



V COMPETICIÓN INTERNACIONAL  
DE ARBITRAJE Y DERECHO  
MERCANTIL

15-19 DE ABRIL DE 2013

MADRID

---

**MEMORÁNDUM DE LA CONTESTACIÓN**



**UNIVERSIDAD DE LAS ISLAS BALEARES**

---

**A FAVOR DE:**

CHANCAS, SL  
AVDA. GRAN CHIMÚ, nº 99  
YAHUARPAMPA  
ANDINA  
Y  
D. ATAHUALPA INCA D.  
HUÁSCAR HUALLPA  
D. BLAS VALERA  
CON NACIONALIDAD  
Y DOMICILIO EN ANDINA

**DEMANDADOS**

**CONTRA:**

NAZCA, SA  
C/ QUIJOTE, nº 45  
BARATARIA  
CERVANTIA  
Y  
TLÁLOC CORP  
C/ MOCTEZUMA, nº 87  
TEZCATLIPOCA  
AZTEQUIA

**DEMANDANTES**

**TABLA DE CONTENIDOS**

INDICE DE AUTORIDADES.....	7
INDICE DE CASOS .....	9
TABLA DE ABREVIATURAS .....	10
HECHOS.....	11
<b>ARGUMENTOS SOBRE COMPETENCIA Y JURISDICCIÓN (PARTE I) .....</b>	<b>13</b>
<b>I. EL TRIBUNAL ABRITRAL NO ES COMPETENTE PARA DECIDIR SOBRE LAS CUESTIONES PLANTEADAS .....</b>	<b>13</b>
<b>A. EL TRIBUNAL SOLO ES COMPETENTE PARA CONOCER EL CONFLICTO ENTRE NAZCA Y CHANCAS .....</b>	<b>13</b>
<b>1. <i>La naturaleza de una clausula arbitral es convencional y solo obliga a las partes signatarias de acuerdo con el principio de relatividad de los contratos</i>.....</b>	<b>14</b>
<b>2. <i>Los términos amplios de un clausula arbitral no permiten automáticamente la intervención de sujetos no signatarios contra su voluntad</i> .....</b>	<b>14</b>
<b>3. <i>La consolidación de ambos procedimientos supondría la vulneración de la naturaleza convencional que legitima la realización de todo arbitraje</i>.....</b>	<b>15</b>
<b>B. CONSECUENTEMENTE, EN PRIMER LUGAR NO PROCEDE LA ACUMULACIÓN OBJETIVA .....</b>	<b>15</b>
<b>1. <i>Objetivamente son contratos de naturaleza distinta, con fines y con propósitos distintos</i> .....</b>	<b>15</b>
<b>2. <i>La mera realización de actos relacionados con el hecho sometido al arbitraje no es suficiente para acumular los procesos arbitrales</i> .....</b>	<b>16</b>
<b>3. <i>En definitiva, los objetos de las controversias no son indivisibles y no existe peligro de producirse laudos contradictorios porque las distintas peticiones son excluyentes</i>.....</b>	<b>16</b>
<b>C. Y EN SEGUNDO LUGAR, NO PROCEDE LA ACUMULACIÓN SUBJETIVA EN LA PARTE DEMANDADA NI DEMANDANTE.....</b>	<b>17</b>
<b>1. <i>Los demandados actúan en todo momento de buena fé y respetando la prohibición de “non concedit venire factum proprium” ya que no rechazan el arbitraje de forma absoluta</i> .....</b>	<b>18</b>



2. *El art. 17.5 Reglamento de CNUDMI no puede ser aplicado porque primero los terceros invitados no son parte en el acuerdo, y en todo caso la intervención de los mismo sería perjudicial para los terceros* .....18

II. EN CASO DE ADMISIÓN DE LA ACUMULACIÓN LA COMPOSICIÓN DEL TRIBUNAL NO ES VALIDA Y ES COMPETENTE LA AUTORIDAD NOMINADORA PARA REALIZAR EL PROCESO DE CONSTITUCIÓN CORRECTAMENTE CONFORME AL ART. 10 RA. ....18

A. EL TRIBUNAL SE CONSTITUYÓ EN EL CONTEXTO DE UN PROCESO ARBITRAL AD HOC ENTRE DOS PARTES.....18

B. LA AUTORIDAD NOMINADORA ES COMPETENTE PARA DISOLVER EL TRIBUNAL Y NOMBRAR A SUS TRES MIEMBROS DE NUEVO [ART.10(3)] .....19

1. *Los demandados realizan una lectura interesada de los hechos y actúan en contra del principio de buena administración de justicia*.....19

2. *La Corte de Arbitraje de Madrid, como autoridad nominadora, es el órgano competente para constituir correctamente el Tribunal* .....19

III. NO TODAS LAS PRETENSIONES DE LAS PARTES TIENEN POR OBJETO MATERIAS SUSCEPTIBLES DE ARBITRAJE Y EL TRIBUNAL NO POSEE JURISDICCIÓN NI SOBRE TODAS LAS PARTES NI SOBRE TODAS LAS CONTROVERSIAS .....20

A. NO TODAS LAS CONTROVERSIAS SON SUSCEPTIBLES DE ARBITRAJE .....20

B. UN LAUDO QUE RESUELVA TODAS LAS CONTROVERSIAS ACUMULADAMENTE INCURRIRÍA EN LA INFRACCIÓN DEL ART. V Y EL ART. 36 LMA.....21

**ARGUMENTOS SOBRE EL FONDO DE LAS CONTROVERSIAS (PARTE II) ....22**

IV. DERECHO APLICABLE AL FONDO DE LAS CONTROVERIAS .....22

A. EL DERECHO APLICABLE AL CONTRATO DE COMPRAVENTA ENTRE NAZCA Y CHANCAS NO PUEDE SER DISTINTO DEL DERECHO ANDINA

1. *La imposibilidad de aplicar la CIM se justifica en el objeto del Contrato de 2 de mayo de 2012, el 100% de las acciones de HUACA, bienes expresamente excluidos en la norma [art. 2(d)]* .....22



2.	<i>Además al ser una bienes excluidos de la CIM significa que sus disposiciones no fueron redactadas para regir esta clase de negocios y por tanto es imposible realizar una interpretación correctora de las misma .....</i>	23	
3.	<i>La cláusula opting in supone una manifestación del principio de autonomía material, conforme al art. 6 del texto uniforme, pero dicha manifestación no es ilimitada.....</i>	23	
4.	<i>Descartada la aplicación de la CIM, es de aplicación el Derecho de Andina, pero en ningún caso se aplicará el Derecho Cervantia porque se atentaría contra el orden público de ese país .....</i>	23	
<b>B. EN CASO DE QUE EL TRIBUNAL SE CONSIDERE COMPTENTE PARA CONOCER LA CONTROVERSIA RELATIVA AL ACUERDO ESTRÁTEGICO LA LEY APLICABLE ES EL ORDENAMIENTO DE ANDINA.....</b>			24
1.	<i>El hecho de que el acuerdo estratégico verse sobre cuestiones societarias si es relevante a los efectos del presente conflicto .....</i>	24	
2.	<i>La inobservancia del ordenamiento andino supondría la infracción del art. 36(1)(b)(ii) LMA .....</i>	25	
3.	<i>En caso de ser el conflicto de naturaleza contractual estamos conformes a aplicar los PRINCIPIOS DE UNIDROIT tal y como se convino en la cláusula de arbitraje. Y de conformidad, también con TLALOC en aplicar a las negociaciones los mismos PRINCIPIOS....</i>	25	
<b>V. CHANCAS NO HA ENTREGADO EN NINGÚN CASO UNOS BIENES SOMETIDOS A DERECHOS DE TERCEROS .....</b>			25
1.	<i>Al contrario de lo que alega la parte demandante en ningún caso TLÁLOC y CHANCAS se encontraban vinculada por un precontrato de compraventa regulado por los Principios de UNIDROIT. ....</i>	26	
2.	<i>Las comunicaciones mantenidas entre TLÁLOC y CHANCAS son cartas de intenciones realizadas manera gradual, con el propósito de realizar una futura compraventa de acciones y asumir las consiguientes obligaciones. ....</i>	26	
3.	<i>Está manera de actuar de CHANCAS y sus socios a través de cartas de intenciones no vinculantes es la práctica llevada a cabo desde la suscripción del Acuerdo Estratégico originario de acuerdo con el art. 1.9.(1)(2) de los principio de UNIDROIT .....</i>	26	
4.	<i>Por ello la conducta de TLÁLOC supone una infracción del art. 1.7 y 1.8 de los Principios de Unidroit .....</i>	27	



5. *En ningún caso una cartas de intenciones tienen transcendencia patrimonial ni crear ningún derecho in rem o sobre las acciones. Pero en el supuesto de que el Tribunal acepte la existencia de un precontrato este tampoco produce efectos sobre los bienes. ....27*

## VI. CHANCAS NO HA INCUMPLIDO EL CONTRATO DE COMPRAVENTA CON NAZCA

- A. CHANCAS ACTUÓ EN TODO MOMENTO DE CONFORMIDAD A LO EXIGIDO POR EL CÓDIGO CIVIL Y DE COMERCIO DE ANDINA RELATIVO A LA VENTA DE EMPRESA.....28

1. *Según el art 390.2 CHANCAS no es responsable por defectos en la empresa objeto de venta, HUACA. ....28*
2. *Si bien el Tribunal considera que estos defectos afectan al desarrollo de la actividad de HUACA, CHANCAS no es responsable porque el comprador no ejercito la diligencia exigible a un ordenado empresario. ....28*
3. *En definitiva NAZCA debería haber realizado un estudio de due diligence porque al contrario de lo que alegan la parte demandante un problema medioambiental si hubiera aparecido en él .....29*

- B. EN CASO DE QUE EL TRIBUNAL ESTIME APLICABLE LA CIM, CHANCAS NO INCUMPLIO EL CONTRATO DE COMPRAVENTA [art.35, 25 CIM] Y EN CONSECUENCIA NAZCA NO TENÍA DERECHO A RESOLVER EL CONTRATO [ART. 49.1.a] .....30

1. *CHANCAS entrego bienes conformes al contrato de compraventa [art. 35 CIM] .....30*
2. *El vendedor no infringió el principio de caveat venditor sino que es el comprador quien no hubiera ignorado el expediente de investigación de acuerdo con el art. 35.3 CIM.....31*
3. *En ningún caso el incumplimiento fue esencial [art. 25] .....32*
4. *En consecuencia Nazca no está legitimada para resolver el contrato de acuerdo con el art. 49(1)(a) .....33*

## VII. EL INCUMPLIMIENTO DEL ACUERDO ESTRATÉGICO

- A. LA CLÁUSULA RELATIVA AL DERECHO DE ADQUISICIÓN PREFERENTE CARECE DE VÁLIDEZ POR NO CUMPLIR LO EXIGIDO POR LA LEY Y LA JURISPRUDENCIA DE ANDINA ...33



B. COMO CONSECUENCIA DE LO ANTERIOR NO HA EXISTIDO INCUMPLIMIENTO DEL ACUERDO ESTRATÉGICO.....	33
VIII. NAZCA NO TIENE DERECHO A SOLICITAR LA INDEMNIZACION POR DAÑOS Y PERJUICIOS .....	34
IX. TLALOC NO TIENE DERECHO A UNA INDEMNIZACION POR DAÑOS Y PERJUICIOS COMPRENDIDOS EN 3.000.000 euros .....	34
X. PETICIÓN AL TRIBUNAL ARBITRAL .....	35

**ÍNDICE DE AUTORES**

- **Aguilar, Hilda.**, *La intervención de terceros en el arbitraje comercial internacional*. Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña.2001.
  
