



MEMORIAL DE CONTESTACIÓN A LA DEMANDA

EL-LADRILLO CONSTRUCCIONES CONTRA LATIN PARTNERSHIP MUNDIAL

EQUIPO No. 591

EN REPRESENTACIÓN DE:	EN CONTRA DE:
LATIN PARTNERSHIP MUNDIAL S.E. [LAPE]	EL-LADRILLO CONSTRUCCIONES S.A. [ELSA]
CALLE RED CARD NRO. 4561, CIUDAD DE LATIN CITY, CAPITAL DE LATINLANDIA.	CALLE 45 NRO. 987, CIUDAD DE PUERTO MADRE, CAPITAL DE COSTA DORADA.

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 -
PRIMERA EXCEPCIÓN A LA DEMANDA – ELSA INCUMPLIÓ EL CONTRATO DE OBRA Y POR ELLO NO TIENE DERECHO A RECLAMAR LOS 68.000.000 USD..	- 2 -
I.1. ELSA incumplió sus obligaciones de conformidad con el Contrato de Obra	- 2 -
I.2. LAPE tenía derecho a resolver el Contrato de Obra, razón por la cual ELSA no puede reclamar el pago de los 68.000.000 USD	- 4 -
SEGUNDA EXCEPCIÓN A LA DEMANDA – ELSA NO TIENE DERECHO AL COBRO DE LOS 68.000.000 USD EN VIRTUD DEL ART. 7.1.7 DE LOS PICC	- 6 -
II.1. Los impedimentos invocados por ELSA no cumplen con los requisitos estipulados por el art. 7.1.7 de los PICC para la fuerza mayor	- 6 -
<i>A) Los hallazgos arqueológicos eran previsibles para ELSA y estaban en su esfera de control</i>	<i>- 7 -</i>
<i>B) Las manifestaciones, hurtos y actos de vandalismo que ocurrieron en la zona de las obras eran hechos previsibles para ELSA y estaban en su esfera de control.....</i>	<i>- 9 -</i>
II.2. Aunque los impedimentos mencionados por ELSA fuesen constitutivos de una fuerza mayor, la contraparte no tendría derecho a reclamar los 68.000.000 USD ..	- 11 -
PETITORIO	- 12 -

LISTA DE ABREVIATURAS

¶	Párrafo.
¶¶	Párrafos.
ACL.	Aclaraciones al caso hipotético de la XIV Competencia Internacional de Arbitraje.
ART.	Artículo o Artículos.
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>
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):
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.
CHRISTOPH BRUNNER	Christoph Brunner. <i>Force Majeure and Hardship under General Contract Principles: Exemption for Non-performance in International Arbitration.</i> (Kluwer Law International, 2008).
DAVID LIPSKY & HENRY FARBER	David Lipsky & Henry Farber. <i>The Composition of Strike Activity in the Construction Industry.</i> Industrial and Labors Relations Review 29, 3 (1976): 388-404.
ECKART BRÖDERMANN	Eckart Brödermann. <i>UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts: An Article-by-Article Commentary.</i> (Kluwer Law International, 2018).
FIDIC	The International Federation of Consulting Engineers (FIDIC). <i>FIDIC Conditions of Contract for EPC/TURNKEY PROJECTS.</i> (FIDIC, 2017).

<p>HENRY BURNETT & LOUIS-ALEXIS BRET</p>	<p>Henry G. Burnett & Louis-Alexis Bret. <i>Arbitration of International Mining Disputes: Law and Practice.</i> (Oxford University Press, 2017).</p>
<p>IGNACIO CAMÓS VICTORIA & EDUARDO ROJO TORRECILLA</p>	<p>Ignacio Camós Victoria y Eduardo Rojo Torrecilla. <i>La convención internacional sobre la protección de los derechos de los trabajadores migrantes y de sus familias.</i> Migraciones. Publicación del Instituto Universitario de Estudios Sobre Migraciones, (16), 7-15.</p>
<p>INGEBORG SCHWENZER</p>	<p>Ingeborg Schwenzer. <i>Force Majeure and Hardship in International Sales Contracts.</i> Victoria University of Wellington Law Review 39 (2008): 709-26.</p>
<p>JOSEPH HUSE</p>	<p>Joseph A. Huse. <i>Understanding and Negotiating Turnkey Contracts.</i> 2 ed. (Thomson Reuters, 1997).</p>
<p>JOSEPH PERILLO</p>	<p>Joseph Perillo. <i>Force Majeure and Hardship Under the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts.</i> Tulane Journal of International and Comparative 5 (1997): 5-28.</p>
<p>JUAN PABLO GÓMEZ MORENO E IZABELLA VERGARA ARENAS</p>	<p>Juan Pablo Gómez Moreno e Izabella Vergara Arenas. <i>Fuerza mayor y hardship bajo arbitrajes internacionales en contextos de crisis: un análisis a la luz del Covid-19.</i> UNA Revista de Derecho 5 (2020): 127-161.</p>
<p>LUKAS KLEE</p>	<p>Lukas Klee. <i>International Construction Contract Law.</i> 2 ed. (Wiley Blackwell, 2018).</p>

