



Celebrando 10 años

Los casos y los escritos premiados de las diez primeras ediciones
del Moot Madrid

Directores:

Pilar Perales Viscasillas, David Ramos Muñoz y Tatiana Arroyo Vendrell

Coordinador:

Juan Pablo Rodríguez Delgado

I

Celebrando 10 años

Los casos y los escritos premiados de las diez primeras ediciones
del Moot Madrid

Directores:

Pilar Perales Viscasillas, David Ramos Muñoz y Tatiana Arroyo Vendrell

Coordinador:

Juan Pablo Rodríguez Delgado

I

Universidad Carlos III de Madrid

Primera edición: abril 2018

Edición limitada para participantes de la X edición

ISBN: 978-84-16829-24-8

Edición digital: Servicio de Biblioteca



Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivadas 3.0 España

Edición electrónica disponible en internet en e-Archivo:
<http://hdl.handle.net/10016/26606>

INDICE

Moot Madrid: diez años de historias	i
Caso I (año 2009)	1(2009)
• Escrito Demanda Ganador: Universidad Autónoma de Madrid	1(2009)/D
• Escrito Contestación Ganador: Universidad Islas Baleares	1(2009)/C
Caso II (año 2010)	2(2010)
• Escrito Demanda Ganador: Universidad Pontificia de Comillas (ICADE)	2(2010)/D
• Escrito Contestación Ganador: Universidad Carlos III de Madrid	2(2010)/C
Caso III (año 2011)	3(2011)
• Escrito Demanda Ganador: Universidad Pontificia de Comillas (ICADE)	3(2011)/D
• Escrito Contestación Ganador: Universidad Carlos III de Madrid	3(2011)/C
Caso IV (año 2012)	4(2012)
• Escrito Demanda Ganador: Universidad Carlos III de Madrid	4(2012)/D
• Escrito Contestación Ganador 1: Universidad de Los Andes	4(2012)/C1
• Escrito Contestación Ganador 2: Universidad Carlos III de Madrid	4(2012)/C2
Caso V (año 2013)	5(2012)
• Escrito Demanda Ganador: Universidad de Versailles St-Quentin-en-Yvelines	5(2012)/D
• Escrito Contestación Ganador: Universidad del Rosario	5(2012)/C

**V COMPETICIÓN INTERNACIONAL DE ARBITRAJE Y
DERECHO MERCANTIL – MOOT MADRID**

**UNIVERSIDAD CARLOS III DE MADRID / COMISIÓN DE LAS
NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL
INTERNACIONAL (CNUDMI/UNCITRAL)**

ABRIL DE 2013

MEMORIAL DE LA PARTE DEMANDADA

EN NOMBRE DE :

**CHANCAS, S.L., D.
ATAHUALPA INCA, D. HUÁSCAR
HUALLPA Y D. BLAS VALERA**

DEMANDADOS

CONTRA:

**NAZCA, S.A. Y
TLÁLOC CORP.**

DEMANDANTE



UNIVERSIDAD DEL ROSARIO

**FELIPE ACEVEDO, JUAN MANUEL DAZA, JAVIER ECHEVERRI, LUISA
FDA. GUTIÉRREZ Y DAGOBERTO OSPINA**

TABLA DE CONTENIDO

LISTA DE ABREVIATURAS	iv
LISTA DE AUTORIDADES	vii
RELACIÓN DE HECHOS	1
SÍNTESIS DE LOS ARGUMENTOS.....	4
CONSIDERACIONES RELATIVAS A LA CONTROVERSIA.....	5
I. EL TRIBUNAL ARBITRAL ES COMPETENTE ÚNICAMENTE PARA CONOCER DE LA CONTROVERSIA QUE DA ORIGEN AL PRESENTE TRÁMITE ARBITRAL	5
A. El Tribunal Arbitral no tiene competencia para decidir sobre su integración, y de cualquier forma estaría mal integrado de aceptarse la inclusión de los Terceros	5
1. Las decisiones sobre la integración del Tribunal Arbitral son una facultad de la autoridad nominadora	5
2. De llegar a considerarse que este Tribunal Arbitral es competente para decidir su debida constitución, el mismo se debe declarar debidamente integrado exclusivamente para la controversia entre Chancas y Nazca	6
B. El Tribunal Arbitral es competente para decidir únicamente sobre la controversia surgida en el ámbito del Contrato de Compraventa de Acciones.....	7
1. Existencia y validez de las cláusulas arbitrales presentadas.....	8
2. Los únicos suscriptores de la Cláusula Compromisoria que dio lugar a la integración del Tribunal Arbitral son Nazca y Chancas	8
3. No puede consolidarse la competencia del Tribunal Arbitral sobre una supuesta idea de economía procesal o compatibilidad de cláusulas compromisorias	12
II. CONSIDERACIONES RELATIVAS AL FONDO DE LA CONTROVERSIA	13
A. Ley aplicable al fondo de la controversia	13
1. La ley aplicable al Contrato de Compraventa de Acciones es la señalada por las Partes	13
a. La Convención de Viena no es aplicable de forma directa a la presente controversia de conformidad con su Artículo I (1).....	14
b. Aun cuando la Convención de Viena fue pactada por las Partes, la aplicación de las normas de conformidad de los bienes es incompatible con el objeto de la actual controversia.....	15
c. Las partes pactaron como aplicable en relación con la conformidad de las acciones objeto de la compraventa, a los Principios Generales de los Contratos Internacionales	16

2. La ley aplicable al Acuerdo Estratégico corresponde al Derecho de Andina, teniendo en cuenta que la controversia es propiamente societaria	17
a. La Parte Demandante no probó que la controversia que ocupa al Tribunal sea de materia contractual.....	17
b. La controversia es de materia propiamente societaria, y por lo tanto, la ley aplicable es el Derecho de Andina.....	18
B. Los Demandados no incurrieron en un incumplimiento contractual	18
1. Los Demandados no tenían la obligación de provisionar contingencias en su estados financieros y no se presenta una violación de garantías respecto de la buena salud financiera de la empresa y la existencia de una investigación.....	19
a. Chancas no estaba obligada a provisionar ninguna contingencia, por lo que no incumplió los principios de la contabilidad generalmente aceptados.....	19
b. Los Demandados no incumplieron las manifestaciones y garantías plasmadas en el contrato.	21
2. Los Demandados actuaron conforme a los Principios Generales de los Contratos Internacionales	22
a. Las Partes se encontraban en igualdad de condiciones en la negociación del Contrato	23
b. La Demandante faltó a su deber de debida diligencia.....	23
2. El Acuerdo Estratégico no es fuente generadora de obligaciones en los términos que propone la Demandante.....	26
a. No existió contrato de compraventa de acciones entre TLALOC y CHANCAS.	27
b. Los demandados no violaron el derecho de adquisición preferente de Tláloc.....	28
c. Los demandados no tienen que indemnizar a Tláloc.....	29
PETITORIO.....	30

LISTA DE ABREVIATURAS

§ / §§		Párrafo / Párrafos
Aclaraciones		Aclaraciones a los Hechos del Caso. V Competición Internacional de Arbitraje y Derecho Mercantil.
Acuerdo Estratégico		Acuerdo Estratégico firmado entre Tláloc Corp y D. Atahualpa Inca, D. Huáscar Huallpa y D. Blas Valero y CHANCAS SL.
Art.		Artículo.
CCI		Cámara de Comercio Internacional
Cl.		Cláusula.
Comentarios a los Principios		Comentarios a los Principios UNIDROIT sobre los contratos internacionales de 2010.
Comisión Designación	de	Comisión de designación de árbitros de la Corte de Arbitraje de Madrid.
Contrato Compraventa Acciones	de de	Contrato de Compraventa de Acciones de Huaca S.A. celebrado entre Nazca S.A. y Chancas SL.
Convención de Nueva York		Convención de las Naciones Unidas de 1958 para el reconocimiento y la ejecución de fallos arbitrales extranjeros.
Convención de Viena		Convención de Viena de 1980 para la Compraventa Internacional de Mercaderías.
Corte de Arbitraje		Corte de Arbitraje de la Cámara Oficial de Comercio e Industria de Madrid.
CNUDMI		Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL).
Chancas		Sociedad CHANCAS SL.

D.	Don.
Demanda Arbitral	Demanda arbitral instaurada por Nazca S.A. y Tláloc Corp. en contra de Sociedad Chancas S.L. y D. Atahualpa Inca, D. Huáscar Huallpa, D. Blas Valera.
Demandado	Sociedad CHANCAS S.L. y D. Atahualpa Inca, D. Huáscar Huallpa, D. Blas Valera.
Demandante	Sociedad NAZCA S.A. y TLÁLOC CORP.
Doc.	Documento.
Dr.	Doctor.
Escrito de Demanda	Memorial realizado por los Demandantes, Tláloc y Nazca.
€	Euros.
Hechos del Caso	Hechos del Caso, V Competición Internacional de Arbitraje y Derecho Mercantil.
Huaca	Sociedad HUACA, S.A.
Inc.	Inciso.
Informe Pericial	Informe Pericial Preparado por la firma KPMG Asesores S.L. el 8 de junio de 2012 sobre la situación de HUACA, S.A. [Documento N°8].
KPMG	Firma de Auditoria KPMG Asesores S.L.
Ley Modelo	Ley Modelo CNUDMI de Arbitraje Comercial Internacional con las reformas introducidas en el 2006.
Ley de Aguas	Ley 23/2009 del 7 de abril de 2009 de Aguas de Andina.
N°	Número.
Nazca	Sociedad NAZCA S.A.