- **Bullard, Alfredo.** *¿Y quiénes están invitados a la fiesta?*, [www.latinarbitration.com](http://www.latinarbitration.com). 2010
  
- **Caivano, Roque J.** *Arbitraje y grupo de sociedades. Extensión de los efectos de un acuerdo arbitral a quien no ha sido signatario*. Lima Arbitration. Nº1. 2006.
  
- **Castellanos, Esperanza.** *Autonomía de la voluntad y derecho uniforme en la compraventa internacional*. Editorial Comares. 1998.
  
- **Díez-Picazo, Luis.** *La compraventa internacional de mercaderías*. Editorial Civitas. 1998
  
- **Ferrari, Franco.** *La compraventa internacional. Aplicabilidad y aplicaciones de la Convención de Viena de 1980*. Editorial Tirant lo Blanch. 1999.
  
- **Gili, Marian,** *Compraventa de acciones: causa del contrato y remedios frente al incumplimiento de las manifestaciones y garantías*, inDRET, Revista Jurídica, 2012
  
- **Hunter, Martín. Blackaby, Nigel. Partasides, Constantine.** *Teoría y práctica del Arbitraje Comercial Internacional*. Editorial Thomson Aranzadi. Cuarta Edición. 2006.
  
- **Kleinheisterkamp, Jan. Vogenauer, Stefan.** *Commentary on the Unidroit principles of international commercial contracts*. 2008.
  
- **Leisinger, Benjamin.** *Fundamental Breach Considering Non-Conformity of the Goods*. Sellier. 2007.
  
- **Lew, Julian. Mistelis, Loukas.** *Comparative International Commercial Arbitration*. Kluwer Law.2003.
  
- **Martínez, Anselmo.** *La interpretación y la integración de la Convención de Viena sobre la compraventa internacional de mercaderías, de 11 de abril de 1980*. Editorial Comares. 2004.
  
- **Muñoz, Edgardo. Schwenger, Ingeborg.** *Schlechtriem&Schwenzer: Comentario sobre la convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías*. Tomo I y II. Thomson Reuters. 2010.



- **Olaizola, Fernando.** *El arbitraje societario en los tiempos de la globalización.* TAB. Butlletí nº7.
- **Oliva, Francisco.** *Compraventa internacional de mercaderías (ámbito de aplicación del Convenio de Viena de 1980).* Editorial Tirant lo blanch. 2002.
- **Perales, Pilar.** *Arbitrabilidad y Convenio Arbitral. Ley 60/2003 de Arbitraje y Derecho Societario.* Editorial Thomson Aranzadi. 2005.
- **Silva, Eduardo, Whitesell, Anne.** *Multiparty and Multicontract: recently experience ICC.* Publicado en 2003
- **Schlechtriem, Peter.** *Commentary on the Un Convention on The International Sale of Goods (CISG).* Oxford. 1998.



**JURISPRUDENCIA**

- *Bundesgericht, Switzerland, 18 May 2009, Internationales Handelsrecht 2010, 27.*
- *CLOUT case No. 150 [Cour de Cassation, France, 23 January 1996] (vino azucarado artificialmente);*
- *CLOUT case No. 79 [Oberlandesgericht Frankfurt a.M., Germany, 18 January 1994] (zapatos con piel cuarteada).*
- *CLOUT case No. 171 [Bundesgerichtshof, Germany, 3 April 1996];*
- *CLOUT case No. 248 [Bundesgericht, Switzerland, 28 October 1998]*
- *[CLOUT No 123, Bundesgerichtshof, Alemania, 8 de marzo de 1995].*
- *Corte Suprema Lituana (06.11.2006, 3K-P-382/2006)*
- *République et Canton de Genève, Cour de Justice (Chambre civile) [CASO CLOUT N°260].*
- *Corte Constitucional, Sentencia C-098 de 2001, Bogotá].*
- *BKMI and Siemens v. Dutco, Tribunal de Casación de Francia, 7 de enero de 1992.*



## **ABREVIATURAS**

Art.: Artículo

CIM: Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías

CLOUT: Sentencias y Laudos sobre textos de la CNUDMI

CNUDMI/UNCITRAL: Comisión de las Naciones Unidas para el derecho mercantil internacional

CNY: Convención de Nueva York sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, 1958.

Co.: Compañía

D. r. s.ad.: documento de la respuesta adicional

Dr.: Doctor

D.S.A: Documento de solicitud arbitral

ICC: Cámara de Comercio Internacional

LMA: Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional

No: número

Pág: Página

PICC: Principios sobre los Contratos de Compraventa Internacional

RA: Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI

Ref.h: Referencia a los hechos

S.A: Sociedad Anónima

S.L: Sociedad Limitada

STS: Sentencia Tribunal Supremo

UNIDROIT: Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado

## HECHOS

### 1995

1. Ante una coincidencia de intereses, CHANCAS y D. Atahualpa Inca, D. Huáscar Huallpa y D. Blas Valera suscriben un Acuerdo Estratégico con TLÀLOC por el que se comprometen a reunirse periódicamente y realizar consultas estratégicas relacionadas con su actividad en el sector de la distribución. Además, ambas partes se comprometen a consultar previamente la una con la otra en caso de desinversión y establecen un derecho de adquisición preferente al mismo precio que la mejor oferta de un tercero.

### 2010

2. **1 de diciembre.** Se renueva el citado Acuerdo, al que se añade una cláusula penal que contempla una indemnización de 3.000.000 euros en caso de incumplimiento del mismo. Junto a otra que contempla una indemnización de esta un máximo de 500.000 Asimismo, se establece una cláusula arbitral en virtud de la cual toda disputa o controversia se sometería a un tribunal arbitral bajo el Reglamento de la CNUDMI.

### 2012

3. **8 de marzo.** Tras varios meses de negociaciones para la transmisión de una participación del 50% de la sociedad HUACA, sociedad distribuidora cuyo único socio es CHANCAS, TLÀLOC desearía la adquisición de la sociedad a un precio del 70% del valor de las acciones debida a la delicada situación patrimonial que atravesaba la misma y que fue advertida por la parte DEMANDANTE.

Asimismo, la parte DEMANDANTE no muestra su conformidad con el 70% del valor de las acciones e informa a TLÀLOC de la necesidad de unas semanas para perfilar los detalles de las condiciones y sin el cual no se procedería a la entrega efectiva de las acciones.

4. **10 de abril.** Durante el plazo de espera, la sociedad NAZCA muestra su interés en adquirir HUACA al considerar que disponer de una filial de distribución que se encargara de los procesos de almacenamiento, de preparación de pedidos y el transporte de productos podía suponer un considerable incremento de sus ingresos. Tras realizar un estudio preliminar del mercado y comprobar que las cuentas anuales auditadas cerradas a 31 de diciembre de 2011 parecían sólidas, la sociedad HUACA resultaba su candidato idóneo.

Ante las muestras de interés por parte de NAZCA, la parte DEMANDANTE se muestra receptiva y le ofrece la adquisición de HUACA en su totalidad por un valor superior del 140% del valor contable de las acciones. Además, indica que las cuentas anuales auditadas se firmaron sin salvedades y que a fin de obtener beneficios quizá necesite una revisión de fondo y una gestión más moderna.



5. **2 de mayo.** Ante la mejor oferta ofrecida por NAZCA, se suscribe contrato de compraventa del 100% de las acciones de la sociedad distribuidora por precio del 140% del valor contable de las acciones.
6. **18 de mayo.** NAZCA comunica a CHANCAS de la apertura de un expediente sancionador a instancia de la Concejalía de Medio Ambiente del Ayuntamiento de Yahuarpampa donde se establecía una posible sanción por valor de 500.000 euros como consecuencia de unos vertidos de residuos realizado por HUACA en el río Topama.
7. **23 de mayo.** La parte DEMANDANTE niega que HUACA sobrepasara los límites permitidos en relación a los vertidos realizados en cuanto ha contado siempre con la pertinente autorización para el vertido de residuos.
8. **11 de junio.** Un informe pericial de KPMG revela que HUACA tiene problemas financieros situación ante la cual NAZCA solicita una rebaja del precio de HUACA. Ahora bien, tal y como indica la parte DEMANDANTE, el informe no es objetivo y, en cualquier caso, el precio fue fijado mediante una oferta de NAZCA en condiciones de mercado.
9. **13 de junio.** La DEMANDANTE tuvo que notificar, en razón de la salvaguarda de sus derechos, dar por resuelto el contrato de compraventa, poniendo a disposición de CHANCAS SL las acciones previo reintegro del precio más una indemnización de 17.428,5 euros. De lo contrario se iniciarían medidas legales. Una semana después el ayuntamiento de Yahuarpampa notificó a NAZCA la suspensión cautelar de la actividad de HUACA hasta que no resuelva el expediente sancionador.
10. **16 julio.** NAZCA presenta notificación de arbitraje ad hoc demandando a CHANCAS, SA, así como nombra como árbitro a D. XXX cuya declaración de independencia e imparcialidad se adjunta en la notificación.
11. **14 de agosto.** CHANCAS presenta su respuesta a la notificación de arbitraje y nombra a su árbitro correspondiente y adjunta su declaración de independencia e imparcialidad, D. YYY.
12. **14 de septiembre.** Las partes solicitan a la CORTE DE ARBITRAJE DE LA CÁMARA DE COMERCIO E INDUSTRIA DE MADRID que ejerza sus funciones como autoridad nominadora nombre al Presidente del Tribunal Arbitral.
13. **28 de septiembre.** La Comisión de designación la Corte de Arbitraje de Madrid actuando en calidad de autoridad nominadora designa como Presidente del Tribunal a la Árbitro Dña. ZZZ y adjunta su declaración de independencia e imparcialidad.
14. **5 de octubre.** El Tribunal Arbitral dicta la ORDEN PROCESAL N°1 en la que fija el calendario provisional del arbitraje y delimita los asuntos que serán tratados.
15. **15 de octubre.** NAZCA, SA y de TLÁLOC CORP, presentan solicitud de participación en el procedimiento de TLÁLOC, así como de la ampliación subjetiva y objetiva del

ámbito de la demanda. Además adjuntan la notificación de solicitud de participación y ampliación del objeto de la demanda donde se identifica como DEMANDANTES a NAZCA, SA y a TLÁLOC, CORP; y como DEMANDADOS a CHANCAS, SL junto con señores Atahualpa Inca, Huáscar Huallpa y Blas Valera. Mediante la notificación TLÁLOC se somete a la jurisdicción del Tribunal Arbitral.