<p>M^a ÁNGELES PARRA</p>	<p>M^aÁngeles Parra Lucán. <i>Riesgo imprevisible y modificación de los contratos.</i> InDret 4 (2015): 1-54.</p>
<p>MAHMOUD REZA FIROOZMAND & JAVAD ZAMANI</p>	<p>Mahmoud Reza Firoozmand & Javad Zamani. <i>Force majeure in international contracts: current trends and how international arbitration practice is responding.</i> Arbitration International 33, 3 (2017): 395-413</p>
<p>MAREL KATSIVELA</p>	<p>Marel Katsivela. <i>Contracts: Force Majeure Concept or Force Majeure Clauses?</i> Uniform Law Review 12 (2007): 101–119.</p>
<p>MAURO PALADINI</p>	<p>Mauro Paladini. <i>Nuevas perspectivas en materia de resolución del contrato por incumplimiento.</i> Revista IUSTA 30 (2009): 131-139.</p>
<p>MAXIMILIANO RODRÍGUEZ</p>	<p>Maximiliano Rodríguez Fernández. <i>La problemática del riesgo en los proyectos de infraestructura y en los contratos internacionales de construcción.</i> Revista e-mercatoria 6, 1 (2007): 1-29.</p>
<p>MELISSA TEO & MARTIN LOOSEMORE</p>	<p>Melissa Teo & Martin Loosemore. <i>Community-based protest against construction projects – A case study of movement continuity.</i> Construction Management and Economics 29, 2 (2011): 131-144</p>
<p>NAEL BUNNI</p>	<p>Nael G. Bunni. <i>The FIDIC Forms of Contract.</i> 3 ed. (Blackwell Publishing, 2005).</p>

<p>NATALIYA BARYSHEVA</p>	<p>Nataliya Barysheva.</p> <p><i>Force Majeure in Energy Arbitration: Predicting the Unpredictable.</i></p> <p>International Commercial Arbitration Review Vol. 2018, 2 (2018): 67-85.</p>
<p>PFCCL</p>	<p>Permanent Forum of China Construction Law (PFCCL).</p> <p><i>The Belt and Road Initiative: Legal Risks and Opportunities Facing Chinese Engineering Contractors Operating Overseas.</i></p> <p>(Kluwer Law International, 2019).</p>
<p>UNIDROIT</p>	<p>Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT).</p> <p><i>Principios UNIDROIT Sobre los Contratos Comerciales Internacionales 2016.</i></p> <p>(Roma: UNIDROIT, 2016).</p>
<p>UNIDROITI</p>	<p>The International Institute for the Unification of Private Law (UNIDROIT).</p> <p><i>Note of the Unidroit Secretariat on the Unidroit Principles of International Commercial Contracts and the Covid-19 Health Crisis.</i></p> <p>(UNIDROIT, 2020).</p>

LISTA DE CASOS CITADOS

CITADO COMO:	CITA COMPLETA DEL CASO:
CAM30-11-2006	Centro de Arbitraje de México (CAM). <i>Caso CAM 30-11-2006.</i> 30 de noviembre de 2006.
CASO 8331/19	High Court of South Africa Gauteng Division – Pretoria. <i>Joint Venture Between Aveng Pty Ltd & Strabag International GmbH v. South African National Roads Agency Soc Ltd and Another. Case No: 8331/19.</i> 22 de marzo de 2019.
DECISIÓN 383, AUDIENCIA PROVINCIAL DE TARRAGONA.	Audiencia Provincial de Tarragona (España). <i>Decisión 383.</i> 26 de noviembre de 2007.
ICC 12112	The International Court of Arbitration of the International Chamber of Commerce. <i>First Investor, in liquidation (EU country), Second Investor (EU country) v Ministry of Agriculture (Non-EU country). ICC Case 12112.</i> 13 de noviembre de 2009.
ICC 2216	The International Court of Arbitration of the International Chamber of Commerce. <i>ICC Case 2216.</i> 7 de septiembre de 1974.
ICC 4462	The International Court of Arbitration of the International Chamber of Commerce.

	<p><i>National Oil Corporation v Libyan Sun Oil Company. ICC Case No. 4462.</i></p> <p>31 de mayo de 1985.</p>
<p>MCDONALD V DENNYS LASCELLES</p>	<p>High Court of Australia.</p> <p><i>McDonald v Dennys Lascelles Ltd (1933) 48 CLR 457.</i></p> <p>1 de marzo ed 1933.</p>
<p>PANTECHNIKIS.A. CONTRACTORS & ENGINEERS (GREECE) V. THE REPUBLIC OF ALBANIA</p>	<p>International Centre for Settlement of Investment Disputes.</p> <p><i>Pantechniki S.A. Contractors & Engineers (Greece) v. The Republic of Albania.</i></p> <p>30 de julio de 2009.</p>
<p>STS DEL 28 DE JUNIO 2012 (RJ 2012/8353)</p>	<p>Tribunal Supremo Español.</p> <p><i>STS del 28 de junio 2012 (RJ 2012/8353).</i></p> <p>28 de junio 2012.</p>
<p>SUB-ZERO FREEZER COMPANY V. CUNARD LINES LIMITED</p>	<p>United States District Court, W.D. Wisconsin.</p> <p><i>Sub-Zero Freezer Company v. Cunard Lines Limited. Case 01-C-0664-C (W.D. Wis. Mar. 12, 2002).</i></p> <p>12 de marzo de 2002.</p>
<p>TRABAJADORES DE LA HACIENDA BRASIL VERDE VS. BRASIL</p>	<p>Corte Interamericana de Derechos Humanos.</p> <p><i>Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde Vs. Brasil (Sentencia Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas).</i></p> <p>20 de octubre de 2016.</p>