Normas CCI	Normas de la Cámara de Comercio Internacional.
Nota explicativa de la Ley Modelo	Nota explicativa de la secretaría de la CNUDMI acerca de la Ley Modelo sobre Arbitraje Internacional de 1985, en su versión enmendada en 2006.
Pág.	Página.
Partes del Contrato de Compraventa	Las partes del Contrato de Compraventa de acciones suscrito entre NAZCA Y CHANCAS.
Partes del Acuerdo Estratégico	Las partes del Acuerdo Estratégico.
Principios UNIDROIT	Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales 2010.
Reglamento	Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI revisado en 2010.
S.A.	Sociedad Anónima.
Sede	Matrice, Madre Patria
Sr.	Señor.
ss.	Siguientes.
Terceros	Huascar Hualpa, Blas Valera, Atahualpa Inca y Tláloc Corp.
Tláloc	Sociedad TLÁLOC CORP.
Tribunal Arbitral	Tribunal arbitral designado por las Partes del arbitraje con base en la cláusula IX del contrato de Compraventa de Acciones entre NAZCA y CHANCAS.
UNIDROIT	Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado.
Vol.	Volumen.

LISTA DE AUTORIDADES

CONVENIOS INTERNACIONALES Y NORMAS NACIONALES
ABREVIATURA

REFERENCIA

CVCIM	Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías de 1980
Convención de Nueva York	Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras de 1958.
Ley Modelo CNUDMI	Ley Modelo CNUDMI de Arbitraje Comercial Internacional con las reformas introducidas en el 2006
Principios UNIDROIT	Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales 2010.

DOCTRINA
ABREVIATURA

REFERENCIA

ALJURE SALAME	ALJURE SALAME, Antonio. <i>El Contrato internacional</i> . Editorial Legis, Primera Edición. Bogotá: 2011.
AUDIT	AUDIT, Bernard. <i>La vente internationale de marchandises: Convention des Nations-Unies du 11 avril 1980</i> . Paris: 1990.
BARRIOS BOURE /ROJAS COVARRUBIAS	BARROS BOURE, Enrique y ROJAS COVARRUBIAS, Nicolás. <i>Responsabilidad por declaraciones y garantías contractuales</i> , Universidad de Chile. Santiago de Chile: 2009.
BELL	BELL, Kevin Bell, The Sphere of Application of the Vienna Convention on Contracts for the International Sale of Goods, 8 Pace International Law Review 237, 249: 1996.
BOSCHIERO	BOSCHIERO, Nerina. <i>Le Convenzioni di diritto materiale uniforme</i> , en Trattato di diritto privato 231, 276 (Pietro Rescigno ed., 1987).
BREKOULAKIS	BREKOULAKIS, Stravos. The Relevance of the Interests of Third Parties in Arbitration: Taking a Closer Look at the Elephant in the Room. Penn State Law Review: Vol. 113:4: 2009.
CARRASCOSA GONZÁLEZ	CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier, “Configuración básica del contrato internacional”, en Curso de contratación internacional, CALVO CARAVACA, Alfonso Luis y CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier (Directores), Colex, Madrid: 2003.
CNUDMI, 2012	CNUDMI, “Compendio de jurisprudencia relativo a la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías”, 2012.

ABREVIATURA**REFERENCIA**

CORDERO MOSS

CORDERO MOSS, Giuditta. Form of Arbitration Agreements: Current Developments within UNCITRAL and the Writing Requirement of the New York Convention, ICC International Court of Arbitration Bulletin – Vol. 18/No. 2 : 2007.

DE LA MAZA GAZMURI

DE LA MAZA GAZMURI, Iñigo. “*Los límites del deber precontractual de información*”, Civitas Aranzadi, Pamplona: 2010.

DEL DUCA

DEL DUCA, Louis, DEL DUCA, Patrick. *Selected Topics Under the Convention on International Sale of Goods (CISG)* Publicado en *Dickinson Law Review* 205-253. Disponible en: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/delduca2.html#14>: 2001

ENDERLEIN

ENDERLEIN, Fritz, MASKOW, Dietrich. *International Sales Law*, Art. 6 no. 3.1 Disponible <<http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/enderlein.html>. 2002

FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA

FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L.; CALVO CARAVACA, A., *El contrato de compraventa internacional de mercancías*, en CALVO CARAVACA, A.; FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L. (directores). BLANCO-MORALES LIMONES, P., *Contratos internacionales*, Tecnos, Madrid, 1999, pág. 189: 1997.

FERRARI

FERRARI, F. *PIL and CISG: Friends or Foes?*. *International Review of Law and Economics* 25 (2005) 314–341 What Sources of Law for Contracts for the International Sale of Goods? Why One has to Look Beyond the CISG, Franco Ferrari, Verona University School of Law, Italy: 2005.

LEGORBURO

LEGORBURO Consultores –Expertos Outsourcing financiero. Disponible en: <http://www.mootmadrid.es/2013/files/2012/05/CASO-MOOT-MADRID-con-aclaraciones.pdf>

LEW/MISTELIS/KRÖLL

LEW, Julian, MISTELIS, Loukas, KRÖLL, *Comparative International Commercial Arbitration*. Kluwer Law International: 2003

ABREVIATURA**REFERENCIA**

HANOTIAU, 2006

HANOTIAU Bernard, *Complex Arbitrations: Multiparty, Multicontract, Multi-Issue and Class Actions*, Kluwer Law International: 2006.

HANOTIAU, 2011

HANOTIAU, Bernard, *Consent to Arbitration: Do we share a common vision?*, *Arbitration International*, Kluwer law International 2011 volume 27 Issue 4. Pp. 539-554: 2011

NACIONES UNIDAS

NACIONES UNIDAS, *Official Records of the United Nations Conference on Contracts for the International Sale of Goods*, Vienna, 10 March-11 April 1980 (United Nations publication, Sales No. E.81.IV.3), p. 86.

ORTEGA, RODRIGUEZ
ANTOLIN, ZAMBRANA,
2006

DOMINGO, ORTEGA, RODRIGUEZ-ANTOLIN,
ZAMBRANA, *Principios de Derecho Global*, Navarra, 2006,
pág. 97; Disponible en <http://www.trans-lex.org/101550>.

OVIEDO ALBÁN, 2003

OVIEDO ALBAN, *Aproximación Al Sistema de Fuentes del Contrato de Compraventa Internacional de Mercaderías*. *International Law: Revista colombiana de derecho internacional*, junio, numero 001. Bogotá, Colombia. Pp. 103-156: 2003.

OVIEDO ALBÁN, 2005

OVIEDO ALBAN, "Aplicabilidad de la Convención de Naciones Unidas sobre contratos de compraventa internacional de mercaderías como *lex mercatoria*". En: *Colombia Vniversitas* ISSN: 0041-9060 ed: Pontificia Universidad Javeriana Bogotá DC. v.109 fasc. p.319 – 337: 2005

OVIEDO ALBÁN, 2010

OVIEDO ALBÁN, *La Convención sobre compraventa internacional de mercaderías Antecedentes y desarrollos alternativo*. Editado en la revista "Foro de Derecho Mercantil", n° 29, Legis S.A., Bogotá, págs. 37 a 63: 2010.

OVIEDO ALBÁN, 2012

OVIEDO ALBAN, "*The general principles of the United Nations Convention for the International Sale of Goods*". En: *España Cuadernos De Derecho Transnacional* ISSN: 1989-4570 ed: Universidad Carlos III de Madrid v.4.fasc.1 p.165 - 179: 2012.

PARRA RODRÍGUEZ

PARRA RODRÍGUEZ, CARMEN, *El nuevo derecho internacional de los contratos*, Universidad Externado de Colombia, J.M Bosch editor - Barcelona, Bogotá, 2002, pág. 225 y sigs. y CASTELLANOS RUIZ, ESPERANZA, *Autonomía de la voluntad y derecho uniforme en la compraventa internacional*, Editorial Comares, Granada:

ABREVIATURA**REFERENCIA**

PERALES VISCASILLAS

1998.

PERALES VISCASILLAS, MARÍA DEL PILAR, *El contrato de compraventa internacional de mercancías (Convención de Viena de 1980)*. Pace Law School Institute of international comercial law, <http://www.cisg.law.pace.edu>.

SCHLECHITRIEM, 1986

SCHLECHITRIEM, Peter. *Uniform Sales Law. The UN-Convention on Contracts for the International Sale of Goods*: 1986.

SCHLECHTRIEM, 2005

SCHLECHTRIEM, P. *Requirements of Application and Sphere of Applicability of the CISG*. Victoria University of Wellington Law Review (2005/4) 781-794: 2005

SCHROETER

SCHROETER, Ulrich G. *Freedom of contract: Comparison between provisions of the CISG (Article 6) and counterpart provisions of the Principles of European Contract Law*: 2002.