- 16. 22 de octubre.** El Tribunal Arbitral dicta la ORDEN PROCESAL N°2 donde antes de fijar el calendario definitivo se decide otorgar un turno de réplica preliminar a los DEMANDADOS ante la solicitud adicional presentada por los DEMANDANTES.
- 17. 29 de octubre.** Los DEMANDADOS presenta respuesta a la notificación de solicitud adicional negándose a la ampliación del ámbito subjetivo y objetivo y a la participación de TLÁÑOC, CORP.
- 18. 6 de noviembre.** Se emite el ORDEN PROCESAL N° 3 donde queda establecido el calendario definitivo, así como se delimita que asuntos se van a tener que tratar en el litigio arbitral. La ORDEN PROCESAL N° 4 es el último acto procesal emitido por este tribunal.

## COMPETENCIA Y JURISDICCIÓN DEL TRIBUNAL

### **I. EL TRIBUNAL ABRITRAL NO ES COMPETENTE PARA DECIDIR SOBRE LAS CUESTIONES PLANTEADAS**

- 19.** En el presente apartado pondremos en conocimiento del Tribunal que carece de competencia para conocer el asunto planteado de acuerdo con la naturaleza convencional de la cláusula arbitral y por tanto solo puede tener conocimiento del conflicto entre CHANCAS y NAZCA (A), siendo improcedente el conocimiento de las acciones acumuladas tanto objetivamente (B) como subjetivamente (C).
- 20.** De acuerdo con el contenido de las cláusulas arbitrales reproducidas en el escrito de demanda relativa a la sede del arbitraje, Matrice, Madre Patria, y la *lex arbitri* aplicable a este procedimiento el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI revisado en 2010 (en adelante RA) es. El Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI sigue las previsiones de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional (en adelante LMA) con las enmiendas aprobadas en 2006.

### **A. EL TRIBUNAL SOLO ES COMPETENTE PARA CONOCER EL CONFLICTO ENTRE NAZCA Y CHANCAS.**

- 1.** *La naturaleza de una cláusula arbitral es convencional y sólo obliga a las partes signatarias de acuerdo con el principio de relatividad de los contratos*

21. La naturaleza de una cláusula convencional es contractual, algo indiscutible y aceptado por la doctrina y los tribunales de los Estados, por lo que le es aplicable el principio de relatividad de los contratos [CAIVANO].
22. Este principio se funda en que la fuerza obligatoria de los contratos tiene fundamento en la voluntad de las partes, y por consiguiente no puede tener eficacia ni producir efectos respecto de quienes no han prestado su consentimiento. En el ámbito del arbitraje, el efecto de este principio es evitar la intervención forzosa de quien no ha prestado su consentimiento a la cláusula arbitral contenida en un contrato. La jurisdicción arbitral tiene su base en la voluntad de las partes a someterse a la misma, sin esa voluntad no hay fundamento para legitimar el arbitraje como método extrajudicial de resolución de conflictos. En consecuencia, al ser un contrato, éste se rige por la doctrina de la autonomía de la voluntad y el convenio arbitral debe ser respetado e interpretado en sentido restrictivo, no permitiendo que se extienda a quienes no han manifestado su voluntad de someterse a arbitraje [TRAZEGNIES].
23. En definitiva y en virtud de lo expuesto, el tribunal solo puede llamar al arbitraje a quienes suscribieron la cláusula arbitral contenida el contrato de Compraventa de acciones de 2 de mayo de 2012 es decir a CHANCAS, SL como demandado y a NAZCA, SA como demandante.

***2. Los términos amplios de un cláusula arbitral no permiten automáticamente la intervención de sujetos no signatarios contra su voluntad***

24. Si bien las cláusulas contenidas en el contrato de compraventa y en el acuerdo marco son idénticas, recogiendo la cláusula modelo de la CNUDMI,
25. esto no es óbice para ampliar el ámbito subjetivo de la cláusula arbitral sino que de acuerdo con el *INFORME DELVOLVÉ* en nuestro caso tenemos dos contratos que contienen cada uno una cláusula arbitral entre partes distintas y con objetos diferentes.
26. Pero lo relevante del Informe es que exige la voluntad de todos los suscriptores del convenio arbitral para que las controversias se diriman en un solo procedimiento, y este no es el caso debido a que los tres socios demandados no creen en la conveniencia de la acumulación objetiva. Consecuencia de esta ausencia de voluntad por parte de mis representados obliga a que se tengan que realizar dos procedimientos separados sobre la base de cada cláusula arbitral. Este criterio se aplica incluso si las cláusulas están redactadas en términos idénticos.
27. Por tanto los tres socios en ningún momento, como alegan los demandantes, rehúyen de celebrar un procedimiento arbitral, sino creen que es más conveniente la celebración de instancias independientes. Esto significa que en todo momento actuaron de acuerdo al principio de buena fe y concretamente al deber de lealtad negocial, al contrario de lo que argumentan NAZCA y TLÁLOC.

**3. *La consolidación de ambos procedimientos supondría la vulneración de la naturaleza convencional que legitima la realización de todo arbitraje.***

28. La jurisdicción arbitral gira entorno a la autonomía de la voluntad, en consecuencia todo tribunal arbitral recibe su investidura de los convenios pactados por las partes. De este modo la acumulación automática supondría matar el arbitraje en tanto que institución que tiene su origen y fundamento en el convenio y en la voluntad, siendo por tanto el remedio más nocivo (...) [GRIEDER]. Y por otra parte, tampoco puede predicarse que la extensión de las consecuencias del acuerdo arbitral a terceros pueda hacerse de manera automática ni que esta conclusión pueda ser universalmente aplicada [CAIVANO].
29. En conclusión no se puede proceder a la acumulación sin el consentimiento de los terceros que no han sido signatarios de la cláusula arbitral que ha dado origen del actual arbitraje. Ésta fue la solución dada en el CASO ADGAS donde el subcontratista no dio su consentimiento.

**B. CONSECUENTEMENTE, EN PRIMER LUGAR NO PROCEDE LA ACUMULACIÓN OBJETIVA**

**1. *Objetivamente son contratos de naturaleza distinta, con fines y con propósitos distintos***

30. El Contrato de Compraventa de Acciones es de carácter más comercial ya que su objeto era regular una transmisión de acciones, mientras que el Acuerdo Estratégico tenía por objeto regular las relaciones generales de todos los empresarios participantes. Es más el Contrato de 2 de mayo tenía un propósito muy concreto y delimitado, en cambio el Acuerdo Estratégico fue adoptado en el año 1995 y renovado posteriormente, como se expuso en los hechos, por tanto configura una relación prolongada en el tiempo, y con propósitos muy amplios reflejados en la sindicación de voto o la cláusula de desinversión que contempla un derecho de adquisición preferente sobre las acciones [d.s.ad. n°2], de naturaleza societaria clara e indiscutiblemente.
31. Además TLALOC no puede negar dicha naturaleza debido a que era plenamente consciente de la existencia de cuestiones societarias en el Acuerdo Estratégico, porque de lo contrario no hubiera pactado con mis representados la CLÁUSULA X, relativa a la ley aplicable, donde expresamente admite que se sujetaran “en las materias propiamente societarias, al Derecho de Andina” [d.s.ad. n°2]. En consecuencia la afirmación de que lo que se exige es de índole contractual es una desvirtuación que pretenden los demandados con el ánimo de conseguir una acumulación innecesaria y a todas luces improcedente. Ésta, sólo conllevaría a la infracción de los principios de buena administración de justicia y economía procesal por la divergencia en la naturaleza de las controversias. Además de que supone una infracción de la doctrina del *stoppel* o *venire contra factum proprium* por parte de TLALOC, implícita en el principio de buena fe.

**2. *La mera realización de actos relacionados con el hecho sometido al arbitraje no es suficiente para acumular los procesos arbitrales***

32. Al contrario de lo alegado por los demandantes no cabe hacer extensivo el pacto de arbitraje a terceros aunque éstos no lo hayan suscritos porque hayan realizados actos relacionados con el convenio que incorpora el pacto arbitral, o si en cualquier forma su conducta se entiende como un sometimiento al convenio arbitral [ZAMORA].
33. Este motivo debe decaer debido a que los terceros llamados son los administradores de CHANCAS, es decir, en la conclusión del Contrato de Compraventa de 2 de mayo por la que se vendieron el 100% de las acciones de HUACA actuaron en nombre y por cuenta ajena en virtud de ese cargo. En cambio en el presunto y dudoso incumplimiento del Acuerdo Estratégico los terceros llamados actúan en su propio nombre como empresarios. Por tanto, resulta sorprendente que se pretenda la acumulación cuando las consecuencias de los distintos presuntos incumplimientos de los acuerdos son tan diferentes. En una, la responsabilidad es únicamente societaria, porque fue la sociedad la vendedora de HUACA y no los socios, detalle importante y que los demandantes han olvidado; y en la otra un incumplimiento del Acuerdo supondría la actuación de la responsabilidad personal de los tres socios.
34. Por tanto los demandados desvirtúan de nuevo los hechos omitiendo que en las distintas actuaciones de los terceros se realizaron en virtud de distintas posiciones jurídicas que pueden ser separadas e identificadas, no constituyendo un *totum revolutum*. Los actos son perfectamente separables por lo que la exclusión del conflicto entre CHANCAS, los socios de ésta, y TLALOC no es injusta e inadecuada porque los socios/administradores en ningún momento intentan evadir sus responsabilidades. En cualquier caso, el Tribunal al denegar la acumulación no está consintiendo una conducta fraudulenta [BULLARD] por parte de mis representados.