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 tiene como propósito organizar la Copa Mundial de Fútbol del año 2022 en Latinlandia. La controversia de este arbitraje gira en torno a un Contrato de Obra que vincula a las Partes, el cual tenía por objeto 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. La contraprestación a cargo de LAPE sería reconocida paulatinamente según el avance que tuvieran las obras y, en ese sentido, nuestra representada realizó pagos previos liquidados según el Contrato por valor de 182.000.000 USD; no obstante, el valor total de las obras jamás se reconoció, pues LAPE resolvió el Contrato de Obra tras los diversos incumplimientos que ELSA generó a sus obligaciones contractuales.²
3. A pesar de lo anterior, ELSA inició este arbitraje para solicitar el pago de los 68.000.000 USD restantes al valor estipulado en el Contrato de Obra, alegando principalmente que LAPE incumplió a su obligación de pagar el precio convenido en el Contrato. En particular, ELSA argumenta que los incumplimientos que generó a sus obligaciones contractuales se justifican en virtud de un evento de fuerza mayor, razón por la cual tiene pleno derecho al cobro de los 68.000.000 USD estipulados en el Contrato de Obra, ello más intereses y costas.³
4. Sin embargo, en este memorial de contestación a la demandada nos encargaremos de demostrar que ELSA no tiene derecho alguno a reclamar el cobro de los 68.000.000 USD, pues no está legitimada a ello en virtud de su incumplimiento al Contrato de Obra; además, también comprobaremos que ELSA no puede invocar la fuerza mayor para reclamar el cobro de los 68.000.000 USD estipulados en el Contrato de Obra. Todo lo anterior estará fundamentado en los Principios UNIDROIT versión 2016 (en adelante PICC), ello por haberse acogido como el derecho aplicable al Contrato de Obra.⁴

¹ Caso ¶¶ 1-2, 6 y ss.

² Caso ¶¶ 13, 15-19; Acl. ¶¶ 12-17.

³ Memorial, pp. 1 y ss.

⁴ Caso ¶ 13.

PRIMERA EXCEPCIÓN A LA DEMANDA – ELSA INCUMPLIÓ EL CONTRATO DE OBRA Y POR ELLO NO TIENE DERECHO A RECLAMAR LOS 68.000.000 USD

5. En su escrito de demanda, ELSA ha argumentado que LAPE incumplió el Contrato de Obra porque “*no ha pagado la totalidad del precio a que se obligó y, por tanto, no ha dado cumplimiento exacto, íntegro y oportuno a la obligación principal de pago*” estipulada en ese Contrato. En tal sentido, ELSA solicita al Tribunal Arbitral declarar que LAPE incumplió el Contrato de Obra, además de que también la obligue a pagar los 68.000.000 USD convenidos en el Contrato más los intereses correspondientes y las costas de este arbitraje.⁵
6. No obstante, la contraparte omite que el Contrato de Obra fue legítimamente resuelto tras los incumplimientos que ELSA generó a sus obligaciones contractuales;⁶ así, LAPE estaría relevada de su obligación de pagar el precio convenido en el Contrato de Obra a favor de ELSA. Para justificar esta postura nos valdremos de 2 argumentos concretos: I) demostraremos que ELSA incumplió sus obligaciones de conformidad con el Contrato de Obra; y II) comprobaremos que LAPE tenía derecho a resolver el Contrato tras el incumplimiento de ELSA, razón por la cual la contraparte no puede reclamar el pago de los 68.000.000 USD.

I.1. ELSA incumplió sus obligaciones de conformidad con el Contrato de Obra

7. 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*”,⁷ por lo que la contraparte se había comprometido a entregar una serie de obras en una fecha determinada. No obstante, ELSA incumplió esta obligación principal, pues la constructora no entregó las tiendas de Empanadito el 8 de diciembre de 2021 y tampoco lo hizo en una fecha posterior.
8. Como se deriva de la base fáctica de este arbitraje, “*las obras no fueron terminadas a tiempo*”, razón por la cual “*las tiendas de Empanadito no pudieron ser abiertas al público*” en el marco del mundial de fútbol de 2022, tal y como era el objetivo de las obras contratadas a ELSA. Es más, las tiendas de Empanadito ni siquiera estuvieron cerca de culminarse, pues al menos 5 de las tiendas “*nunca lograron avanzar del hito 1 fijado en el cronograma de obra*” estipulado para el Contrato de Obra.⁸

⁵ Demanda p. 16.

⁶ Caso ¶¶ 20 y 25.

⁷ Caso ¶ 13.

⁸ Caso ¶¶ 6 y 18; Acl. ¶ 12.