TUGGEY

TUGGEY, Timothy N., *The 1980 United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods: Will a Homeward Trend Emerge?*, 21 Texas International Law Journal 540, 542 (1986).

JURISPRUDENCIA**ABREVIATURA****PAÍS****REFERENCIA**

Asante Technologies v. PMC-Sierra

Estados Unidos de América

U.S. Federal District Court in California, 27 July 2001, CISG Database, Pace University, disponible en <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/010727u1.html>

Xiamen Intermediate People's Court

China

Xiamen Intermediate People's Court, People's Republic of China, 5 Sept. 1994, disponible en <http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=211&step=Abstract>

Tribunale di Padova, Enero 11 de 2005

Italia

Tribunale di Padova, Italia, Enero 11 de 2005, disponible en <http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=1005&step=FullText>

B.P. Petroleum International Ltd. v. Empresa Estatal Petróleos de Ecuador

Estados Unidos

B.P. Petroleum International Ltd. v. Empresa Estatal Petróleos de Ecuador (Petroecuador), 02-20166, United States Court Of Appeals For The Fifth Circuit, 2003] U.S. App. LEXIS

ABREVIATURA	PAÍS	REFERENCIA
<i>(Petroecuador)</i> ,		12013, 11 de junio de 2003.
Bundesgerichtshof, Alemania, 4 de diciembre de 1996	Alemania	Bundesgerichtshof, Alemania, 4 de diciembre de 1996
Foo Ah Kim v Koo Chen Lim and another	Inglaterra	Foo Ah Kim v Koo Chen Lim and another [1995] SGCA 66
Chip Hup Hup Kee Construction Pte Ltd v Tng Peck Guek	Inglaterra	Chip Hup Hup Kee Construction Pte Ltd v Tng Peck Guek [2010] SGDC 351
Norwest Holdingste Ltd (in liquidation) v Newport Mining Ltd	Inglaterra	Norwest Holdingste Ltd (in liquidation) v Newport Mining Ltd [2010] SGHC 144

LAUDOS ABREVIATURA	AÑO	REFERENCIA
<i>CCI 4131</i>	1984	Laudo Arbitral Caso CCI 4131/ 1984.
<i>Laudo Biloune and Marine Drive Complex Ltd v. Ghana Investments Centre and the Government of Ghana.</i>	1989	Laudo Arbitral del 27 de octubre de 1989, Tribunal Arbitral Ad hoc. <i>Biloune and Marine Drive Complex Ltd v. Ghana Investments Centre and the Government of Ghana.</i> Disponible en http://www.biicl.org/files/3935_1990_biloune_v_ghana.pdf
<i>CCI 6653</i>	1993	Laudo Arbitral Caso CCI 6653/1993.
<i>CCI 8324</i>	1995	Laudo Arbitral Caso CCI 8324, 1995.
<i>CCI 8502</i>	1996	Laudo Arbitral Caso CCI 8502, 1996.
<i>CCI 8817</i>	1997	Laudo Arbitral Caso CCI 8817, 1997.
<i>CCI 9474</i>	1999	Laudo Arbitral Caso CCI 9474 de 1999.
Laudo Rheinland	2000	

ABREVIATURA	AÑO	REFERENCIA
Versicherung vs. S.r.l. Atlarex and Allianz Subalpina S.P.A.		Laudo Rheinland Versicherung vs. S.r.l. Atlarex and Allianz Subalpina S.P.A., 2000
<i>Laudo Constructora Mazal Ltda. vs. Inversiones GBS Ltda.</i>	2001	Laudo Arbitral de Tribunal de arbitraje, Cámara de Comercio de Bogotá, 15 de Marzo de 2001 Constructora Mazal Ltda. vs. Inversiones GBS Ltda. Se ha hecho referencia al mismo en: Tribunal de Arbitramento de 20 abril de 2004. Banco Davivienda S.A. v. Alianza Fiduciaria S.A.
<i>CCI 11018</i>	2002	Laudo Arbitral Caso CCI 11018, 2002.
<i>CCI 11204</i>	2003	Laudo Arbitral Caso CCI 1204, 2003.
<i>CCI 11575</i>	2003	Laudo Arbitral Caso CCI 11575, 2003.
<i>CCI 12111</i>	2003	Laudo Arbitral Caso CCI 12111, 2003.
<i>CCI 13012</i>	2004	Laudo Arbitral Caso CCI 13012, 2004.
<i>Laudo Cadena S.A. vs Invertlc y otros.</i>	2012	Laudo Arbitral del cinco (5) de septiembre de dos mil doce (2012) Bogotá D.C.: Tribunal de Arbitraje de Cadena S.A. Contra Invertlc S.A.S, Poetac Cano Y Cia S En C, Pesaj Inversiones Limitada, Asesores Gerenciales Tcal S.A., Amalia Caldas C.G. Y Cia S En C, Invermcc S.A.S., Inverpcc Sas, Legislación Económica S.A. Legis S.A., Inver Roberca S.A.S., Inversiones Dcg Ltda, Jesús María Beltrán Polo, Consuelo Caldas Cano, Luz Ángela Caldas Cano, Roberto Caldas Cano Y Salomón Tobar Díaz.

RELACIÓN DE HECHOS

AÑO 2005: Inicia el proceso de expansión de Nazca Empresas en Andina, además de en otros Estados. Nazca Empresas es un grupo internacional, presente en 25 países, marca renombrada por su alta calidad y variedad de aceites vegetales [Notificación de Arbitraje § 7]. Después de la realización de un estudio previo, Nazca determina que Huaca es la sociedad idónea para adelantar su plan de expansión en el Estado de Andina.

01 DE DICIEMBRE DE 2010: Es suscrito el Acuerdo Estratégico entre Tláloc y Chancas. El documento recoge un acuerdo marco donde los firmantes acuerdan en forma amplia sus relaciones. Fue planteado y suscrito por las partes como un acuerdo base de otros acuerdos específicos generadores de futuras obligaciones. Las mismas se tradujeron en un contrato firmado el 07 de marzo de 2012, plasmado en dos correos electrónicos, sin que en los mismos fuera pactado contrato alguno (07 y 08 de marzo de 2012) [Documento N°3 y 4 de la Solicitud Adicional].

27 DE FEBRERO DEL 2012: Los técnicos de la concejalía de Medio Ambiente del Ayuntamiento de Yahuarpampa tomaron muestras del río Topama a su paso por la ciudad, y el resultado mostró el vertido de residuos más elevado de lo esperado. Es notificada de la apertura de expediente por dichos hechos a Huaca, sin que hubiere pruebas fiables que demostraran que el origen de los vertidos se debiere a la mala praxis por parte de Huaca. Posteriormente, Nazca envía email a Chancas realizando reclamo por dicha investigación [Documento N°6] a lo que, mail que es respondido por parte de Chancas, exponiendo de forma veraz los motivos por los que el resultado de dicho expediente no sería de ninguna forma perjudicial para la compraventa de la compañía [Documento N°7].

09 DE ABRIL DE 2012: Conversaciones preliminares entre Nazca y Chancas para la venta de acciones de Huaca. A través de dos correos electrónicos las Partes del Contrato de Compraventa reafirman su intención de llegar a un acuerdo y aceptación de la oferta presentada por ser la mejor del mercado (10 y 11 de abril de 2012) [Notificación de Arbitraje §11, Documentos N° 2, 3].

02 DE MAYO DE 2012: Suscripción del Contrato de Compraventa de Acciones de Huaca entre Nazca y Chancas [Documento N°4]

15 DE MAYO DE 2012: Tláloc envía email a Chancas y sus socios solicitando respuesta a su oferta, con respecto a las condiciones de pago, manifestaciones y garantías. Al día siguiente, Chancas anuncia la compra de Huaca por parte de Nazca. Lo anterior, teniendo en cuenta que Nazca y Tláloc son socios en el mercado de Andina, a través de una filial productora de aceites, y que era razonable pensar que estuviesen enterados de las propuestas realizadas.

08 DE JUNIO DE 2012: Nazca ordena realizar auditoria a Huaca por parte de la firma KPMG [Documento N°8] que no arroja resultados diferentes a los que debieron ser conocidos por Nazca al momento de reafirmar su intención de celebración del Contrato de Compraventa, y teniendo en cuenta que la oferta fue realizada por parte de Nazca. En dicho sentido es enviada respuesta por parte de Chancas a Nazca [Documento N°10].

13 DE JUNIO DE 2012: Nazca informa a Chancas mediante email la resolución unilateral injustificada del Contrato de Compraventa de acciones de Huaca [Documento No. 11].

20 DE JUNIO DE 2012: El Ayuntamiento de Yahuarpampa notifica a Nazca la suspensión en las actividades del objeto social de Huaca como medida cautelar entre tanto el expediente sancionador no sea resuelto por las autoridades pertinentes [Notificación de Arbitraje § 16].

16 DE JULIO DE 2012: Nazca notifica a Chancas del arbitraje, por virtud de la Cláusula IX del Contrato de Compraventa de acciones, notificación que obtiene respuesta el día 14 de agosto de 2012.