**3. *En definitiva, los objetos de las controversias son divisibles y no existe peligro de producirse laudos contradictorios porque las distintas peticiones no son excluyentes.***

35. De acuerdo con la doctrina mayoritaria, el problema de los litigios multipartitos se centra en evitar la contradicción o la inconciliabilidad de laudos resultante de una pluralidad de instancias que tienen por objeto pretensiones entre las cuales existe una conexión indiscutible o un nexo suficiente. Uno de los problemas que se plantea en estos casos consiste en determinar cuándo ese nexo, existente entre las distintas pretensiones, se considera suficiente para poner en marcha los mecanismos que impidan la señalada contradicción [GRIEDER].
36. En nuestro caso no se da este nexo suficiente para realizar un único procedimiento porque, como hemos explicado supra [vid. (2) del presente apartado], las actuaciones sobre todas las partes son divisibles, pero lo más importante es que sus pretensiones son distintas. La resolución de los distintos conflictos ante instancias separadas no produciría un riesgo, ni potencial ni real, de contradicción de laudos. Esta afirmación radica en

que el demandante, NAZCA solicita la restitución de las prestaciones derivadas de las obligaciones del contrato de Compraventa, concretamente la dineraria; y el codemandante, en ningún momento solicita que le sea otorgado el control sobre el 50% de las acciones de HUACA que presuntamente había adquirido, sino el pago injustificado de la cláusula penal inserta en el Acuerdo Estratégico.

37. En definitiva las pretensiones no son excluyentes una de otra sino que pueden perfectamente ser tratadas en dos procedimientos arbitrales diferentes. Es más, este principio de indivisibilidad, o mejor dicho, este medio tendente a evitar la contradicción de decisiones, no debería aplicarse cuando pugne con un principio jerárquicamente superior como es el de la autonomía de la voluntad.

### **C. Y EN SEGUNDO LUGAR, NO PROCEDE LA ACUMULACIÓN SUBJETIVA EN LA PARTE DEMANDADA NI DEMANDANTE**

*1. Los demandados actúan en todo momento de buena fe y respetando la prohibición de “non concedit venire factum propium” ya que no rechazan el arbitraje de forma absoluta.*

38. Los tres socios son plenamente conscientes de la legítima expectativa que tiene TLALOC de que mis representados están dispuestos a arbitrar [BULLARD]. Si bien esta legítima expectativa tiene su fundamento y justificación en la suscripción por las partes del convenio arbitral incorporado en el Acuerdo Estratégico suscrito por las partes del mismo.
39. Por tanto admitimos la existencia de una cláusula arbitral en el Acuerdo y admitimos la expectativa de TLALOC para dirimir las controversias mediante el arbitraje, siendo para ambos el medio más efectivo de resolución. No obstante tan solo, como hemos explicado supra, los socios se oponen a la acumulación de los procedimientos, y en ningún dicha oposición se puede entender como una conculcación de la buena fe ni una falta de respeto a la prohibición *non concedit venire factum propium*.

*2. El art. 17.5 Reglamento de CNUDMI no puede ser aplicado porque primero los terceros invitados no son parte en el acuerdo, y en todo caso la intervención de los mismos sería perjudicial para los terceros*

40. La acumulación subjetiva invocada por los demandantes por medio del art. 17(5) RA es improcedente. De acuerdo con el tenor de este artículo los terceros pueden intervenir en el arbitraje siempre que los mismos sean parte del convenio arbitral. El fundamento del presente arbitraje radica en la cláusula de arbitraje contenida en el Contrato de Compraventa. Esto conlleva a rechazar automáticamente la intervención de los tres socios como parte en el presente arbitraje.
41. Y en el caso de que fuese admitida dicha intervención debemos advertir al Tribunal su perjudicialidad para los terceros porque se violaría el principio procesal de igualdad de

trato de las partes por no poder los tres socios fundadores de CHANCAS no poder hacer valer todos sus derechos relativos a la composición del Tribunal Arbitral, concretamente a la participación en la designación de su árbitro.

42. Este derecho a nombrar un árbitro, es un derecho esencial de toda parte, y un elemento básico en todo proceso arbitral contemplado en el RA y al que mis representados fueron privados. Los demandados no pueden sufrir este perjuicio por la elusión de la cláusula a la que son parte los demandantes, aunque las cláusulas sean idénticas.

**II. EN CASO DE ADMISIÓN DE LA ACUMULACIÓN LA COMPOSICIÓN DEL TRIBUNAL NO ES VALIDA Y ES COMPETENTE LA AUTORIDAD NOMINADORA PARA REALIZAR EL PROCESO DE CONSTITUCIÓN CORRECTAMENTE CONFORME AL ART. 10 RA.**

43. En caso de admisión de la acumulación de procedimientos esta parte se encuentra con la obligación de poner de manifiesto ante este Tribunal que: que en primer lugar el Tribunal fue constituido de conformidad a las reglas previstas para un proceso arbitral entre dos partes (A), y en segundo lugar, es de aplicación el art. 10(3) RA según el cual es necesaria la intervención de la Corte de Arbitraje de Madrid, siendo la autoridad nominadora elegida por las partes en todos los convenios arbitrales suscritos (B).

**A. EL TRIBUNAL SE CONSTITUYÓ EN EL CONTEXTO DE UN PROCESO ARBITRAL AD HOC ENTRE DOS PARTES**

44. En el caso de que el Tribunal estime la procedencia de la acumulación objetiva y subjetiva estaríamos ante un arbitraje con pluralidad de partes. Ante esta situación se deben aplicar las normas contenidas al respecto en el RA, concretamente el art. 10. La composición de este Tribunal se realizó de acuerdo a las reglas del art. 9, es decir, se configuró como un Tribunal arbitral “ad hoc” entre dos partes únicamente, de la forma en que se relata en los hechos del presente escrito.
45. El apartado primero del art. 10 contempla que “*A los efectos del párrafo 1 del artículo 9, cuando se hayan de nombrar tres árbitros y exista pluralidad de demandantes o de demandados, a menos que las partes hayan convenido en valerse de otro método para el nombramiento de los árbitros, las diversas partes actuarán conjuntamente, en su condición de demandantes o de demandados, para el nombramiento de su respectivo árbitro.*”. Por tanto la composición de este Tribunal no es válida y no puede, en consecuencia, entrar a conocer el fondo de las controversias.
46. Ni los socios ni TLALOC pudieron intervenir en el nombramiento de los árbitros que constituyen el Tribunal Arbitral de forma conjunta con CHANCAS y TLALOC respectivamente. En consecuencia procede la aplicación del párrafo 3 del art. 10 por lo que se debe proceder a la disolución del Tribunal y ser la autoridad nominadora pactada la que debe realizar el nombramiento.

**B. LA AUTORIDAD NOMINADORA ES COMPETENTE PARA DISOLVER EL TRIBUNAL Y NOMBRAR A SUS TRES MIEMBROS DE NUEVO [ART.10(3)]**

*1. Los demandados realizan una lectura interesada de los hechos y actúan en contra del principio de buena administración de justicia*

47. Al contrario de lo que argumentan los demandantes el Tribunal Arbitral, efectivamente la Corte de Arbitraje de Arbitraje de Madrid, actuó pero en virtud del art. 9 configurándose como un Tribunal *ad hoc* válidamente constituido para entrar a resolver el conflicto entre únicamente dos partes. Dicho esto, los demandantes como no, vuelven a realizar una lectura interesada de los hechos atentando contra la institución del arbitraje dado que impiden que en el presente proceso rija el principio de buena administración de justicia, manifestándose así la mala fe de NAZCA y TLÁLOC.
48. Con pleno respeto a este Tribunal, que fue válidamente constituido y consecuentemente investido de la potestad jurisdiccional que le otorga la cláusula arbitral suscrita por las dos partes iniciales en el proceso, debe ser disuelto en este momento. La disolución es necesaria y está justificada en cuanto NAZCA interesó la entrada en el proceso de un tercero, TLÁLOC como codemandante, y en consecuencia del acto procesal anterior debían ser llamados los tres socios de CHANCAS como restantes suscriptores del convenio arbitral contenido en el Acuerdo Estratégico.
49. Todos ellos entran como terceros y en ningún punto del escrito de demanda los actores han alegado ninguna de las causas tasadas por la jurisprudencia arbitral por las que cabría hacer extensiva a las partes el convenio arbitral, pudiéndose ser considerados no como terceros sino como asimilados a las partes [CAIVANO], o lo que es lo mismo no demuestran esa vinculación del tercero al convenio arbitral no suscrito por él, debido a que ello no depende solo de la amplitud del convenio arbitral, sino fundamentalmente, de la existencia de un nexo suficiente que implique que un tercero actúa con el mismo título que una parte [GRIEDER] . En definitiva al ser terceros deberían haber intervenido en el nombramiento de los árbitros que componen este tribunal, al no ser así, es necesario aplicar el art. 10.3 RA.

*2. La Corte de Arbitraje de Madrid, como autoridad nominadora, es el órgano competente para constituir correctamente el Tribunal.*

50. De acuerdo con el art. 2(d) del Estatuto de la Corte de Arbitraje de Madrid, dicha Corte actuará como autoridad nominadora siempre y cuando el procedimiento no se rija por su *Reglamento*, como es nuestro caso donde las partes en ambos acuerdos arbitrales eligieron como *lex arbitri* el RA.
51. Expuesto lo anterior queda claro que las partes deben actuar procesalmente de conformidad a las normas del RA y en el caso de arbitrajes con múltiples demandados y de-

mandantes someterse a lo establecido por el art. 10. Concretamente el párrafo tercero porque según los hechos nos encontramos en el supuesto descrito en dicha norma: *En caso de que no se consiga constituir el tribunal arbitral con arreglo con el presente Reglamento, la autoridad nominadora, a instancia de cualquiera de las partes, constituirá el tribunal arbitral, y al hacerlo, podrá revocar todo nombramiento ya realizado y nombrar o volver a nombrar a cada uno de los árbitros y designar al que haya de ejercer las funciones de presidente.* Por tanto no cabe duda que al contrario de lo que intenta alegar la parte demandante la Corte de Arbitraje de Madrid, como Autoridad Nominadora es el órgano competente para constituir y salvaguardar la correcta composición del Tribunal Arbitral en caso de procesos con múltiples partes para cuando no llegan a un acuerdo respecto con los nombramientos.

52. La conclusión alcanzada viene reforzada por el texto de la CNUDMI, Recomendaciones para ayudar a las instituciones arbitrales (...) publicado en 2012, en su párrafo 46 específica que *la facultad de la Autoridad Nominadora para constituir el Tribunal se formula en términos amplios en el párrafo 3 del artículo 10, con el fin de abarcar todas las posibilidades en que no se logre constituir el tribunal conforme el Reglamento (...).* Esta facultad amplia en caso de arbitrajes con múltiples partes se ha convertido en un principio vital importancia como en el caso *BKMI and Siemens v. Dutco, Tribunal de Casación de Francia, 7 de enero de 1992.*

**V. NO TODAS LAS PRETENSIONES DE LAS PARTES TIENEN POR OBJETO MATERIAS SUSCEPTIBLES DE ARBITRAJE Y EL TRIBUNAL NO POSEE JURISDICCIÓN NI SOBRE TODAS LAS PARTES NI SOBRE TODAS LAS CONTROVERSIAS**

53. No todas las controversias objeto del presente proceso son materias arbitrables (A) y un laudo que resolviera todas las controversias acumuladamente incurriría en diversos motivos de denegación de reconocimiento y ejecución de un laudo de acuerdo al art. V CNY concretamente desarrollados en las disposiciones del art. 36(1)(a, b) LMA (B). Consecuentemente y en conclusión el tribunal no posee jurisdicción ni sobre todas las partes ni sobre todas las controversias (C).