9. Por otra parte, en el marco de la ejecución del Contrato, ELSA también tenía una obligación secundaria consistente en “*respetar las reglas del buen arte de construir, las leyes impositivas y previsionales, y los derechos universales de los trabajadores*”.⁹ Sin embargo, ELSA también incumplió con esta obligación, pues contrató trabajadores de un país distinto al de la zona de las obras y estos sufrieron una serie de afectaciones a sus derechos más básicos en materia laboral, ello según los estándares internacionales en la materia.
10. Sobre este punto debe traerse a colación la “*Convención internacional de las Naciones Unidas sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares*”, la cual –en virtud del principio a la dignidad humana– estipula algunos estándares internacionales en materia de protección a los derechos de los trabajadores transfronterizos y migratorios.¹⁰ Así, esta Convención reconoce en su art. 10 que “*Ningún trabajador migratorio o familiar suyo será sometido a torturas ni a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes*”.
11. En este sentido, la base fáctica de este arbitraje demuestra el incumplimiento de ELSA, pues tal y como se deriva de un informe de la empresa de ingeniería *Building LLC* (quien funge como interventor del Contrato de Obra), “*las condiciones de alojamiento de los trabajadores que el Constructor trajera a Latinlandia fue infrahumana*”. Además, ese mismo informe detalla que el proyecto de construcción de las tiendas de Empanadito sufrió una “*disminución de productividad de los trabajadores*”, ello a causa de la “*condición infrahumana*” que sufrieron los trabajadores contratados por ELSA en el marco de la ejecución de las obras.¹¹
12. Por lo tanto, si los trabajadores contratados por ELSA sufrieron de un alojamiento indigno y trabajaron bajo condiciones infrahumanas, es claro que la contraparte ha incumplido su obligación de respetar “*los derechos universales de los trabajadores*”. Ya lo ha sostenido el caso *Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde Vs. Brasil* de la *Corte Interamericana de Derechos Humanos*; el trabajo en circunstancias de alojamiento indigno o bajo condiciones que afectan la vida e integridad psicológica de los trabajadores constituye un sometimiento a “*condiciones degradantes e inhumanas*”.¹²

⁹ Caso ¶ 13.

¹⁰ Ignacio Camós Victoria & Eduardo Rojo Torrecilla, pp. 9 y ss.

¹¹ Caso ¶ 17; Acl. ¶ 18.

¹² *Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde Vs. Brasil* ¶¶ 291 y ss.

I.2. LAPE tenía derecho a resolver el Contrato de Obra, razón por la cual ELSA no puede reclamar el pago de los 68.000.000 USD

13. Habiendo demostrado que ELSA faltó a sus obligaciones de conformidad con el Contrato de Obra, debe anotarse que ese incumplimiento es “*esencial*” en los términos del art. 7.3.1 de los PICC, el cual sostiene que un incumplimiento será esencial si “*priva sustancialmente a la parte perjudicada de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato*”.¹³ En efecto, el incumplimiento de ELSA cumple con esta característica, pues el mismo privó a LAPE de las cuestiones más básicas y fundamentales que se esperaban tras la ejecución del Contrato de Obra; esto es, recibir en una fecha determinada las 8 tiendas de Empanadito totalmente construidas y, además, asegurarse de que la construcción de esas tiendas se hiciese (entre otras condiciones) en respeto de “*los derechos universales de los trabajadores*” [Vid. ¶ 9].
14. Sobre este punto, debe recordarse que lo que se busca con un contrato de obra “*llave en mano*” como el que las Partes firmaron,¹⁴ es que el constructor desarrolle toda la ingeniería básica del proyecto de construcción, construya la obra en los términos acordados en el contrato y, además, adquiera todos los suministros o personal necesario para la obra; de forma tal que el cliente únicamente se preocupe por recibir la construcción totalmente terminada y empezar a usarla.¹⁵ Por lo tanto, si la obra nunca se entrega por virtud de un incumplimiento del constructor, todo el objeto del contrato queda frustrado y el cliente privado de lo que se pretende con la firma de un contrato *llave en mano*; es decir, recibir una obra completamente terminada, en perfecto estado de funcionamiento y lista para ser usada.
15. Al respecto, el Tribunal Arbitral puede tener en consideración la decisión 383 de la Audiencia Provincial de Tarragona, en la cual se sostuvo que existe un incumplimiento grave y esencial cuando el constructor no entrega las obras en los términos estipulados en un contrato de obra, ya que se frustra el objeto del mismo y se “*priva sustancialmente al contratante de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato*”.¹⁶ De esta manera, es claro que la falta de ejecución de ELSA a sus obligaciones de conformidad con el Contrato de Obra constituye un incumplimiento esencial, pues la razón de ese Contrato era precisamente que la contraparte

¹³ Recuérdese que los PICC son el derecho aplicable al Contrato de Obra, ya que su Cl. 20 establece que: “*el Contrato de Obra se rige por sus cláusulas, los Principios UNIDROIT, y las costumbres aplicables*”: Caso ¶ 13.

¹⁴ Caso ¶ 13; Acl. ¶ 15.

¹⁵ Joseph Huse, pp. IX y ss; Maximiliano Rodríguez, pp. 163 y ss; Aurora Hernández, pp. 162 y ss.

¹⁶ Decisión 383, Audiencia Provincial de Tarragona ¶ 2. En sentido semejante se refiere la STS del 28 de junio 2012 (RJ 2012/8353) ¶ 5.

entregase a LAPE las tiendas de Empanadito; sin embargo, las mismas no fueron entregadas y ni siquiera se ejecutaron conforme a los términos estipulados en el Contrato [Vid. ¶¶ 7-12].