15 DE OCTUBRE DE 2012: Es enviada al Tribunal solicitud de participación en el procedimiento y de ampliación del ámbito subjetivo y objetivo de la demanda, solicitando por un lado la participación como Demandante de Tláloc CORP y por otro, se adicionan peticiones a las inicialmente presentadas. El 29 de octubre de 2012, tiene lugar la respuesta preliminar a de Chancas a la Solicitud adicional presentada.

06 DE NOVIEMBRE: El Tribunal, mediante Orden Procesal No. 3, fija calendario del caso, de presentación de demanda y contestación, de Audiencias Orales y contenido a ser tratado por las Partes en los escritos.

SÍNTESIS DE LOS ARGUMENTOS

El Tribunal Arbitral debe declararse incompetente para resolver la cuestión relativa a su debida integración, en la medida en que las partes designaron una autoridad nominadora, sobre quien recae la competencia de pronunciarse sobre el nombramiento de los árbitros. Esto es propio de eventos en los cuales a un pacto arbitral para constituir un tribunal *ad hoc*, las partes introducen elementos propios de arbitrajes institucionales, con lo cual, sustraen competencias administrativas al conocimiento del tribunal.

Además, debe precisarse que el Tribunal Arbitral es competente para conocer únicamente de la controversia derivada de la cláusula compromisoria que fundamentó su integración, debido a que la simple equivalencia o compatibilidad entre pactos arbitrales no son argumentos suficiente para que se admita la intervención de terceros como parte de conformidad con el Reglamento. Esto teniendo en cuenta que el fundamento para que una controversia sea arbitrable desde el punto de vista subjetivo, no es otro distinto a la voluntad de las partes de acudir al procedimiento arbitral. Así, debe tenerse en cuenta que todos los Demandantes y Demandados no son parte del mismo pacto arbitral, sin que formalismos relativos a como se suscribió el contrato puedan ser alegados en contra de su verdadero sentido.

Por otro lado, y en relación con los argumentos de fondo, se señala en primer lugar que la ley aplicable al Contrato de Compraventa de Acciones corresponde a los Principios Generales del los Contratos Internacionales, toda vez que aun cuando las Partes pactaron la aplicación paralela de la Convención de Viena, la misma no comprende reglas de conformidad que apliquen de forma adecuada a la presente controversia. Adicionalmente, toda vez la naturaleza societaria del Acuerdo Estratégico, por tratarse de una controversia alrededor de la oponibilidad de un acuerdo que limita la transmisibilidad de las acciones de Huaca, que además es ajeno a los estatutos, la misma deberá estar guiada por el derecho de Andina.

Seguidamente, se indica que no existe una vulneración a las manifestaciones y garantías pactadas entre las partes, por dos razones fundamentales: en primer lugar, a la fecha de celebración del contrato no se encontraba en curso un procedimiento administrativo, sino una mera investigación desarrollada en el marco de una política ambiental del nuevo gobierno; y por otro lado, que al no existir un pasivo, por cuanto no existe una sanción administrativa que condene a Huaca a pagar, no se debía registrar una provisión en los estados financieros del año 2011. Finalmente, el Demandante faltó a su deber de debida diligencia, por lo que no puede pretender atribuir tal negligencia a los Demandados, alegando la violación del principio de la buena fe.

Toda vez que la ley de Andina, como ley aplicable, ordena la inoponibilidad de aquellos acuerdos que limiten la negociabilidad de las acciones por fuera de los estatutos de una sociedad, el supuesto pacto de preferencia en el Acuerdo estratégico es inoponible a los Demandado. Por otro lado, y en subsidio, dicho Acuerdo no genera obligaciones por cuanto se refiere a un convenio marco y en ese sentido, no hay derecho a indemnización alguna.

CONSIDERACIONES RELATIVAS A LA CONTROVERSIA

I. EL TRIBUNAL ARBITRAL ES COMPETENTE ÚNICAMENTE PARA CONOCER DE LA CONTROVERSIA QUE DA ORIGEN AL PRESENTE TRÁMITE ARBITRAL

1. Este Tribunal Arbitral es competente para conocer la presente demanda y adelantar el respectivo procedimiento hasta su conclusión, pero ello es así únicamente en relación con el trámite como inicialmente fue planteado. El fundamento de la competencia de los árbitros es la voluntad de las partes y por más que se alegue compatibilidad de las cláusulas arbitrales existentes en el Acuerdo Estratégico en que pretende fundar la extensión del ámbito subjetivo y objetivo de la competencia, ello no es suficiente, ni razón fundamental, para consolidar la competencia del mismo.

2. Por ende, en ejercicio de las atribuciones para decidir sobre su propia competencia, este Tribunal Arbitral debe declinar de la misma, no sólo frente a la decisión de su debida integración en relación con las nuevas circunstancias del caso, sino también en lo relacionado con la posibilidad de conocer del fondo de la controversia como ha sido planteada en la reforma al ámbito subjetivo y objetivo del pleito, limitándose a la decisión sobre el Contrato de Compraventa de Acciones, acuerdo que contiene el pacto que fundamenta su competencia y constitución.

A. El Tribunal Arbitral no tiene competencia para decidir sobre su integración, y de cualquier forma estaría mal integrado de aceptarse la inclusión de los Terceros

3. Al haber las partes de la controversia originalmente señalado como autoridad nominadora a la Corte de Arbitraje de Madrid, resulta contestable que el Tribunal Arbitral no puede arrogarse la facultad de decidir sobre su integración. Ello obedece tanto al hecho de que esta decisión recae en la autoridad nominadora escogida por las partes, así como por causa de la falta de sustento jurídico o contractual que permita identificar la competencia de este Tribunal Arbitral para pronunciarse sobre asuntos como su debida conformación.

4. Sin perjuicio de lo anterior, lo cierto es que el Tribunal Arbitral adolecería de una indebida integración de aceptarse la incorporación de los Terceros al presente litigio. Los nuevos demandados y el nuevo demandante que se pretenden vincular a la controversia no cumplen con los parámetros necesarios para dicha actuación, por lo que aceptar su inclusión haría que se generara una constitución inadecuada del Tribunal Arbitral para conocer de la controversia.

1. Las decisiones sobre la integración del Tribunal Arbitral son una facultad de la autoridad nominadora

5. No puede entenderse que dentro de la facultad del Tribunal Arbitral para declarar su competencia frente a controversias arbitrales sometidas a su conocimiento, se encuentre comprendida la potestad de decidir sobre su integración, por cuanto las partes, al diseñar la

cláusula compromisoria contenida en el Contrato de Compraventa de Acciones, han señalado que si bien éste es un tribunal *ad hoc* administrado bajo las reglas del Reglamento, la facultad de nominación se ha depositado en una entidad distinta al Tribunal Arbitral haciendo que todo lo relacionado con la integración del mismo tenga que decidirse por un tercero legítima y contractualmente facultado para ello.

6. En el presente caso existe una controversia sobre la conformación del Tribunal Arbitral, derivada de la no participación en dicho nombramiento de quienes en un momento posterior se intenta vincular bajo el pretexto de hacer aplicable lo reglado por el artículo 17 No. 5 del Reglamento en concordancia a lo sentado por normas como el artículo 20, que permiten la reforma de la demanda para ampliar su ámbito objetivo y/o subjetivo dentro del marco del respeto a una cláusula compromisoria común y particular.

7. Sin embargo, no puede interpretarse esta norma en contra de los intereses de los sujetos que intervienen en el tráfico jurídico, mucho menos cuando la actividad de un tribunal de arbitraje dista de la de una autoridad judicial al decidir sobre cuestiones relativas a su competencia por adhesión de partes o consolidación. En efecto, el árbitro es el elemento esencial por cuyo nombramiento se adelanta el procedimiento. Sin embargo, toda disposición institucional que involucre modificaciones a una administración *ad hoc pura*, como lo es el introducir una autoridad nominadora, saca de su esfera de administración los temas así dispuestos por las partes [Véase Lew, Mistelis & Kroll. §§ 10-4 y 10-5].

8. En este orden de ideas, cuando Lew, Mistellis y Kroll afirman que en el arbitraje *ad hoc* resulta importante el pacto de una autoridad nominadora, porque de lo contrario no habría cómo resolver problemas relativos al nombramiento de los árbitros, queda a todas luces claro que de no pactarse, esta facultad no sería absorbida por el tribunal arbitral [Véase Lew, Mistelis & Kroll. § 10-55]. Bajo este entendido, no queda ningún asomo de duda de que, si se quisiera adelantar este procedimiento bajo los términos propuestos por el Demandante en la extensión del ámbito subjetivo y objetivo del pleito, debería este Tribunal Arbitral declinar su competencia para que la autoridad nominadora o las partes, de conformidad con el Reglamento, procedan al efecto correspondiente.

9. No siendo la integración del Tribunal Arbitral un tema que deba ser sometido al análisis de éste, la decisión al respecto debe corresponder a la Corte de Arbitraje de Madrid, quien funge como autoridad nominadora en el presenta caso.

2. De llegar a considerarse que este Tribunal Arbitral es competente para decidir su debida constitución, el mismo se debe declarar debidamente integrado exclusivamente para la controversia entre Chancas y Nazca

10. Conforme se aprecia del decurso de este procedimiento, el Tribunal Arbitral se constituyó adecuadamente de acuerdo a lo previsto en el artículo 9.1 del Reglamento, pero ello es así exclusivamente con la intervención de Nazca y Chancas como partes de la controversia.