**A. NO TODAS LAS CONTROVERSIAS SON SUSCEPTIBLES DE ARBITRAJE**

54. Como indicamos ya en el escrito de respuesta a la solicitud adicional la controversia que se deriva del presunto incumplimiento del Acuerdo Estratégico tiene una naturaleza esencialmente societaria. La cuestión del derecho de adquisición preferente a favor de TLALOC es una de esas materias que en el caso de ser sometida a arbitraje, el Tribunal se adentraría en terrenos afectados por intereses generales, o más concretamente, y a lo que esta parte más le interesa poner de manifiesto, en políticas legislativas de especial protección para el estado de Andina [*FERNÁNDEZ/ARENAS/DE MIGUEL*].
55. En principio el árbitro no debe observar ni es el defensor de un ordenamiento jurídico nacional concreto, ya que su jurisdicción no le es investida en virtud de ningún estado

sino en virtud del convenio arbitral suscrito por las partes, y en consecuencia debería limitarse al mismo donde las cuales establecen y delimitan que concretas materias se deben tratar en el arbitraje.

56. No obstante lo anterior, y como bien recalca la profesora *CASTELLANOS RUÍZ* otra cuestión es que el árbitro se plantee el futuro reconocimiento y la ejecución del laudo. Y es en este punto donde esta parte quiere revelar a este Tribunal que respecto al derecho de adquisición preferente debe tener muy presente el terreno en que ha entrado y lo que implica tratar con materias intervenidas por una atención especial en Andina [*FERNÁNDEZ/ARENAS/DE MIGUEL*]. Concretamente para el país potencial de ejecución este conflicto se inserta dentro de una materia afectada por el orden público, que no es otra que la protección de los terceros respecto de los pactos parasociales, cuestión tratada por normas de derecho imperativo y por la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Andina. Por tanto no es una materia de libre disposición. En este contexto, se ha entendido que la justicia arbitral sólo puede operar cuando los derechos en conflicto son de libre disposición por su titular, es decir, que frente a ellos exista la libertad de renuncia en un todo (...). Esta libertad de renuncia está determinada por la naturaleza misma del derecho y corresponde al legislador establecer en qué casos ésta es posible (...) [*Corte Constitucional, Sentencia C-098 de 2001, Bogotá*].
57. En conclusión el tribunal solo podrá a entrar a valorar la cuestión del incumplimiento del Contrato de Compraventa para que su actividad sea acorde al principio de buena administración de justicia y el laudo resultante sea susceptible de reconocimiento y ejecución.

**B. UN LAUDO QUE RESUELVAN TODAS LAS CONTROVERSIAS ACUMULADAMENTE INCURRIRÍA EN LA INFRACCIÓN DEL ART. V Y EL ART. 36 LMA**

58. El laudo por el que se finalice un procedimiento acumulado de todas las partes y controversias devendría no reconocible ni ejecutable en el país del domicilio de la sociedad discutida que es el estado de Andina.
59. Esta afirmación viene refrendada por lo expuesto en todos los apartados anteriores. Por un lado, por la infracción del art. 36(1)(a) LMA en su apartado tercero, en la medida en que sí se aceptará la acumulación objetiva estaríamos ante un laudo que excede del ámbito de aplicación material acordado en la cláusula arbitral del Contrato de Compraventa de acciones; y en su apartado cuarto, debido a que la no intervención de la Corte de Arbitraje de Madrid según lo previsto en el art. 10(3) RA supondría una vulneración de lo pactado por las partes relativo a la composición del tribunal. Y por otro, la inobservancia de las normas imperativas y la doctrina jurisprudencial de Andina en lo relativo al derecho de adquisición preferente contenido en un pacto parasocial contravendría el orden público de dicho Estado, violando así el art. 36 (1)(b)(ii) LMA.

## **ARGUMENTOS SOBRE EL FONDO DE LAS CONTROVERSIAS**

### **IV. LA LEY APLICABLE A TODAS LAS CONTROVERSIAS ES EL DERECHO DE ANDINA**

**60.** En el presente apartado vamos a dar cuenta a este Tribunal de cuál es el derecho aplicable al contrato de compraventa de acciones realizado entre NAZCA y CHANCAS el 2 de mayo de 2012 (A), al Acuerdo Estratégico suscrito en todo TLÁLOC Corp., Atahualpa Inca, Huáscar Huallpa y Blas Valera (B).

#### **A. EL DERECHO APLICABLE AL CONTRATO DE COMPRAVENTA ENTRE NAZCA Y CHANCAS NO PUEDE SER DISTINTO DEL DERECHO ANDINA.**

**1.** *La imposibilidad de aplicar la CIM se justifica en el objeto del Contrato de 2 de mayo de 2012, el 100% de las acciones de HUACA, bienes expresamente excluidos en la norma [art. 2(d)]*

**61.** La CIM contempla en el art. 2 unas delimitaciones negativas de su aplicabilidad por razones políticas y técnico-jurídicas [OLIVA]. Una razón muy importante que se ha aportado para justificar la existencia de dicha exclusión es que la compraventa de las acciones plantea problemas concretos que habitualmente son regulados por las normas de derecho interno obligatorias y especiales. Para evitar el conflicto entre dichas normas y la CIM, este tipo de venta ha sido excluida del ámbito de aplicación del texto uniforme [SCHLECTREIM].

**62.** Todos estos criterios doctrinales han sido acogidos por la jurisprudencia tanto de tribunales nacionales como arbitrales, por ejemplo, en la sentencia de *République et Canton de Genève, Cour de Justice (Chambre civile)* se resolvió la controversia entre una empresa panameña y varias personas domiciliadas en el Reino Unido referente a la venta de las acciones de una empresa constituida en Côte d'Ivoire. El tribunal observó que la CIM no era aplicable debido a que la Convención no se aplicaba a las compraventas de valores mobiliarios, títulos o efectos de comercio y dinero (artículo 2 d) de la CIM) [CASO CLOUT N°260].

**2.** *Además al ser una bienes excluidos de la CIM significa que sus disposiciones no fueron redactadas para regir esta clase de negocios y por tanto es imposible realizar una interpretación correctora de las mismas*

**63.** Con motivo de esta exclusión expresa de regulación de esta clase de compraventas en su art. 2(d), las normas de la Convención no están pensadas para regular esta clase de

transacciones con motivo de la existencia de normas especiales en los distintos ordenamientos jurídicos nacionales dispares entre sí [*FERRARI*].

64. En consecuencia no es posible realizar una interpretación correctora de las disposiciones de la CIM en especial las que se refieren a la falta de conformidad, ni el uso específico ni ordinario de las mercaderías. Esto solo supondría realizar una interpretación extremadamente forzosa y no acorde al art. 7 CIM debido a que la venta de acciones no es susceptible de uniformidad en su aplicación por la intervención de los distintos intereses públicos de los estados. En definitiva la aplicación de la CIM derivaría en un laudo a todas luces irracional y lo que es más importante es que no es ejecutable en el país del domicilio de la sociedad debido a que no observaría las concretas sensibilidades locales existentes en materia de compraventa de acciones.
65. Además de que los demandantes en ningún momento dan solución a estas cuestiones interpretativas y que constituyen el fundamento de sus alegatos para defender el incumplimiento según la CIM.

***3. La cláusula opting in supone una manifestación del principio de autonomía material, conforme al art. 6 del texto uniforme, pero dicha manifestación no es ilimitada.***

66. Sin menospreciar la facultad que ostentan las partes en virtud de su autonomía material [art. 6 CIM] para elegir regular una determinada relación contractual a través de la CIM, a pesar de cuyo objeto es uno de los bienes excluidos expresamente en los artss. 2 y 3. Esta parte de acuerdo con el principio de buena fe, con pleno respeto a este Tribunal, y a la institución del arbitraje quiere poner de manifiesto la no conveniencia de la CLÁUSULA XIII del Contrato porque ello supondría que el laudo que pusiera fin a la controversia correría el riesgo de no llegar a alcanzar efectos en el país de ejecución por entrar en conflicto con normas especiales.
67. Este es nuestro caso, donde la compraventa de acciones requiere que se contemplen las normas correspondientes al país del domicilio de la sociedad objeto de la venta por razones de la insustituibilidad de la empresa, la complejidad de su actividad, y de las conexiones de los activos que la integran. Es precisamente esta instrumentalización del negocio jurídico a través de acciones que hace imposible obviar su transcendencia societaria, que también aprecia la parte demandante en su escrito de demanda.

***4. Descartada la aplicación de la CIM, es de aplicación el Derecho de Andina, pero en ningún caso se aplicará el Derecho Cervantia porque se atendería contra el orden público de ese estado.***

68. La autonomía de voluntad de las partes a la hora de elegir la ley aplicable es un principio internacionalmente aceptado por la doctrina jurisprudencial arbitral y de los tribunales nacionales. Si bien esta libertad de elección tiene que acotarse a la buena fe, a la legalidad y al orden público [*REDFERN/HUNTER/BLACKABY*]. En atención a estas tres limitaciones, la elección y consiguiente aplicación de esta segunda lex contractus podría

tener como resultado un laudo que no pudiera ser susceptible ni de reconocimiento ni de ejecución por contravenir al orden público o a la legalidad de Andina.

69. En conexión con los epígrafes precedentes, la controversia trasciende de la naturaleza meramente contractual alcanzando naturaleza societaria, por tanto la ley aplicable deja de ser disponible por las partes y pasa a ser aquella que rige la sociedad. Esta es la única opción posible en tanto en cuanto no es posible acudir al derecho de Cervantia para determinar todo los problemas relativos al presunto incumplimiento por parte de mis representados. Dentro de estos problemas es preciso hacer especial hincapié en si las Cuentas Anuales de HUACA cumplen lo señalado respecto a qué concreto Plan de Contabilidad, y si existe o no procedimiento sancionatorio o expediente de investigación en el momento de la celebración del contrato a la luz de qué ordenamiento jurídico el andino o el cervantino. Como vemos, utilizar una ley distinta al Derecho de Andina solo conllevaría, con toda seguridad, a la no ejecución del laudo.
70. Además, todos los elementos fácticos del caso apuntan al estado de Andina. En primer lugar, la empresa compradora opera en el mercado de ese país a través de una participación conjunta en una productora de aceites, segundo el objeto de la compraventa es una distribuidora de nacionalidad andina, y los defectos se fundan en cuestiones de política legislativa de ese país.
71. En conclusión solo es posible la aplicación del derecho de andina por ser la legislación más acorde con los elementos fácticos y jurídicos con relevancia en la presente disputa.