16. Ahora, si el incumplimiento de ELSA es esencial en los términos del art. 7.3.1 de los PICC, adquiere sentido el hecho de que LAPE hubiese resuelto el mencionado Contrato, ya que el mismo art. 7.3.1 sostiene que “*Una parte puede resolver el contrato si la falta de cumplimiento de una de las obligaciones de la otra parte constituye un incumplimiento esencial*”. Así, LAPE estaba completamente legitimada a resolver el Contrato de Obra en virtud de los PICC, derecho que ejerció efectivamente el 16 de febrero de 2022 a través de una comunicación dirigida a ELSA, en la cual se indicó que el Contrato de Obra se resolvía –principalmente– sobre la base de no haberse entregado las tiendas de Empanadito en los plazos estipulados por el Contrato.¹⁷
17. De igual forma, también adquiere pleno sustento jurídico el hecho de que LAPE se hubiese rehusado a pagar los 68.000.000 USD estipulados en el Contrato de Obra a favor de ELSA, pues la resolución de ese Contrato relevaba a nuestra representada de cumplir con esa obligación contractual. Al respecto, debe traerse a colación el art. 7.3.5 de los PICC, el cual sostiene que “*La resolución del contrato releva a ambas partes de la obligación de efectuar y recibir prestaciones futuras*”.
18. De esta manera, LAPE no ha incumplido el Contrato de Obra tras no haber pagado a ELSA los 68.000.000 USD (tal y como lo afirma la contraparte [Vid. ¶ 3]), pues LAPE estaba relevada de esa obligación tras la resolución del Contrato, ello en virtud del art. 7.3.5 de los PICC. Así, ELSA no puede reclamar sumas diferentes a las que ya fueron pagadas en virtud del Contrato de Obra, pues la resolución de un contrato por incumplimiento tiene efectos a futuro e implica que “*ambas partes quedan liberadas de su ejecución ulterior*”, tal y como lo ha sostenido el caso *McDonald v Dennys Lascelles Ltd* de la *High Court of Australia*.¹⁸
19. Además, también debe anotarse que la pretensión de ELSA de exigir el pago de los 68.000.000 USD conllevaría un inevitable supuesto de enriquecimiento injusto, pues el pago de ese dinero no tendría una razón sólida que lo sustente. Y es que debe recordarse que el dinero acordado en el Contrato de Obra a favor de ELSA estaba totalmente ligado a la construcción de las tiendas

¹⁷ Caso ¶ 20. Valga aclarar que los PICC acogen un modelo sustancial de resolución contractual, por lo que esta “*se produce por efecto de una declaración unilateral del contratante insatisfecho*”: Mauro Paladini, p. 131. En este orden de ideas, el art. 7.3.2 de los PICC sostiene que el “*El derecho de una parte a resolver el contrato se ejercita mediante una notificación a la otra parte*”.

¹⁸ Traducción libre - *McDonald v Dennys Lascelles* ¶ 42. De hecho, los comentarios oficiales a los PICC reconocen que el art. 7.3.5 “*establece la regla general de que la resolución del contrato tiene efectos para el futuro, por lo que las partes se liberan de su deber de efectuar y recibir prestaciones futuras*”: UNIDROIT, p. 282.

de Empanadito, pues el pago se haría según los avances e hitos de construcción que alcanzara ELSA según el cronograma de obras del Contrato;¹⁹ así, ELSA simplemente no puede exigir el pago de los 68.000.000 USD, pues no cumplió con los avances e hitos estipulados en el Contrato de Obra, que es la circunstancia que le permitiría el cobro de la mencionada cantidad de dinero.

**SEGUNDA EXCEPCIÓN A LA DEMANDA – ELSA NO TIENE DERECHO AL
COBRO DE LOS 68.000.000 USD EN VIRTUD DEL ART. 7.1.7 DE LOS PICC**

20. En su memorial de demanda, ELSA justificó que el incumplimiento del Contrato de Obra se debió a un evento de fuerza mayor, ya que el mismo ocurrió por hechos imprevisibles, irresistibles y ajenos a su esfera de control, los cuales paralizaron la ejecución de las obras e hicieron que las mismas no pudiesen entregarse en los términos estipulados por el Contrato. En particular, ELSA invocó como hechos constitutivos de la fuerza mayor: i) el hallazgo de bienes arqueológicos de la cultura Tupira que ocurrió durante la construcción de las tiendas de Empanadito; y ii) las manifestaciones, hurtos y actos de vandalismo que ocurrieron en la zona de las obras, ello a causa de manifestantes y extremistas en contra de la imagen de Empanadito como mascota del mundial de fútbol del año 2022.²⁰
21. Bajo esta premisa, ELSA pretende exonerarse de cualquier consecuencia jurídica derivada de su incumplimiento al Contrato de Obra, así como legitimar su supuesto derecho al cobro de los 68.000.000 USD estipulados en el Contrato.²¹ No obstante, la posición de la contraparte es errónea, pues: I) los impedimentos que ELSA mencionó como hechos constitutivos de la fuerza mayor no cumplen con los requisitos previstos por el art. 7.1.7 de los PICC; y II) aun en el hipotético caso de que esos hechos sí fuesen constitutivos de un evento de fuerza mayor, ELSA no tiene derecho a reclamar el cobro de los 68.000.000 USD estipulados en el Contrato de Obra.

II.1. Los impedimentos invocados por ELSA no cumplen con los requisitos estipulados por el art. 7.1.7 de los PICC para la fuerza mayor

22. El art. 7.1.7 de los PICC sostiene que: *“El incumplimiento de una parte se excusa si esa parte prueba que el incumplimiento fue debido a un impedimento ajeno a su control y que, al momento de celebrarse el contrato, no cabía razonablemente esperar, haberlo tenido en cuenta, o haber evitado o superado sus consecuencias”*. Así, un evento de fuerza mayor en el marco de los PICC solo se configura si se demuestra que: i) el impedimento que causó el incumplimiento

¹⁹ Caso ¶ 19; Acl. ¶ 17.

²⁰ Demanda pp. 7 y ss.