11. La inclusión de los Terceros involucraría que dichos sujetos de derecho deben aceptar expresamente su incorporación al procedimiento, manifestando su acuerdo con la integración del Tribunal Arbitral y con la venia de las demás partes que ya se encuentran vinculadas en el litigio. De lo contrario, deberá realizarse en los términos del artículo 17.5 del Reglamento.

12. Según se aprecia en el Escrito de Demanda, el fundamento de la contraparte para alegar la debida integración de este Tribunal Arbitral es por medio de la posibilidad que contempla el Reglamento para la incorporación de terceros en su artículo 17.5. Dicha norma establece que no es necesario que el tercero que se pretende incorporar manifieste su voluntad expresa de adhesión al procedimiento al momento de la solicitud de la inclusión, ni tampoco es necesario que todas las partes estén de acuerdo con la mencionada incorporación.

13. Conforme se explicará en el acápite siguiente, la incorporación de terceros en los términos del artículo 17.5 del Reglamento no es procedente, por lo que los Terceros deben aceptar expresamente su incorporación al procedimiento, manifestando su acuerdo con la integración del Tribunal Arbitral y con la venia de las demás partes que ya se encuentran vinculadas en el litigio con el fin de dar viabilidad a tal actuación. Por el contrario, en caso de no realizarlo, y sin perjuicio de los demás inconvenientes en temas de arbitrabilidad objetiva del pleito, la integración del Tribunal Arbitral no sería la adecuada para la controversia planteada.

14. En este sentido, debe tenerse claro que una decisión como la que pretende abrirse paso con lo pedido por la Demandante, sólo redundaría en un laudo virtualmente anulable, toda vez que se habrían violado los derechos de audiencia y defensa de nuestra representada, por un lado, y por el otro, el Tribunal Arbitral se habría integrado indebidamente de conformidad con el Reglamento. Al respecto se cita:

“Los problemas concretos que se tratan en este capítulo [arbitrajes multipartes] no pueden ser examinados sin hacer eco de los principios fundamentales del arbitraje. Como se ha mencionado, el arbitraje es consensual por naturaleza” [HANOTIAU §§ 228-229. Traducción Libre].

15. Por lo tanto, en este tipo de controversias, tanto en lo relativo a la integración del tribunal como a su competencia, cuestiones que no aparecen del todo claras y diferenciadas en el libelo de la Demandante, debe existir en todo momento, como fundamento de toda decisión, que la eficacia de este mecanismo deriva de la voluntad de las partes.

16. Así, la no intervención en la integración cuando el Reglamento, con sana crítica, así lo dispone, implica un desmejoramiento injustificado de la condición de quienes fueron tardíamente llamados a seguir con este procedimiento ya adelantado.

17. Se concluye entonces que al no ser factible la incorporación de los terceros que se pretenden vincular en los términos del artículo 17.5 del Reglamento, y al no haber existido la posibilidad de ninguno de los nuevos demandados en la controversia de ejercer su facultad de nombramiento de uno de los árbitros habiendo analizado completamente el marco factico y legal de la contienda, este Tribunal Arbitral no se encuentra adecuadamente integrado.

B. El Tribunal Arbitral es competente para decidir únicamente sobre la controversia surgida en el ámbito del Contrato de Compraventa de Acciones

18. En este punto, resulta necesario resaltar que el fundamento de la competencia del H. Tribunal Arbitral se basa en el consentimiento de todas las partes suscriptoras de un acuerdo en someter sus diferencias a este mecanismo de naturaleza eminentemente contractual. En

este sentido, se observa que si bien el numeral 5 del artículo 17 del Reglamento contempla la posibilidad de incorporar a terceros, la misma norma restringe esta posibilidad a la hipótesis en la cual el tercero que se pretende incorporar haya sido parte inicial del convenio arbitral por medio del cual se dio la integración inicial del tribunal de arbitramento.

19. Conforme se evidenciará a continuación, ni Tláloc ni los señores Athaulpa Inca, Huascar Hualpa ni Blas Valera fueron parte de la cláusula compromisoria suscrita entre Nazca y Chancas que dio lugar a la integración de este Tribunal, motivo por el cual en uso de sus facultades consagradas en los artículos 17.5, 22 y 23 del Reglamento, el Tribunal Arbitral debe declarar improcedente la ampliación del ámbito subjetivo y consecuentemente el objetivo de la demanda propuesto por la contraparte en vista a la falta de consentimiento de llevar a cabo un arbitraje complejo multi-contratos y multipartes como el que se plantea por la Demandante.

1. Existencia y validez de las cláusulas arbitrales presentadas

20. En primer lugar, resulta procedente mencionar que esta parte se muestra de acuerdo con la existencia y la validez de las dos cláusulas arbitrales mencionadas por la Demandante, aclarando de cualquier forma que la ley aplicable a las mismas no es la de Andina, Cervantia y Aztequia como erróneamente lo propone la contraparte [Escrito de Demanda, § 3].

21. En consideración a que Nazca y Chancas por un lado, y Tláloc, Chancas y sus socios por el otro no sometieron sus cláusulas arbitrales a ningún ordenamiento normativo en específico, de conformidad con el principio *lex loci arbitri* ampliamente aceptado en el panorama internacional e incorporado en el Art. 5 de la Convención de Nueva York, la ley realmente aplicable a estas es la del país de Madre Patria, sede de arbitraje elegido por las partes de ambas convenciones.

22. Ahora bien, sin perjuicio de aceptar la validez y existencia de cada cláusula arbitral separadamente, se reitera de cualquier forma que las mismas se circunscriben al compromiso de resolver por medio del arbitraje materias absolutamente diferentes. Es decir, que en efecto se acepta la existencia de dos acuerdos arbitrales jurídicamente vinculantes, pero sus efectos abarcan materias distintas y se suscribieron en el marco de dos relaciones contractuales disímiles con sujetos diversos, por lo cual no pueden ser usadas indiscriminadamente para resolver dos controversias en un mismo arbitraje.

23. Se debe resaltar que bajo el marco de esta controversia, el único acuerdo arbitral relevante es aquel que dio lugar a la constitución de este tribunal. Cualquier convención distinta a esta podrá servir para la integración de otro tribunal de arbitramento distinto, pero no será fundamento para ampliar la competencia estricta que se le ha conferido a los honorables señores árbitros de común acuerdo por Nazca y Chancas. De no respetarse lo anterior, se le otorgaría injustificadamente el derecho a Nazca de modificar unilateralmente los términos fijados en el Contrato de Compraventa de Acciones del 2 de mayo de 2012 en claro perjuicio de nuestra representada.

2. Los únicos suscriptores de la Cláusula Compromisoria que dio lugar a la integración del Tribunal Arbitral son Nazca y Chancas

24. Dejando a un lado la discusión sobre la validez y existencia de las cláusulas arbitrales presentadas por la contraparte, y particularmente aquella celebrada entre Nazca y Chancas, la cuál es la que realmente nos concierne bajo el marco de este pleito, resulta imperativo mencionar que los únicos suscriptores de la cláusula compromisoria que dio origen a la constitución de este Tribunal Arbitral son Nazca y Chancas. No resulta procedente incorporar a ningún tercero que no haga parte del único acuerdo arbitral relevante para este litigio, más aún cuando no media el consentimiento de todas las partes involucradas dentro de la controversia para realizar tal actuación.

25. Tal y como la misma parte Demandada hace referencia en su Escrito de Demanda, el artículo 17.5 del Reglamento “(...) dispone la facultad que tiene este tribunal para permitir que un tercero intervenga en el arbitraje, estableciendo las siguientes condiciones: “que el tercero invitado sea parte del acuerdo arbitral, salvo que el tribunal entienda, tras oír a las partes y al tercero invitado a sumarse a las actuaciones, que esa intervención no debe ser permitida por resultar perjudicial para alguna de ellas(...)” [Escrito de Demanda §14].

26. Sin perjuicio de la referida cita, de forma sorprendente la contraparte no despliega esfuerzo argumentativo alguno que permita demostrar el cumplimiento de los condicionamientos normativos del Reglamento al que ella misma hace referencia para demostrar el fundamento de la reforma de su demanda. Por el contrario, la misma Demandante acepta que “(...) nos encontramos frente a dos cláusulas arbitrales, donde respectivamente: (i) NAZCA y CHANCAS; y (ii) TLALOC, CHANCAS y sus socios; han indicado de manera clara y expresa, su consentimiento de someter a arbitraje todas las controversias que pudieren surgir (...)” [Escrito de Demanda §13].

27. Así entonces, resulta a todas luces evidente que la incorporación de los señores Atahualpa Inca, Huáscar Huallpa y Blas Valera, como también de la compañía Tlálloc, solo hubiese sido procedente en el caso en que todas estas personas hubiesen sido parte del mismo acuerdo arbitral que dio lugar originalmente a la competencia del Tribunal Arbitral, pues de lo contrario, en la etapa del reconocimiento y de la ejecución del laudo, los Demandados podrían alegar que al no haber participado en la constitución de este tribunal, nunca se formó el consentimiento necesario para proferirse un laudo arbitral vinculante a ellos.