**B. EN CASO DE QUE EL TRIBUNAL SE CONSIDERE COMPETENTE PARA CONOCER LA CONTROVERSIA RELATIVA AL ACUERDO ESTRÁTEGICO LA LEY APLICABLE ES EL ORDENAMIENTO DE ANDINA**

72. El acuerdo estratégico es claramente de naturaleza societaria, en cuanto en sus estipulaciones versa sobre los temas de adquisición preferente en el supuesto de desinversión así como de la sindicación de voto. Estas son materias estrictamente societarias y no encuentran respuesta en el derecho uniforme. Estas materias son de regulación especial en los distintos ordenamientos nacionales y por ello no existen normas societarias ni instrumentos internacionales uniformes que traten estas materias.

***1. El hecho de que el acuerdo estratégico verse sobre cuestiones societarias sí es relevante a los efectos del presente conflicto***

73. Al contrario de lo que alega la parte demandante el hecho de que el acuerdo verse sobre determinadas cuestiones societarias es relevante a efectos de la controversia que aquí se suscita. Las cláusulas que versan sobre la sindicación de voto o la oferta previa a las otras partes en caso de transmisión de una participación significativa en alguna de las sociedades no afecta únicamente a las partes firmantes dentro de sus obligaciones contractuales, también se ven involucrados los intereses de la sociedad y la protección de los terceros

74. La parte demandante intenta inútilmente alegar la naturaleza contractual de la cláusula al derecho de adquisición preferente [CLÁUSULA VIII]. Pero únicamente tiene naturaleza societaria y en consecuencia debemos acudir al Derecho de Andina para analizar y comprobar si la cláusula es acorde con las normas imperativas en esta materia, concretamente debe observarse el art. 654 CCom y la Sentencia del Alto Tribunal [d.r.ad. n°3].

*2. La inobservancia del ordenamiento andino supondría la infracción del art. 36(1)(b)(ii) LMA*

75. Este derecho de adquisición preferente solo podrá ser oponible entre las partes suscriptoras del Acuerdo Estratégico en la medida en que la cláusula cumple todos los requisitos exigidos por las normas imperativas andinas en esta materia. Este ordenamiento es el único a tener en cuenta debido a que las acciones objeto de la disputa pertenecen a una sociedad con nacionalidad andina. En definitiva, cualquier laudo que observe un ordenamiento distinto al de Andina vería frustrada su ejecución en dicho estado por contravenir su orden público, al existir normas imperativas que rigen esta materia, siendo indisponible por las partes. Esto es así por la especial atención que el legislador ha otorgado a esta cuestión.

*3. En caso de ser el conflicto de naturaleza contractual estamos conformes a aplicar los PRINCIPIOS DE UNIDROIT tal y como se convino en la cláusula de arbitraje. Y de conformidad con TLALOC en aplicar a las negociaciones el mismo texto uniforme.*

76. Por último en caso de considerarse por el tribunal la naturaleza contractual esta parte está conforme con la aplicación de UNIDROIT así cómo lo referido la ley aplicable a las comunicaciones mantenidas entre TLÁLOC y los socios de CHANCAS. Pero no del modo en que son aplicados por los demandantes para argumentar el incumplimiento del Acuerdo sino como esta parte alegará en su respectivo apartado.

## **XI. CHANCAS NO HA ENTREGADO EN NINGÚN CASO UNOS BIENES SOMETIDOS A DERECHOS DE TERCEROS**

77. Todo el problema relativo a la existencia o no de unos bienes sometido a derechos de terceros pasa por determinar dos aspectos fundamentales en la presente controversia: por un lado, en la existencia o no de un precontrato o no realizado entre NAZCA y CHANCAS comprometiéndose a realizar un contrato futuro cuyo objeto serían el 50% de las acciones de NAZCA.

*1. Al contrario de lo que alega la parte demandante en ningún caso TLÁLOC y CHANCAS se encontraban vinculada por un precontrato de compraventa regulado por los Principios de UNIDROIT.*

78. El artículo 2.1.15 de los Principios Unidroit establece que *las partes tienen plena libertad para negociar los términos de un contrato y no son responsables por el fracaso en*

*alcanzar un acuerdo*. Es lógica esta derivación del principio fundamental de libertad de contratación enunciado en el art.1.1 de los propios Principios para garantizar la sana competencia entre comerciantes. No tendría sentido que ante una mejor oferta hubiera de quedarse con otra de valor inferior por el simple hecho de la negociación, o mejor dicho por la existencia de solo tratos preliminares.

**2. *Las comunicaciones mantenidas entre TLÁLOC y CHANCAS son cartas de intenciones realizadas manera gradual, con el propósito de realizar una futura compraventa de acciones y asumir las consiguientes obligaciones.***

**79.** Atendiendo a las circunstancias del presente caso y a las comunicaciones realizadas entre las partes, se desprende que nos encontramos ante simples cartas de intenciones, que no llegan a culminar y frustrándose tan solo la posibilidad de llegar a concluir un contrato de compraventa futuro.

**80.** Esto es así debido a que se dejó en manos de la vendedora el fijar las condiciones finales y garantías, y estas no llegan a formalizarse, porque el vendedor en el email de fecha 08 03 2012 manifiesta expresamente que *no pueden proceder a la entrega efectiva de las acciones, en caso de no poner por escrito las condiciones*. El art. 2.1.13 de los Principios Unidroit establece que cuando en el curso de las negociaciones una de las partes insiste en que el contrato no se entenderá perfeccionado hasta lograr un acuerdo sobre asuntos específicos o una forma en particular, el contrato no se considera perfeccionado mientras no se llegue al cumplimiento de ese acuerdo. El cruce de correos no supone que se haya formado el contrato pues este exige para su formación, una declaración que incorpore todos los elementos del contrato.

**3. *Está manera de actuar de CHANCAS y sus socios a través de cartas de intenciones no vinculantes es la práctica llevada a cabo desde la suscripción del Acuerdo Estratégico originario de acuerdo con el art. 1.9.(1)(2) de los principio de UNIDROIT***

**81.** Por tanto esta parte ha actuado en todo momento de acuerdo con los usos y prácticas establecidos entre las partes desde el año 1995, momento en que establecieron una colaboración industrial y comercial entre TLÁLOC y CHANCAS. La práctica siempre ha consistido en el envío cartas de intenciones (en nuestro caso, e-mails) porque esa es la costumbre de la empresa limitada andina. Además en los 17 años de relaciones con el grupo aztequio éste nunca había manifestado inconveniente alguno respecto de esta práctica. En consecuencia el Tribunal, en ningún caso encontrará motivos para considerar esta práctica de irracional [art. 1.9(2) PCCI].

**4. *Por ello la conducta de TLÁLOC supone una infracción del art. 1.7 y 1.8 de los Principios de Unidroit***

**82.** TLÁLOC al intentar desestabilizar la relación contractual entre CHANCAS Y NAZCA alegando la existencia de un precontrato y de unos derechos sobre las acciones, además al

ir en contra de las práctica establecida entre nosotros infringe el principio de buena fe [art. 1.7 PICC] concretamente violando el principio de venire contra factum proprium al rechazar la práctica que han venido desarrollando durante tantos años.

*5. En ningún caso una cartas de intenciones tienen transcendencia patrimonial ni crear ningún derecho in rem o sobre las acciones. Pero en el supuesto de que el Tribunal acepte la existencia de un precontrato este tampoco produce efectos sobre los bienes.*

83. En el caso de la Corte Suprema Lituana (06.11.2006, 3K-P-382/2006) las partes habían entrado en negociaciones para la venta de una parcela de tierra. Después de llegar a un acuerdo preliminar sujeta a confirmación por parte de un contrato formal, una de las partes se negó a estipular el contrato definitivo, lo que llevó a la otra parte para presentar una demanda por daños y perjuicios. Observa que ni Principios de UNIDROIT y los Principios de Derecho Contractual Europeo contiene disposiciones especiales sobre los contratos preliminares, Corte se refirió al comentario del artículo 2.13 (actualmente artículo 2.1.13) ("Perfeccionamiento del contrato condicionado al acuerdo sobre asuntos específicos o una forma específica") de los Principios de UNIDROIT afirmando que "en la práctica comercial [...] es muy frecuente que después de prolongadas negociaciones, las partes firman un documento oficioso llamado " acuerdo preliminar "[...] que contiene los términos del acuerdo alcanzado hasta ahora, pero al mismo tiempo declaran su intención de prever la ejecución de un documento formal en una etapa posterior ", así como a los comentarios sobre el artículo 2.15 (actualmente artículo 2.1.15) (" Negociaciones de mala fe ") y llegó a la conclusión de que" el partido que interrumpe las negociaciones sin tener una buena razón para ello, y teniendo al mismo tiempo crea "una confianza y creencia fundada de que el contrato se celebra, debe ser calificado como la parte que se ha violado el principio de buena fe, y por lo tanto obligado a pagar daños y perjuicios causados a la otra parte que consiste no sólo de los gastos de negociación, sino también del valor de la oportunidad perdida ".
84. Nos encontramos en la misma situación, donde mi representado TLÁLOC comunicó sus intenciones de querer vender pero en ningún caso esa intención de vender puede ser interpretada como un consentimiento de un negocio jurídico aún por celebrar como es el contrato de compraventa, y mucho menos producir la transmisión efectiva de las mismas como así lo indico en su correo de 8 de abril.
85. Finalmente, la responsabilidad precontractual internacional por lo tanto queda limitada al pago de los daños y perjuicios, pero no se puede confirmar la exigibilidad de cumplimiento de las obligaciones de futuro contrato definitivo, al quedar pendientes condiciones por estipular del contrato.

## XII. CHANCAS NO HA INCUMPLIDO EL CONTRATO DE COMPRAVENTA CON NAZCA

86. Como explicamos en el apartado correspondiente a la Ley Aplicable al contrato de Compraventa de acciones debe regirse por el ordenamiento jurídico de Andina, según el cual no ha existido incumplimiento por parte de CHANCAS (A). En el caso de que el Tribunal decida obviar la fuente conexión del caso con el citado ordenamiento nacional y aplicar la CIM, CHANCAS, de igual modo no ha incumplido el Contrato (B).

**C. CHANCAS ACTUÓ EN TODO MOMENTO DE CONFORMIDAD A LO EXIGIDO POR EL CÓDIGO CIVIL Y DE COMERCIO DE ANDINA RELATIVO A LA VENTA DE EMPRESA**

**1. Según el art 390.2 CHANCAS no es responsable por defectos en la empresa objeto de venta, HUACA.**

87. El primer inciso del art. 390.2 señala que el vendedor solo será responsable cuando la evicción o los defectos afecten de manera decisiva al desarrollo de la actividad. En nuestro caso, el procedimiento sancionatorio no nos es imputable como defecto porque apareció en un momento posterior al inicio de las negociaciones y suscripción del correspondiente contrato en fecha de 2 de mayo.

