pues esa transacción tendría fundamento jurídico en el Contrato de Obra (el cual sigue vigente para las Partes [Vid. ¶ 48]).⁵² Además, el pago está justificado, pues si bien las obras no se entregaron en su totalidad, no puede perderse de vista que ELSA contrató trabajadores adicionales con el ánimo de entregar las 8 tiendas de Empanadito el 8 de diciembre de 2021 [Vid. ¶ 14], situación que no ha sido reconocida económicamente por LAPE.⁵³
51. En este sentido, el Tribunal Arbitral debe ordenar el pago de los 68.000.000 USD, pues el mismo está sustentado en el Contrato de Obra y justificado en los esfuerzos monetarios, administrativos y logísticos en los que ELSA incurrió al contratar trabajadores adicionales. Al respecto, resulta oportuno traer a colación el caso *AC GESTIONES Y COBROS c. YANBAL* del CAC-CCB, en el cual se sostuvo que el art. 7.1.2 de los PICC no es incompatible con el pago de sumas debidas al deudor incumplidor, ya que el incumplimiento del contrato le es atribuible al acreedor y, por ende, el deudor conserva el derecho a que se le reconozcan, liquiden y paguen todos los esfuerzos o labores que haya realizado en la ejecución del contrato.⁵⁴

PETITORIO

Con fundamento en las páginas precedentes, esta representación solicita respetuosamente al Tribunal Arbitral que: I) ordene a LAPE pagar 68.000.000 USD en virtud del Contrato de Obra; II) ordene a LAPE actualizar esa suma en intereses; y III) condene a LAPE en costas.

⁵⁰ *UNIDROIT*, p. 252; *Eckart Brödermann*, p. 218.

⁵¹ Al respecto véase *UNIDROIT*, p. 326.

⁵² *ICC Case No. 11307*.

⁵³ LAPE ha reconocido parte del pago de montos fijos liquidados en el Contrato de Obra [Acl. ¶ 17]; no obstante, ningún hecho en la base fáctica de este arbitraje da cuenta de que LAPE haya realizado el pago de los gastos que sobrevinieron tras la firma del Contrato (como el gasto en trabajadores adicionales, por ejemplo).

⁵⁴ *AC GESTIONES Y COBROS c. YANBAL*.