²¹ Demanda pp. 7 y ss. Sobre estos impedimentos véase el Caso ¶¶ 15 y 16.

era ajeno a la esfera de control del deudor; ii) que el impedimento fue imprevisible; y iii) que las consecuencias del impedimento no podían superarse o eran inevitables.²²

23. Estos requisitos no se verifican en relación a los impedimentos que la contraparte invocó como hechos constitutivos de la fuerza mayor, ya que: A) el hallazgo de bienes arqueológicos de la cultura Tupira era un evento previsible para ELSA y estaba en su esfera de control; y B) las manifestaciones, hurtos y actos de vandalismo que ocurrieron en la zona de las obras también eran hechos previsibles para ELSA y estaban en su esfera de control.

A) Los hallazgos arqueológicos eran previsibles para ELSA y estaban en su esfera de control

24. Para que un impedimento pueda ser considerado como un evento de fuerza mayor es necesario que el mismo sea razonablemente imprevisible, pues si los hechos que se alegan como fuerza mayor hubieran podido valorarse o preverse al momento de la celebración del contrato, la parte que alega la fuerza mayor debió haber insistido en “*incorporar una cláusula contractual específica para hacer frente al problema*”.²³ Por ende, la imprevisibilidad hace referencia a un acontecimiento tan improbable para las partes que no se identifica la necesidad de asignar o solucionar explícitamente el riesgo de que este se produzca.²⁴
25. Esta lectura de la previsibilidad no se verifica en este arbitraje, o por lo menos no respecto al hallazgo de los bienes arqueológicos de la cultura Tupira que sucedió durante la construcción de las tiendas de Empanadito. Al respecto, debe recordarse que las Partes del Contrato de Obra previeron la posibilidad real de que su proyecto de construcción se viese enfrentado al hallazgo de bienes arqueológicos, pues en la Cl. 4 de su Contrato establecieron que ELSA asumiría los “*riesgos arqueológicos previsibles*” asociados a la construcción de las tiendas de Empanadito.²⁵
26. Por lo tanto, si las Partes asignaron explícitamente el riesgo de que se produjesen hallazgos arqueológicos en la zona de las obras, ELSA no puede decir ahora que un evento de esa naturaleza le resultaba imprevisible. Es más, aun en el hipotético caso de que no existiese la Cl. 4 del Contrato de Obra, el hallazgo de bienes arqueológicos seguiría siendo una cuestión

²² Joseph Perillo, pp. 15-18; Marel Katsivela, p. 103; Eckart Brödermann, pp. 200 y ss.

²³ Traducción libre – Ingeborg Schwenzer, p. 719. Un razonamiento semejante se ha esbozado en los casos ICC 2216 y Sub-Zero Freezer Company v. Cunard Lines Limited.

²⁴ Joseph Perillo, p. 17.

²⁵ Caso ¶ 13.

fácilmente previsible para la contraparte, pues ELSA sabía que al menos el 50% de la zona de las obras se encontraba “*en lugares cercanos a sitios arqueológicos de la cultura Tupira*”.²⁶

27. Ahora, ELSA tampoco puede afirmar que los hallazgos arqueológicos le resultaban un evento ajeno a su esfera de control, pues en virtud de la Cl. 4 del Contrato de Obra se hizo responsable por los riesgos arqueológicos previsible asociados a ese Contrato, lo cual incluye el hallazgo previsible de los bienes arqueológicos de la cultura Tupira [Vid. ¶ 26]. De tal forma, ELSA no puede intentar justificar que el riesgo de hallazgos arqueológicos le resultaba ajeno, pues libremente decidió asumir el control de esos hallazgos en virtud del Contrato de Obra.
28. No obstante, ELSA en su demanda afirma lo contrario, pues trae a colación el hecho de que las obras tuvieron que ser suspendidas durante 24 días por imperio de la ley tras los hallazgos, ello para generar acciones de conservación y recuperación de los bienes arqueológicos encontrados.²⁷ Así, en el decir de la contraparte, los hallazgos arqueológicos de la cultura Tupira eran ajenos a su esfera de control, pues ELSA no podía negociar el plazo de la suspensión que ocurrió tras los hallazgos ni mucho menos ejecutar acciones “*para ejercer labores de avance en la obra*” durante ese plazo, ya que la suspensión había ocurrido en la forma y tiempo previsto por la ley y eso escapa al ámbito de control de ELSA.²⁸
29. La posición de la contraparte en su demanda es insostenible, pues si ELSA asumió los riesgos arqueológicos previsible asociados a la construcción de las tiendas de Empanadito, debió haberse asegurado de que contaba con los medios suficientes para cumplir íntegramente con esa obligación. Lo anterior, por supuesto, incluye el hecho de haber valorado y solucionado cualquier suspensión legal a la que se enfrentase el proyecto de construcción tras el hallazgo de los bienes arqueológicos, pues al fin y al cabo ese era el objetivo de la Cl. 4 del Contrato de Obra: que ELSA asumiera y diera soluciones a los riesgos arqueológicos asociados al Contrato.
30. Sobre lo dicho en el párrafo anterior, el Tribunal Arbitral puede tener en consideración el caso *ICC 12112*, en el cual las partes celebraron un acuerdo de *joint venture* para cultivar productos agrícolas. En particular, la obligación de la demandada (que era una agencia estatal) era brindar los terrenos óptimos y necesarios para la producción agrícola; sin embargo, terminó dedicando esos terrenos al albergue de refugiados de un país vecino. Según el árbitro único del caso en mención, la agencia estatal no podía alegar la existencia de un evento de fuerza mayor, pues era

²⁶ Caso ¶ 8.

²⁷ Caso ¶ 16; Acl. ¶ 10.