88. Por otro lado, respecto de la medida cautelar por la que se ha paralizado la actividad es una consecuencia que mi representada no pudo haber tenido en cuenta durante las negociaciones del contrato. De todas formas una medida cautelar, no significa que finalmente HUACA sea privada de su actividad (no es un acto administrativo que ponga fin al proceso), y esta se debe al nuevo giro político en materia medioambiental producido tras el cambio político del país [Orden Procesal nº4] más que a la entidad de los hechos debido a que HUACA siempre ha contado con las autorizaciones pertinentes y que el procedimiento se inicia por unos vertido indeterminados por lo que una simple prueba pericial podrá demostrar que los hechos son imputables a alguna de las empresas localizadas 2km río arriba.

89. Esta parte está en condiciones para confirmar la poca entidad del procedimiento sancionatorio y en consecuencia las Cuentas Anuales se redactaron conformes al Plan General de Contabilidad al no ser procedente dejar una reserva que prevenga una posible sanción administrativa.

**2. Si bien el Tribunal considera que estos defectos afectan al desarrollo de la actividad de HUACA, CHANCAS no es responsable porque el comprador no ejerció la diligencia exigible a un ordenado empresario.**

90. De acuerdo con la Jurisprudencia ya reiterada de Andina, siendo paradigmática la STS, Caso Acllahuasi C. PACHACÁMAC, de 2 de junio de 2009, en la cual el Alto Tribunal estableció que debía entenderse por “ordenado empresario” en los casos de compraventa de empresa, osase de compra de un conjunto de bienes y derechos. El criterio, según el Tribunal, es extrapolable de las disposiciones relativas a la contraprestación no dineraria en la emisión de acciones. Al aportante se le exige que los bienes se sometan a valoración

de un experto independiente. Pero la sentencia va más allá exige en caso de emisión de acciones una mayor diligencia al comprador ampliando el principio de caveat emptor. La conclusión es que el empresario que desea adquirir una empresa debe realizar las mismas acciones que le son exigibles al vendedor para que el ordenamiento de Andina de plena protección frente a los defectos en el objeto de la compraventa. Este criterio seguido por otros ordenamientos de tradición jurídica continental o de civil law como España, cuyo Tribunal Supremo sostiene que se “desplazan al comprador de empresa los riesgos de defectos de la cosa vendida que podrían haber sido conocidos con el empleo de la diligencia ordinaria, bien porque constaba en la documentación que el comprador tuvo en su poder, bien porque podía haberse obtenido el conocimiento oportuno mediante la práctica de gestiones simples “[*Adquisiciones de Empresas. Varios Autores. Gómez Acebo & Pombo. Thomsom Aranzadi. pág. 332 y 333*].

91. No basta que el comprador confíe en el informe de auditoría exigible por la ley para las cuentas anuales por cuanto la diligencia de un adquirente no puede limitarse a comprobar que la sociedad cumple el mínimo legal establecido por la sociedad. En consecuencia de ello TLÁLOC no se puede beneficiar de la protección del ordenamiento por cuanto de los hechos se desprende que confió en la auditoría presentada por CHANCAS y no realizó una auditoría que hubiera sido lo razonable y legalmente exigido por la jurisprudencia de Andina.

**3. *En definitiva NAZCA debería haber realizado un estudio de due diligence porque al contrario de lo que alegan la parte demandante un problema medioambiental si hubiera aparecido en él.***

92. Es más el comprador realizó una auditoría una vez dados los problemas, presentada por BKMPG cuyo resultado es falso por cuanto CHANCAS manifestó al auditor que analizó sus cuentas anuales todos los datos correctamente y ajustándose a la realidad dado que en el momento de las negociaciones y en el de la perfección del contrato nazca no estaba inmerso en un procedimiento administrativo. Esto es así porque de acuerdo con el Derecho andino y los países de civil law como España un expediente de investigación es un acto de oficio de la administración no pudiéndose considerar un procedimiento debido a que no intervienen los afectados para hacer valer sus derechos.
93. El método más completo para alcanzar el conocimiento de todas las posibles vicisitudes en la adquisición de una empresa es la due diligence, ya que su proceso consiste en una detallada investigación de diferentes áreas del negocio que se quiere adquirir. El principal propósito es reducir el riesgo de la transacción aportando al comprador una evaluación independiente y detallada del negocio y revisando la existencia de posibles pasivos ocultos o contingencias en todas las áreas de estudio o revisión. Esta investigación también puede determinar posibles contingencias medioambientales al contrario de lo que alega la parte demandada. Ya que los problemas medioambientales se encuentran de actualidad en el mundo de los negocios internacionales.

94. En conclusión, este es el método y reconocido internacionalmente para conocer todos los problemas que pueda tener una sociedad que quiera ser adquirida. Y en la mayoría de ordenamientos jurídicos nacionales, prescindir de la due diligence podría ser calificado como conducta gravemente negligente por parte del comprador. Este es nuestro caso donde el Derecho de Andina exige la realización de todas las comprobaciones necesarias por parte del comprador.

**B. EN CASO DE QUE EL TRIBUNAL ESTIME APLICABLE LA CIM, CHANCAS NO INCUMPLIO EL CONTRATO DE COMPRAVENTA [art.35, 25 CIM] Y EN CONSECUENCIA NAZCA NO TENÍA DERECHO A RESOLVER EL CONTRATO [ART. 49.1.a].**

***1. CHANCAS entregó bienes conformes al contrato de compraventa [art. 35 CIM]***

95. Las acciones entregadas son conformes a lo estipulado en el contrato. En éste se establece que HUACA SA no se encuentra incurso en ningún tipo de litigio o arbitraje, o procedimiento administrativo o penal. Como ya hemos explicado en el apartado de ley aplicable que debemos considerar por procedimiento administrativo o penal solo puede resolverse en referencia a la Ley Andina. Según la cual un expediente de investigación no es un procedimiento administrativo sino que es un acto de oficio de la Concejalía de Medioambiente de Yahuaropampa.

96. Por tanto no se ha producido una disconformidad entre el estado real de HUACA y el estado que se manifestó que se tenía en el contrato no produciéndose la infracción de la calidad pactada en las mercaderías [REINHART, ART. 35, PARA.3; SCHLECHTRIEM/SCHWENZER]. En consecuencia la doctrina del aliud pro alio debe decaer. Los demandantes alegan que se da un caso de “aliud pro alio”, ¿en qué momento se entrega otra empresa diferente a la indicada? Las manifestaciones y garantías son el conjunto de declaraciones, creencias o predicciones sobre la compañía objeto de compraventa que realiza el vendedor a favor del comprador y cuyo principal efecto consiste en asignar al vendedor los riesgos previstos por ese conjunto de declaraciones, creencias o predicciones, con independencia de que el comprador los hubiera podido descubrir durante el proceso de due diligence [GILI]. En nuestro caso CHANCAS entrego una empresa no inmersa en ningún procedimiento administrativo de acuerdo con la legislación de Andina.

97. En este sentido el TS español aplica la doctrina del aliud pro alio en las SSTs, 1ª, 30.6.2000 (RJ 2000\6747) y 19.1.2001 (RJ 2001\1320): en el primer caso, el demandado había ocultado que la compañía objetivo carecía de la licencia municipal necesaria para poder llevar a cabo sus operaciones y, en el segundo, que adeudaba a la autoridad tributaria unas determinadas cantidades por impuestos impagados [GILI]. Pero esta aplicación no procede a CHANCAS por cuanto siempre ha actuado con la correspondiente licencia para realizar vertido y estaba al corriente de sus obligaciones contables siendo la auditoría de HUACA la fiel imagen de su patrimonio financiero.

**98.** Las cuentas anuales, cerradas a 31/12/2011, no pueden recoger una obligación que no ha nacido. El Plan General de Contabilidad de Andina exige la provisión de obligaciones actuales surgidas como consecuencia de sucesos pasados, siendo que no existe para HUACA dicha obligación, por no haberse iniciado el procedimiento sancionador (que se inicia el 17 de mayo de 2012) antes de la venta de acciones ocurrida el 02 de mayo de 2012.

***2. El vendedor no infringió el principio de caveat venditor sino que es el comprador quien no hubiera ignorado el expediente de investigación de acuerdo con el art. 35.3 CIM***

**99.** Esto es así por cuanto en todo momento actuó con la diligencia de un ordenado empresario presentando la auditoría de las Cuentas Anuales, tal y como exige la legislación andina.

**100.** En consecuencia y como es reconocido internacionalmente si hubiera realizado un proceso de due diligence podría haber conocido la existencia de posibles contingencias medioambientales aunque no hubiera un procedimiento sancionatorio en marcha. Este es el criterio seguido por la jurisprudencia de Andina el cual exige que en caso de compra de empresas una diligencia mayor del comprador.

**101.** Esta mayor diligencia exigida al comprador debe ser valorada por el Tribunal ya que si realiza una interpretación correctora debe tener en cuenta que el objeto de este contrato está excluido en consecuencia debe acudir sin duda al ordenamiento del domicilio de la sociedad para alcanzar un laudo justo y equitativo. Y además porque está entrando a conocer de cuestiones con incidencia societaria y en aras a respetar el art. 36 LMA y buscar la máxima efectividad del laudo.

**102.** En definitiva art. 35 no fue infringido y procede que le sea aplicado el apartado tercero de dicho artículo no tan solo porque si hubiera realizado un proceso de due diligence habría tenido conocimiento del expediente de investigación, sino también por su condición de socia con TLÁLOC a la cual se le había informado de dicho expediente.

**103.** Este argumento del deber de comunicación entre NAZCA y TLALOC tiene su fundamento en que ambas empresas, atendiendo a los hechos relatados por ambas en sus escritos de solicitud y solicitud adicional, responden a una situación de joint venture corporation. Esta afirmación se justifica en la presencia de dos socios de diferentes países, con una acción conjunta de los socios, un objetivo determinado, participación en la contribución, en los riesgos, beneficios y en el control financiero, transferencia de tecnología, agilidad y flexibilidad en la forma para adaptarse a los requerimientos de la legislación. En virtud de esta estrecha relación patrimonial entre ambas interesadas lo lógico es que se informen de un hecho tan relevante para su empresa mixta como la negociación sobre una misma empresa que operará para su filial.

**104.** En conclusión NAZCA tenía distintos mecanismos para conocer la situación de HUACA y no realizó acción alguna para cerciorarse de la misma.