28. El condicionamiento relativo a que el tercero invitado a participar en el procedimiento arbitral pertenezca al mismo acuerdo que dio lugar a la integración del tribunal de arbitramento, resulta de esencial importancia para la viabilidad jurídica de tal incorporación. La única forma de encontrar el consentimiento necesario para proferir un laudo vinculante al tercero invitado al procedimiento en una situación como la que se presenta, es alegando que dicha voluntad se manifestó al momento de la suscripción de la cláusula compromisoria por medio de la cual se invocó la constitución del tribunal arbitral, dejando de existir la necesidad de que el referido tercero exprese su voluntad de adherirse al procedimiento.

29. Esta última afirmación tendría fundamento en que al momento de suscribir el acuerdo arbitral y aceptar las respectivas reglas de adhesión de terceros previstas por el Reglamento, se acepta que la constitución de un tribunal, surgido bajo esa cláusula en particular, permitiría que no todas las partes seleccionen sus árbitros bajo parámetros absolutamente restrictivos y que están a discrecionalidad del árbitro siempre y cuando se cumpla con el requisito de una sola cláusula arbitral.

30. Pues bien, precisamente esta fue la línea argumentativa que acogió el Grupo de Trabajo encargado de la revisión del Reglamento en la CNUDMI, el cual señaló que si bien no es necesario que el tercero que se pretenda incorporar al procedimiento arbitral acepte expresamente su incorporación, si es necesario que dicho tercero haya entonces aceptado previamente la aplicación del Reglamento CNUDMI en el mismo convenio arbitral que dio lugar a la integración del tribunal arbitral, afirmando lo siguiente:

“[...] El Grupo de Trabajo acordó que la parte a ser incorporada debía ser parte del acuerdo arbitral y que la referencia al término “tercera parte” debía seguir siendo evitada.

[...] Una propuesta fue realizada para borrar la frase “y ha consentido en ser incorporada” en la primera oración del párrafo (4). Se observó que esa frase no sería necesaria por cuanto la norma ya requería que la parte a incorporarse debía ser parte del acuerdo arbitral. El acuerdo de las partes de que se aplicara el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI implicaría que dichas partes daban también su consentimiento para la aplicación de la disposición sobre la adhesión de terceros al procedimiento y para la posibilidad de que el tribunal arbitral se constituyera sin el consentimiento de dichas partes... [Informe del Grupo de Trabajo II en el 49º Período de Sesiones. §§ 130; 131; 133. Traducción libre]

31. Sin perjuicio de lo indicado anteriormente, y a pesar del vacío argumentativo absoluto de la Demandante en este aspecto, vale la pena resaltar una situación que podría llevar erróneamente a este Tribunal Arbitral a pensar que en efecto todos los demandados sí son parte de la cláusula arbitral *sub-examine*. Esto es, que los señores Atahualpa Inca, Huáscar Huallpa y Blas Valera suscribieron junto a Nazca el Contrato de Compraventa de Acciones del día 2 de mayo de 2012 sin indicar expresamente su calidad de representantes de Chancas.

32. Frente a este último punto, debemos mencionar que la firma de dichos sujetos no es prueba de su voluntad de acudir a un procedimiento arbitral en caso de una disputa derivada de la relación contractual entre Nazca y Chancas. Al respecto, resulta imperativo mencionar que el artículo 2.2.3 de los Principios UNIDROIT (como normas aplicables al fondo de esta controversia) menciona en su numeral primero que ***“Cuando un representante actúa en el ámbito de su representación y el tercero sabía o debiera haber sabido que el representante estaba actuando como tal, los actos del representante afectan directamente las relaciones jurídicas entre el representado y el tercero, sin generar relación jurídica alguna entre el representante y el tercero”*** (negrilla fuera del original).

33. En consideración a que todas las obligaciones adquiridas en el Contrato de Compraventa de Acciones celebrado entre Nazca y Chancas solo podían ser ejecutadas por estas dos partes, y que además la calidad de accionistas y representantes de Chancas de los señores Atahualpa Inca, Huáscar Huallpa y Blas Valera fue clara, sin la necesidad de ser expresa, resulta evidente que las únicas partes obligadas en el referido acuerdo son las llamadas inicialmente a presentarse dentro de esta controversia.

34. Queda claro de la inserción de la expresión “Vendedora” en el Contrato de Compraventa de Acciones [Documento No. 5 de la Notificación de Arbitraje] que los suscriptores de este acuerdo lo hacían en nombre de la sociedad que representaban, con lo

cual queda demostrada la improcedencia de la solicitud de la Demandante, habida cuenta que no se ajusta a los lineamientos del Reglamento.

35. Por otro lado, si bien es cierto que el acuerdo arbitral goza de autonomía en relación con el clausulado contractual dentro del cual está inserto, resulta igualmente acertado afirmar que la ley aplicable al resto del contrato resulta útil para integrar cuestiones sobre las que no exista claridad en la ley aplicable de forma directa al acuerdo arbitral.

36. En este orden de ideas, al no existir claridad sobre el tema de apoderamiento y representación dentro del ordenamiento jurídico de Madre Patria, el Tribunal Arbitral en uso de sus facultades previstas en los artículos 17.1, 25.1 y 25.3 del Reglamento puede determinar que la ley llamada a resolver esta cuestión, es aquella fijada por las partes para el fondo de su relación contractual. Lo anterior, teniendo en cuenta cualquier uso mercantil aplicable al caso, siendo este precisamente el de la representación aparente recogido en los Principios UNIDROIT.

37. Se concluye que los señores Atahualpa Inca, Huáscar Huallpa y Blas Valera no suscribieron a nombre propio la cláusula arbitral de Nazca y Chancas, por lo que no se obligaron a acudir a este procedimiento, ni tampoco aceptaron las reglas sobre terceros del Reglamento para adherirse a este litigio.

38. Por último, resulta importante mencionar que en lo referente a la incorporación de Tláloc como parte demandante, su adhesión al procedimiento tampoco resulta factible en consideración a que ello iría en contra a los términos y condiciones en las cuales el acuerdo arbitral relevante para esta controversia fue pactado. De esta forma, cualquier modificación del contenido del acuerdo, incluyendo particularmente las partes del mismo y los temas que se someten al arbitraje debe ser realizada por mutuo acuerdo de sus suscriptores iniciales.

39. Aceptar la posibilidad de incorporar a Tláloc sin el consentimiento de Chancas no resulta procedente pues implicaría una alteración del contenido mismo del acuerdo arbitral, ampliando el ámbito subjetivo del mismo de forma unilateral en detrimento de los derechos del ente corporativo por nosotros representado y atentando contra el principio de igualdad de las partes fijado en el artículo 17.1 del Reglamento.

40. De cualquier forma, e incluso de llegar a considerarse que Tláloc sí puede intervenir como tercero en este litigio, el Tribunal Arbitral no podría decidir sobre ninguna de sus pretensiones pues en lo que respecta al ámbito de arbitrabilidad objetiva del pleito, se reitera que esta depende, primordialmente, de las materias que efectivamente las partes hayan decidido someter al arbitraje.

41. En consideración a que la cláusula compromisoria pactada entre Nazca y Chancas no abarca controversias suscitadas por tema distinto al Contrato de Compraventa de Acciones, resulta evidente que este Honorable Tribunal Arbitral carece de competencia para conocer de las materias relacionadas con el presunto incumplimiento del Acuerdo Estratégico y sus supuestos derivados.

42. Teniendo claro que ninguno de los sujetos que se pretenden incorporar al litigio fueron parte del acuerdo arbitral invocado para constituir este Tribunal Arbitral, se concluye que: (i) al no cumplirse con el requisito del artículo 17.5 del Reglamento para la incorporación de

terceros; (ii) al no existir una manifestación de voluntad de las partes en incorporar de común acuerdo a todos los sujetos en cuestión; (iii) ni tampoco de ampliar el ámbito objetivo del acuerdo arbitral base de este litigio para abarcar las materias del supuesto incumplimiento al Acuerdo Estratégico, la reforma a la demanda presentada por la contraparte carece de méritos para su reconocimiento.

43. Este Tribunal Arbitral debe proceder a declinar su competencia para conocer sobre cualquier reclamo realizado por Tláloc en contra de los Demandados así como también de toda pretensión incoada en contra de los Socios de Chancas al no existir ningún fundamento legal o contractual que así lo permita.

3. No puede consolidarse la competencia del Tribunal Arbitral sobre una supuesta idea de economía procesal o compatibilidad de cláusulas compromisorias

44. Con el fin de concluir los argumentos relacionados a la competencia de este Honorable Tribunal Arbitral para conocer de la controversia, resulta necesario mencionar que las nociones de economía procesal o compatibilidad de las cláusulas compromisorias son asuntos accesorios en la operación de fenómenos como la adhesión de terceros al proceso arbitral o la consolidación de controversias. En este sentido, carecen completamente de relevancia al no haberse construido previamente una estructura argumentativa lo suficientemente sólida como para fundamentar jurídicamente la incorporación de los Terceros.