²⁸ Demanda p. 15.

imposible que no hubiese previsto la inestabilidad política de su región (la cual causó el fenómeno de refugiados) y el correspondiente impacto que ello tenía sobre su capacidad para cumplir con el acuerdo de *joint venture*. Así, el árbitro único señaló que:

Antes de contraer una obligación, una parte debe estar segura de que tiene la capacidad para cumplirla. Si una parte tiene o debería tener la más mínima duda sobre su capacidad para cumplir en el momento determinado, debe hacer todas las comprobaciones necesarias antes de comprometerse a cumplir con la obligación.²⁹

B) Las manifestaciones, hurtos y actos de vandalismo que ocurrieron en la zona de las obras eran hechos previsibles para ELSA y estaban en su esfera de control

31. Al igual que con los hallazgos arqueológicos, las manifestaciones, hurtos y actos de vandalismo que ocurrieron en la zona de las obras también eran hechos previsibles, pues no es lógico que una sociedad que se dedica a la construcción de obras de infraestructura como lo es ELSA,³⁰ no hubiese razonablemente previsto que el proyecto de construcción de las tiendas de Empanadito podía verse afectado por este tipo de hechos. Para fundamentar lo anterior basta preguntarse qué tan “ordinario” o “normal” es la ocurrencia de manifestaciones, hurtos o actos de vandalismo en la industria de la construcción a la cual pertenece ELSA, pues no sería legítimo que un comerciante se escude en la fuerza mayor para abstraerse de las consecuencias económicas de un evento que le era previsible en el giro ordinario de sus negocios.³¹
32. Así, para aprobar la tesis de ELSA de que las manifestaciones, hurtos y actos de vandalismo que ocurrieron en la zona de las obras fueron hechos imprevisibles, deberíamos concluir que este tipo de hechos son totalmente extraños en la industria de la construcción. No obstante, esa deducción es equívoca, pues los proyectos de construcción pueden tener un enorme impacto negativo en los entornos sociales, culturales y económicos en los cuales se desarrollan,³² por lo que es frecuente que se vean enfrentados a huelgas, protestas, vandalismo e, incluso, hurtos.³³
33. De esta manera, ELSA no puede alegar que las manifestaciones, hurtos o actos de vandalismo que ocurrieron en la zona de las obras fueron hechos imprevisibles, pues estos son riesgos

²⁹ Traducción libre - ICC 12112 ¶ 26.

³⁰ Caso ¶ 1.

³¹ Juan Pablo Gómez Moreno e Izabella Vergara Arenas, p. 149.

³² Melissa Teo & Martin Loosemore, p. 1.

³³ Lukas Klee, p. 21; Maximiliano Rodríguez, pp. 11 y ss. Por ejemplo, el sector de la construcción ha sido uno de los más propensos a la huelga y la protesta en los Estados Unidos, donde solo entre 1945 y 1976 se gestaron 25.000 huelgas relacionadas a esta industria en ese País: David Lipsky & Henry Farber, p. 388.

ordinarios en la industria a la cual ella se dedica. Sobre este razonamiento, el Tribunal Arbitral podría tener en consideración el caso *CAM 30-11-2006*, el cual trató sobre un contrato en el que la demandada se comprometía a producir calabazas y pepinos para la demandante; no obstante, la cosecha se perdió por un fenómeno meteorológico. Según el razonamiento del tribunal de este caso, la demandada no podía alegar la existencia de un evento de fuerza mayor, pues el fenómeno meteorológico que hizo perder la cosecha era previsible, pues es un riesgo común en la industria a la cual se dedica la demandada.³⁴

- 34.** Ahora, ELSA tampoco puede alegar que las manifestaciones, hurtos o actos de vandalismo que ocurrieron en la zona de las obras eran eventos ajenos a su esfera de control, ya que esos impedimentos le eran riesgos atribuibles en función de la asunción implícita de riesgos. Al respecto, lo primero a considerar es que la asunción de riesgos no solo se da en virtud de acuerdos contractuales expresos (tal y como ocurrió con los riesgos arqueológicos previsible que se asignaron a ELSA a través de la Cl. 4 del Contrato de Obra [*Vid. ¶ 25*]), 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; etc.³⁵
- 35.** En este sentido, las manifestaciones, hurtos y actos de vandalismo en la zona de las obras serían eventos inmersos en la lista de riesgos atribuibles a ELSA, pues en la industria de la construcción generalmente se considera que el constructor debe fungir como el garante de la seguridad y vigilancia en la zona de las obras. Así, el constructor debe ejecutar acciones positivas para brindar seguridad en las obras y salvaguardar la integridad de las mismas o de los bienes contenidos en aquella, acciones tales como contratar seguridad privada para la zona de las obras, adquirir mallas de cerramiento, etc.; todo ello precisamente para evitar hechos como los hurtos, el vandalismo o actos semejantes.³⁶
- 36.** De hecho, el Tribunal Arbitral debería considerar que el Contrato de Obra entre LAPE y ELSA está inspirado en el *Silver Book EPC* de la FIDIC,³⁷ un contrato modelo que es generalmente usado para guiar la suscripción de los contratos de construcción a nivel internacional.³⁸ Este modelo reconoce en su Cl. 6.11 que “*El constructor tomará en todo momento todas las precauciones necesarias para [...] preservar la paz y la integridad de las personas y los bienes*

³⁴ *CAM 30-11-2006 ¶¶ 139 y ss.*

³⁵ *UNIDROIT I*, p. 23; *M^a Ángeles Parra*, p. 31; *Carlos Manuel Díez e Isabel González Pacanowska*, p. 228.