### 3. En ningún caso el incumplimiento fue esencial [art. 25]

- 105.**El incumplimiento no es esencial porque no se privó sustancialmente a NAZCA de lo que legítimamente tenía derecho a esperar en virtud del contrato, y porque la supuesta privación sustancial no pudo ser razonablemente prevista por CHANCAS.
- 106.**En general, el hecho de que el vendedor no entregue mercaderías que reúnan las condiciones aplicables enunciadas en el artículo 35 constituye un incumplimiento de sus obligaciones [*CLOUT No 123, Bundesgerichtshof, Alemania, 8 de marzo de 1995*]. Pero para poder ser calificado como un incumplimiento esencial debe de reunir los requisitos de artículo 25 de CIM por su índole y peso, privando la parte perjudicada sustancialmente de lo que tenía derecho a esperar en virtud de contrato. En nuestro caso el incumplimiento alegado por NAZCA no afecta a lo más esencial del contrato y no frustra el propósito comercial de la empresa. La esencia del contrato no está en la estipulación de la garantía de que HUACA no se encuentra en ningún procedimiento administrativo, sino en aquello que afecte a la raíz o al propio fundamento del contrato. Cuestión distinta es si afectará a la operatividad de la distribuidora, ello no es así porque la empresa solo necesita una simple revisión para empezar a generar beneficios tal y como informamos en las negociaciones.
- 107.**Distintas decisiones judiciales han considerado que una falta de conformidad en materia de calidad sigue siendo un mero incumplimiento de contrato, siempre que el comprador, sin inconvenientes, pueda razonablemente utilizar los bienes o revenderlos incluso con un descuento. *CLOUT case No. 171 [Bundesgerichtshof, Germany, 3 April 1996]*; *CLOUT case No. 248 [Bundesgericht, Switzerland, 28 October 1998]*. Por otro lado, la mercadería adquirida puede revenderse haciendo un esfuerzo razonable, este criterio ha sido aplicado sensu contrario llegando a concluir que no se puede entender incumplimiento esencial, y en tal caso, no se da derecho al comprador a declarar resuelto el contrato. *CLOUT case No. 150 [Cour de Cassation, France, 23 January 1996]* (vino azucarado artificialmente); *CLOUT case No. 79 [Oberlandesgericht Frankfurt a.M., Germany, 18 January 1994]* (zapatos con piel cuarteadas). En este sentido, teniendo en cuenta los problemas surgidos con posterioridad a la perfección del contrato el comprador con una pequeña rebaja podría revender perfectamente la empresa quedando libre para ejercitar contra el vendedor otros remedios más acordes con el principio de conservación del contrato que rige en los negocios internacionales y en la propia CIM.
- 108.**Además se ha sostenido que el incumplimiento esencial debe interpretarse de manera restrictiva. Un tribunal encontró que, en caso de duda, no hay incumplimiento esencial, no debe ser aceptado *Bundesgericht, Switzerland, 18 May 2009, Internationales Handelsrecht 2010, 27*. Y este es nuestro caso.
- 109.**Finalmente y respetando el test de la previsibilidad, que se concreta en un estándar subjetivo, CHANCAS y cualquier vendedor razonable [art.8 CIM] en las mismas circunstancias no podría haber tenido en cuenta todos estos problemas en el momento de

celebración del contrato como es la paralización de la actividad a causa de un simple expediente de investigación.

**4. En consecuencia Nazca no está legitimada para resolver el contrato de acuerdo con el art. 49(1)(a)**

**109.** La CIM reconoce el derecho a resolver el contrato por la parte perjudicada, exclusivamente en los casos en que el incumplimiento radica en la infracción de una obligación esencial del contrato. Según lo expuesto anteriormente, y en el caso de que el Tribunal considere el incumplimiento del contrato, este de ninguna manera puede ser calificado de esencial.

### **XIII. EL INCUMPLIMIENTO DEL ACUERDO ESTRATÉGICO**

**110.** La controversia suscitada a raíz del Acuerdo Estratégico es puramente societaria por lo que carece de eficacia la cláusula relativa al derecho de adquisición preferente pactada por las partes. En este extremo solo es aplicable el Derecho de Andina tal y como pactaron las partes en el Acuerdo.

#### **C. LA CLÁUSULA RELATIVA AL DERECHO DE ADQUISICIÓN PREFERENTE CARECE DE VÁLIDEZ POR NO CUMPLIR LO EXIGIDO POR LA LEY Y LA JURISPRUDENCIA DE ANDINA**

**111.** De acuerdo con el art. 654.2: “*Sólo podrán imponerse restricciones a la libre transmisibilidad de las acciones cuando las mismas estén contempladas en los estatutos de la sociedad*”.

**112.** De este modo la cláusula que contempla el derecho de adquisición preferente no es válida por cuanto no está contenida en los Estatutos y sometida al régimen de publicidad registral. Dicho esto el TS de Andina ha dictaminado la no oponibilidad a terceros de estas cláusulas contenidas en pactos parasociales, Por la tanto el tercer adquirente de las acciones de Huaca, NAZCA no puede verse afectado por este derecho a favor de TLÁLOC.

**113.** Pero tampoco le es oponible a los suscriptores del pacto por cuanto este derecho preferente debería haberse previsto en los Estatutos de HUACA. Al no preverse en los estatutos de la sociedad anónima andina el pacto carece de validez para el ordenamiento de la sociedad vendida.

#### **D. COMO CONSECUENCIA DE LO ANTERIOR NO HA EXISTIDO INCUMPLIMIENTO DEL ACUERDO ESTRATÉGICO**

**114.** Al no ser válida la cláusula que contiene el derecho de adquisición preferente, TLÁLOC no puede insistir en un incumplimiento del Acuerdo Estratégico porque esta materia deja de ser disponible por las partes y no es posible apartarse de las normas imperativas (art.654) acudiendo a normas uniformes como los Principios Unidroit.

**115.** Finalmente no se puede exigir el pago de la cláusula penal por no haber incumplimiento.

#### **XIV. NAZCA NO TIENE DERECHO A SOLICITAR LA INDEMNIZACION POR DAÑOS Y PERJUICIOS**

**116.** Conforme con lo acreditado en nuestra argumentación, NAZCA no tiene derecho a ser indemnizada por el valor de la pérdida sufrida y de la ganancia dejada de obtener, aplicando el art. 74 CIM, como alegan la parte demandada.

**117.** La Convención en el citado artículo prevé el pago por los daños y perjuicios en caso de incumplimiento de contrato y de un concepto de responsabilidad objetiva. No se basa en la culpa o en la negligencia de la parte incumplidora para solicitar la indemnización, es suficiente comprobar el incumplimiento contractual y el nexo causal entre ello y el daño causado. Se trata de una regla que establece una responsabilidad objetiva y no subjetiva, por lo que no se basa en la culpa o en la negligencia de la parte incumplidora como base para solicitar la indemnización.

**118.** Por lo tanto y según lo expuesto en la argumentación correspondiente al fondo de asunto, queda plasmado que CHANCAS no ha incumplido ninguna de las obligaciones del contrato de compraventa y en conclusión el tribunal debe de desestimar la petición de NAZCA del pago por los daños y perjuicios sufridos como consecuencia de incumplimiento de obligación contractual que no llego producirse, como se expuso anteriormente.

#### **XV. TLALOC NO TIENE DERECHO A UNA INDEMNIZACION POR DAÑOS Y PERJUICIOS COMPRENDIDOS EN 3.000.000 euros**

**119.** En el caso, de que tribunal entrase a valorar el incumplimiento de Acuerdo Estratégico, CHANCAS no es responsable de los daños derivados del incumplimiento del Acuerdo Estratégico, no siendo procedente la aplicación de 7.4.2.UNIDROID, ni 7.4.3 (2) del mismo cuerpo legal.

**120.** CHANCAS no incumplió la cláusula octava del Acuerdo, y como consecuencia no es responsable por posibles daños y perjuicios, aplicando la cláusula penal de 3.000.000 euros.

**121.** En el caso, de que tribunal aprecie el incumplimiento de Acuerdo Estratégico, la cantidad debe versar entre 100.000 – 500.000 euros, como han pactado las partes en la cláusula IX del Acuerdo, para los casos de incumplimiento de obligaciones formales y/o que no afecten sensiblemente a la posición patrimonial de los perjudicados, según la naturaleza del incumplimiento.

#### **XVI. PETICIÓN AL TRIBUNAL ARBITRAL**



1. Que declare que carece de jurisdicción para decidir conjuntamente las controversias planteadas entre NAZCA SA y CHANCAS SL, por un lado, y entre TLÁLOC CORP. y los Sres. Atahualpa Inca, Huáscar Huallpa y Blas Valera, por otro.
2. Que declare que no es competente para decidir sobre cuestiones relativas a la composición del Tribunal Arbitral, por corresponder éstas a la Corte de Arbitraje de Madrid, como Autoridad Nominadora.
3. Que, en cualquier caso, si el Tribunal Arbitral tuviese que decidir conjuntamente sobre las cuestiones planteadas en la Notificación de Arbitraje, junto con las de la Solicitud Adicional, declare que el Tribunal Arbitral estaría incorrectamente constituido, por no haberse tenido en cuenta la pluralidad de partes en su conformación.
4. Que, en materia de ley aplicable e incumplimiento contractual, acoja las pretensiones presentadas por CHANCAS SL.
5. Que acepte la competencia para conocer de la presente disputa.
6. Que, contrariamente a lo reclamado por la parte demandante, declare que la Convención no resulta aplicable a la responsabilidad del vendedor por los bienes objeto de venta y que, con independencia del Derecho aplicable, declare que la parte vendedora no incurrió en un incumplimiento de contrato, ni puede ser encontrada responsable por la situación patrimonial de la sociedad alegada por la demandante.
7. Que, aun en el caso de ser encontrada la parte vendedora responsable, la gravedad del supuesto incumplimiento nunca habría otorgado a la parte demandante el derecho a resolver el contrato, y que, por tanto, la notificación de fecha 13/06/2012 no constituye un incumplimiento esencial, que le concediera el derecho a ejercitar las correspondientes acciones legales.
8. Que, aun en el caso de entender que esta parte debe ser responsable por un incumplimiento de contrato, la indemnización reclamada no puede, en ningún caso, ascender a la suma solicitada por la parte demandante.
9. Que declare que el Acuerdo Estratégico no puede regirse por las disposiciones de Derecho Uniforme, por tratarse de cuestiones de Derecho societario.
10. Que declare que los Sres. Atahualpa Inca, Huáscar Huallpa y Blas Valera no cometieron ningún incumplimiento del Acuerdo Estratégico suscrito con TLÁLOC CORP, ni deben incurrir en responsabilidad alguna derivada del mismo y que, del mismo modo, los Sres. Atahualpa Inca, Huáscar Huallpa y Blas Valera no pueden incurrir en responsabilidad alguna por el intercambio de comunicaciones con TLÁLOC CORP, donde se negoció la posible venta de participaciones en la sociedad HUACA.