45. El consentimiento y la autonomía de la voluntad dentro del arbitraje, como pilar filosófico y axiológico de su existencia, no puede ser desconocido por medio de conjeturas estructuradas a partir de simples descripciones hipotéticas y circunstanciales, de escenarios que no encuentran un sustento legal para vincular a este Tribunal Arbitral.

46. Este procedimiento arbitral surge como consecuencia de la ejecución material de un contrato, donde terceras personas no deben intervenir a menos que de común acuerdo se consienta en su adhesión a la convención. Así, sin importar lo “aconsejable” que considere la contraparte que sería incluir a más sujetos dentro del proceso que se adelanta, no hay fundamento jurídico alguno que soporte tal presunto beneficio.

47. Por último, en lo relacionado con el principio de economía procesal, resulta esencial mencionar que un tribunal de arbitramento debe tener una concepción distinta de este precepto procesal, distinto a la interpretación que de él puede llegar a tener un juez de una jurisdicción doméstica. Lo anterior, por cuanto la fuente de su competencia para resolver una controversia es diametralmente diferente a la del árbitro y los motivos que guían su actuar se alejan completamente del terreno de la autonomía de la voluntad para entrar al del orden público nacional.

48. Se excluye entonces la posibilidad de usar el referido principio como una razón estructural para permitir un arbitraje complejo multi-partes y multi-contratos que no fue concebido de tal forma por ninguna de las partes presentes en este litigio al momento de celebrar el acuerdo arbitral, pues no hay motivos de eficiencia administrativa y orden público que obliguen a este Tribunal Arbitral a la resolución conjunta de controversias que en el fondo son claramente diferentes.

II. CONSIDERACIONES RELATIVAS AL FONDO DE LA CONTROVERSIA

49. Una vez ha sido desvirtuada en su totalidad la competencia del H. Tribunal Arbitral para conocer y decidir de fondo la presente controversia, de modo que sea vinculante para los Terceros, se procede a señalar los argumentos que responden a las pretensiones de fondo del Escrito de Demanda, que tendrán como conclusión la declaración inexorable de cumplimiento de las obligaciones de las cuales la Parte Demandada es la titular.

A. Ley aplicable al fondo de la controversia

50. Dentro de los asuntos que deben ser discutidos por las Partes [Orden Procesal No. 4 Punto 5.] en relación con el fondo de la controversia, conviene presentar las consideraciones de los Demandados relativas a determinar cuál es el derecho aplicable, que además desvirtúan en su totalidad los argumentos soslayados por la parte Demandante: i) en primera medida, al Contrato de Compraventa de Acciones; y en segundo lugar ii) al Acuerdo Estratégico y las comunicaciones mantenidas entre éstos, suscritos entre las Partes.

51. Sin embargo, es pertinente hacer una aclaración preliminar al contenido del Escrito de Demanda presentado por la Demandante en lo relativo a la ley aplicable. Durante sus alegatos, la misma señala que *“La naturaleza de la relación jurídica entre las partes es netamente contractual y debe regirse por los principios de Derecho Uniforme”* [Escrito de Demanda §74], refiriéndose a las dos relaciones contractuales fuente de controversia entre las Partes.

52. Adicionalmente, después de realizar un análisis sobre la naturaleza contractual o societaria de las dos relaciones (análisis que es controvertido respecto del Acuerdo Estratégico en la segunda parte de este capítulo A [Punto 2.]), concluye que la calidad de “asunto de tipo contractual” *“(…) resulta esencial para determinar la legislación aplicable al caso. En efecto, la naturaleza contractual de las cuestiones en conflicto define la normativa aplicable que **las** rige”* [Escrito de Demanda §83].

53. Teniendo en cuenta lo anterior, es de importancia resaltar que el Demandante incurre en una confusión de las Cláusulas de Ley Aplicable de dos convenios diferentes y con efectos completamente disímiles, por cuanto la determinación de la calidad de la controversia como societaria o contractual no tiene influencia alguna en la aplicación de la Cláusula VIII del Contrato de Compraventa de Acciones.

1. La ley aplicable al Contrato de Compraventa de Acciones es la señalada por las Partes

54. Las Partes dentro del Contrato de Compraventa de Acciones pactaron la ley que sería aplicable al mismo en su Cláusula VIII. La Demandante comparte dicha postura en el Escrito de Demanda, aunque se cita tan sólo parcialmente el texto de la estipulación [Escrito de Demanda §85].

55. Sin perjuicio de lo anterior, la contraparte incurre en una contradicción sustancial en su argumentación, pues en primer lugar señala que la ley aplicable a ambas convenciones y controversias son *“(…) los principios de Derecho Uniforme”* [Escrito de Demanda §74, 106], por virtud de la naturaleza contractual de ambas controversias, y posteriormente, señala que

en lo relacionado con el Contrato de Compraventa de Acciones, la ley aplicable es la Convención de Viena por expresa a aplicación de la autonomía de la voluntad de las Partes.

56. En este sentido, la Cláusula pactada por las Partes señala que el Contrato de Compraventa de Acciones se regirá: “(...) *por lo dispuesto en la Convención de Viena de 11 de abril de 1980 sobre Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, y los principios generales de los contratos internacionales, que resultarán aplicables a modo de reglas de derecho, así como, en las materias no cubiertas por aquéllos, por el Derecho de Cervantia*” [Notificación de Arbitraje, § 22].

a. La Convención de Viena no es aplicable de forma directa a la presente controversia de conformidad con su Artículo I (1)

57. De esta forma, analizando el contenido del pacto de ley aplicable y la verdadera voluntad de las Partes, aun cuando la Convención de Viena fuere consagrada en la estipulación contractual como uno de los cuerpos normativos aplicables, la misma no puede serlo, de acuerdo con el ámbito de aplicación regulado en el Artículo I (1) de la Convención [SCHLECHTRIEM, 2005], que lo reduce al cumplimiento de dos principales factores, a saber:

1. *Uno geográfico o espacial* que consiste en que los Estados sean Estados contratantes de la Convención y tengan sus establecimientos en Estados diferentes. En el caso concreto, Nazca y Chancas tienen sus establecimientos en Cervantia y Andina respectivamente [Notificación de Arbitraje, §§ 1,2], aun cuando Andina no es Estado parte de la Convención [Notificación de Arbitraje]. Luego al no cumplirse dicho factor, la Convención deviene inaplicable.
2. *Uno material*, que consiste en la presencia de un contrato de venta de mercaderías internacional, es decir, un contrato en el que exista la obligación del vendedor de transferencia de la propiedad y entrega material del objeto de la venta, teniendo especial cuidado en que tal bien, no se encuentre excluido por el Artículo 2 de la Convención. En el presente caso, aun cuando es fácilmente reconocible la internacionalidad del Contrato, el objeto de la misma de acuerdo con la Cláusula III del Contrato de Compraventa de Acciones [Notificación de arbitraje, Documento No. 4] corresponde a una de las compraventas excluidas por el Artículo 2 (d), en relación con los valores mobiliarios, títulos o efectos de comercio, tal como es aceptado por las Demandantes [Notificación de Arbitraje § 23; Escrito de Demanda § 99] y confirmado por los Demandados [Respuesta a la Notificación de Arbitraje §14].

58. De lo anterior puede concluirse que la Convención de Viena no puede ser aplicable, toda vez que el Contrato de Compraventa de Acciones tiene como objeto un bien intangible. En este sentido, es alegado por los Demandantes que “*las partes pueden excluir las disposiciones de la CISG a su voluntad, lo que permite así prescindir del inciso que discrimina a las acciones como objeto de compraventa. Si bien las partes no mencionan expresamente la exclusión de la disposición prohibitiva de la CISG, jurisprudencialmente se ha respaldado en varios casos la tesis de que las partes pueden tácitamente excluir normativas de la CISG, es decir, sin mención expresa*” [Escrito de Demanda §100, 101].

59. Con relación a lo señalado por la contraparte, aun cuando la jurisprudencia ha aceptado en ocasiones la exclusión tácita, la misma es limitada a ciertos supuestos que los Demandantes no prueban, a saber: (i) las partes deben tener conocimiento de que la Convención de Viena sería inaplicable; y en segundo lugar (ii) dicha exclusión debe ser real y consciente, es decir, que pueda deducirse con seguridad del conjunto de circunstancias que rodeen el contrato porque las partes hayan tenido la intención de querer excluir su aplicación [Rheinland Versicherungen vs. S.r.l. Atlarex and Allianz Subalpina S.P.A.].

60. En la presente controversia, los Demandados no prestaron consentimiento ni real ni seguro de la exclusión de dicho Artículo de la Convención, luego en conclusión el mismo aplica y la misma se hace inaplicable por el no cumplimiento de los factores territorial ni objetivo.

b. Aun cuando la Convención de Viena fue pactada por las Partes, la aplicación de las normas de conformidad de los bienes es incompatible con el objeto de la actual controversia

61. Por otro lado, es cierto que el pacto realizado por las Partes en uso de su autonomía de la voluntad devino en la escogencia de la Convención de Viena como una de las normas aplicables a la controversia. No pretende la Parte Demandada negar este hecho, sino favorecer la aplicación de aquella normativa que dentro de aquello pactado por las Partes, se ajuste mejor a la materialidad de la controversia.