³⁶ *Joseph Huse*, p. 194; *Lukas Klee*, p. 295; *PFCCL*, p. 10.

³⁷ *Caso ¶ 13; Acl. ¶ 15.*

³⁸ *Nael Bunni*, pp. 3 y ss.

en/o cerca de la obra”; asimismo, la Cl. 4.8 reconoce que “*El constructor deberá [...] proporcionar cerramiento, iluminación, acceso seguro, guardia y vigilancia de las obras*”.³⁹

37. Por ende, ELSA no puede alegar que las manifestaciones, hurtos o actos de vandalismo que ocurrieron en la zona de las obras le resultaban eventos ajenos a su esfera de control, pues en su condición de constructor tenía la posibilidad real de evitar –o cuanto menos contrarrestar al máximo– este tipo de hechos. Sin embargo, de la base fáctica de este arbitraje no se deriva que ELSA hubiese sido un garante real de la seguridad y vigilancia de las obras, sino más bien que los hurtos y actos de vandalismo ocurrieron en gran parte debido a “*la falta de vigilancia*”.⁴⁰
38. Sobre lo dicho en los párrafos precedentes, el Tribunal Arbitral puede tomar en consideración el caso 8331/19 de la *High Court of South Africa Gauteng Division – Pretoria*, el cual versaba sobre un contrato FIDIC que no pudo ser ejecutado correctamente en virtud de manifestaciones y actos de vandalismo que ocurrieron en la zona de las obras. En particular, la Corte dictaminó que estos hechos no podían considerarse como un evento de fuerza mayor, pues los mismos podían “*haberse anticipado y planificado razonablemente*”.⁴¹

II.2. Aunque los impedimentos mencionados por ELSA fuesen constitutivos de una fuerza mayor, la contraparte no tendría derecho a reclamar los 68.000.000 USD

39. Aun en el hipotético caso de que el Tribunal Arbitral acepte la posición de ELSA y declare que su incumplimiento del Contrato de Obra se debió a un evento de fuerza mayor, la contraparte no tendría ningún derecho a reclamar el cobro de los 68.000.000 USD, pues en ese eventual caso nuestra representada seguiría estando legitimada a resolver el Contrato de Obra y, por ende, relevarse de la obligación de pagar el dinero adeudado a ELSA. Al respecto, basta considerar el inciso 4 del art. 7.1.7 de los PICC, el cual sostiene que “*Nada de lo dispuesto en este artículo impide a una parte ejercitar el derecho a resolver el contrato*”.
40. En este sentido, la declaratoria de un evento de fuerza mayor en este arbitraje no afectaría en lo absoluto el derecho de LAPE a resolver el Contrato de Obra, pues la fuerza mayor y la resolución del contrato por incumplimiento esencial no son figuras jurídicas que se rechacen entre sí.⁴² Lo anterior, valga anotar, es consecuente con los efectos jurídicos de la fuerza mayor, ya que esta figura se asume como una causal de ausencia de responsabilidad respecto al

³⁹ Traducción libre – FIDIC, pp. 26 y 40.

⁴⁰ Caso ¶ 15.

⁴¹ Traducción libre – Caso 8331/19 ¶ 126.

⁴² UNIDROIT, p. 260.

incumplimiento de alguna de las partes, es decir, la fuerza mayor solo libera al deudor de su responsabilidad por haber incumplido el contrato.⁴³

- 41.** Por lo tanto, la fuerza mayor exonera al deudor de la responsabilidad por los daños derivados de su incumplimiento, mas no pone en tela de juicio que el incumplimiento existe y que, por ende, el acreedor sigue guardando el derecho a resolver el contrato si es que dicho incumplimiento se cataloga como esencial.⁴⁴ Así, ELSA no está legitimada a reclamar el cobro de los 68.000.000 USD estipulados en el Contrato de Obra, pues aunque el Tribunal Arbitral declare que ELSA incumplió por un evento de fuerza mayor, ello no pone en entredicho que el Contrato de Obra fue incumplido de forma esencial por ELSA; que LAPE tiene derecho a resolver el Contrato en virtud de ese incumplimiento y que, por ende, ya no se encuentra obligada con la contraparte a pagar la mencionada cantidad de dinero [Vid. ¶¶ 7-19].

PETITORIO

Con fundamento en las páginas precedentes, esta representación solicita respetuosamente al Tribunal Arbitral que:

- I)** Rechace las pretensiones presentadas por ELSA en su memorial de demanda, ello sobre la base de las siguientes excepciones:
- I.1.** Que el Contrato de Obra fue legítimamente resuelto tras los incumplimientos de ELSA, razón por la cual LAPE se encuentra relevada de su obligación de pagar los 68.000.000 USD estipulados en el Contrato de Obra a favor de la contraparte; y
 - I.2.** Que ELSA no puede invocar la fuerza mayor para reclamar el cobro de los 68.000.000 USD estipulados en el Contrato de Obra.
- II)** Condene a ELSA a pagar los gastos y costas de este arbitraje.

⁴³ Joseph Perillo, p. 7; Christoph Brunner, pp. 75 y ss; ICC 4462 ¶ 2.

⁴⁴ Christoph Brunner, p. 345 y ss; Henry Burnett & Louis-Alexis Bret, p. 250; Carlos Manuel Díez e Isabel González Pacanowska, p. 190; Mahmoud Reza Firoozmand & Javad Zamani, p. 395; Nataliya Barysheva., p. 68.