62. En este sentido, aun cuando el H. Tribunal decidiera que la Convención de Viena es aplicable de forma directa a la controversia, representa un inconveniente de gran importancia la aplicación específica de la Sección III sobre la "*Conformidad de las mercaderías y pretensiones de terceros*" en su artículo 35 de la Convención, que regula los factores que determinan que el objeto de la compraventa fueren o no conformes a lo pactado y que tendría un papel determinante en la solución al caso planteado.

63. En relación con lo anterior, no pretende la Parte Demandada hacer un análisis escueto de exclusión tácita de dicha norma, tal y como lo hizo la parte Demandante en otros aspectos ya analizados, sino que a continuación serán presentado ante el H. Tribunal, argumentos de fondo frente a cada uno de dichos factores de determinación de conformidad de los bienes, que en todo caso, explican por qué la Comisión Redactora de la Convención de Viena decidió excluir de su ámbito de aplicación a las acciones y en general, a los objetos intangibles.

64. En el artículo 35 de la Convención de Viena en su párrafo se establecen criterios sobre la calidad, la función y el embalaje de las mercaderías, que aplicados al caso en concreto permiten concluir:

1. En cuanto al criterio de utilidad o función (literales a) y b)), debe decirse que las acciones de la compañía no corresponden a "mercaderías" en los términos de la Convención, por lo que se hace difícil realizar un análisis válido de que el uso general de las mismas sea paralelo al de su género, por ser estos bienes que fueron vendidos como especies y por sus características especiales, al representar los derechos económicos y políticos al interior de una Compañía determinada, Huaca;

2. En relación con el criterio de las cualidades de la muestra o modelo (literal c), es claro que en el presente negocio, por comportar las características propias de la compraventa de las acciones de una empresa, y estar en juego la propiedad de una persona jurídica, dicho criterio no es materialmente aplicable al supuesto de hecho por lo que tampoco podría hacer la comparación de una “muestra” con Huaca como objeto de la compraventa.
3. Por último, se enumera la condición de embalaje o envase de las mercaderías (literal d)), que por razones evidentes no es aplicable tampoco al supuesto de hecho, siendo sólo comparable ante objetos que son del ámbito de aplicación directo de la Convención, teniendo en cuenta además que las acciones comportan un título valor que materializa (sólo en algunos casos) un derecho, no una mercadería o un bien tangible que pueda conservarse de la forma como lo plantea la Convención [CNUDMI, 2012].

65. Por todo lo anterior, es claro que dicha norma, que es determinante para la aplicación consecencial de las demás normas sobre conformidad de bienes o mercaderías, no puede ser materialmente aplicable desde un punto de vista teleológico. La aplicación de una norma que, aun cuando ha sido pactada por la Partes para regular los asuntos de controversia, no responde a la situación de hecho específica ni a las necesidades y verdadera voluntad de las Partes, constituye una violación a la seguridad jurídica y afecta gravemente la predictibilidad de la que deben gozar las partes de un contrato al momento de acordar sus condiciones y términos.

c. Las partes pactaron como aplicable en relación con la conformidad de las acciones objeto de la compraventa, a los Principios Generales de los Contratos Internacionales

66. Siguiendo con la línea de argumentación esbozada hasta el momento, cabe señalar al H. Tribunal Arbitral cómo es que las Partes en virtud de la autonomía de la voluntad tuvieron la intención, mediante su pacto de ley aplicable, de llenar los vacíos e incongruencias que representaba en algunos asuntos la aplicación de la Convención de Viena.

67. Un análisis detenido de la Cláusula VIII del Contrato de Compraventa de Acciones, deja ver que las Partes previeron los vacíos que respecto del objeto del Contrato, representaría la escogencia de la Convención de Viena como ley aplicable. En este sentido, las Partes establecen una jerarquía en cuanto a las normas aplicables, señalando que la ley aplicable serán la Convención “y los principios generales de los contratos internacionales, que resultarán aplicables a modo de reglas de derecho, así como, en las materias no cubiertas por aquéllos, por el Derecho de Cervantia” [Notificación de Arbitraje, § 22]. Lo anterior, permite concluir que los principios generales se pactaron con una función específica, la de suplir aquellos aspectos en los que la Convención no respondería a la voluntad de las Partes. Adicionalmente, y en forma supletiva, se pacta ley de Cervantia.

68. La jurisprudencia ha señalado en relación con la aplicación del artículo 35 de la Convención, que “Si las partes no desean que estos criterios se apliquen a su contrato, pueden, según el artículo 35, pactar otra cosa. A menos que las partes ejerzan su autonomía para excluir del contrato las normas del párrafo 2 del artículo 35, estarán obligadas por ellas” [Bundesgerichtshof, Alemania, 4 de diciembre de 1996].

69. El análisis realizado anteriormente [Infra §68], que demuestra la evidente inaplicabilidad material del artículo 35 de la Convención de Viena, y por lo tanto, las disposiciones ulteriores sobre la conformidad de los bienes objeto del contrato, permite concluir que existía una exclusión real y consciente de dichas normas, que se configuró en el momento en el que las Partes, en uso de la autonomía de la voluntad, decidieron pactar como ley aplicable los principios generales de los contratos internacionales, dándole expresamente la calidad de aplicabilidad como “reglas de derecho” y sin determinar un carácter supletivo o de menor jerarquía que la Convención de Viena. Todo lo anterior, es además ratificado por el Demandante [Escrito de Demanda §106].

70. Entonces, es pertinente encontrar dentro de dichos principios, aquellos que individualmente regulen el asunto de controversia. En este sentido, la Parte Demandante considera como los principios aplicables a la controversia en relación con la conformidad de los bienes, los principios *caveat emptor* y *arm’s length*, principios generales de los contratos internacionales aceptados, aplicados en numerosas transacciones internacionales y analizados ampliamente por la jurisprudencia, los tribunales arbitrales y la doctrina [ORTEGA, RODRIGUEZ ANTOLIN, ZAMBRANA, 2006; Foo Ah Kim v Koo Chen Lim and another; Chip Hup Hup Kee Construction Pte Ltd v Tng Peck Guek; Norwest Holdingste Ltd. (in liquidation) v Newport Mining Ltd.].

2. La ley aplicable al Acuerdo Estratégico corresponde al Derecho de Andina, teniendo en cuenta que la controversia es propiamente societaria

71. Reiterando los argumentos expuestos por los Demandados, el H. Tribunal no tiene competencia para decidir sobre los asuntos de controversia alrededor del Acuerdo Estratégico [Infra §48]. Sin embargo, y en caso de que el H. Tribunal decidiera tener competencia, y de acuerdo con el esquema de argumentación presentado, corresponde referirse a la ley aplicable al Acuerdo Estratégico del 1 de diciembre de 2010 y a las correspondientes comunicaciones entre Tlálloc y el grupo de empresas Chancas y sus accionistas.

72. Es así como las Partes del Acuerdo pactaron como ley aplicable al mismo “(...) *los principios generales, usos y prácticas aplicables a los contratos comerciales internacionales, con sujeción, en las materias propiamente societarias, al Derecho de Andina*” [Acuerdo Estratégico, Cl. X].

a. La Parte Demandante no probó que la controversia que ocupa al Tribunal sea de materia contractual

73. La Parte Demandante alega que la ley aplicable corresponde a los principios generales, usos y prácticas aplicables a los contratos comerciales internacionales a partir del presupuesto de que “*la sociedad desde su origen y constitución es un contrato. Entonces al sostener que estamos frente a una cuestión societaria, en esencia, estamos hablando de igual manera de una cuestión contractual.*”. La Demandante llega a esta conclusión a partir de la determinación de que tanto el Contrato de Compraventa de Acciones como el Acuerdo Estratégico, corresponden a la noción de contrato de acuerdo con la doctrina [Escrito de Demanda §79].

74. Sin embargo, es importante el correcto entendimiento del problema jurídico que se plantea al H. Tribunal en relación con la ley aplicable al Acuerdo Estratégico. El mismo, se

refiere específicamente a determinar si la controversia originada entre las Partes, fuente de la Solicitud Adicional planteada por la Parte Demandante, es una controversia de materia contractual o societaria. No se refiere, tal como quiere hacerlo ver el Demandante, a determinar si las relaciones entre las Partes son o no contractuales. No se discute que entre las Partes del Acuerdo Estratégico no exista una relación de convenio, sin embargo, dicho postulado no resuelve el problema jurídico.

75. En conclusión, que el hecho de que entre las Partes exista un convenio, y que su relación jurídica esté guiada por lo consignado en dicho pacto, no es causa de que todos los asuntos o controversias a resolver, sean de tipo contractual. Una y otra cosa no puede ser consecencial en el presente caso.

b. La controversia es de materia propiamente societaria, y por lo tanto, la ley aplicable es el Derecho de Andina

76. Contrario a lo señalado por la contraparte, el problema jurídico alrededor del Acuerdo Estratégico consiste en determinar la oponibilidad de las cláusulas que no se encuentran recogidas en los estatutos y que pueden llegar a regular la relación entre los socios y con terceros, y el posible cambio de control societario de la sociedad, en este caso, Huaca.

77. En este punto, citamos a los Demandantes, quienes señalan que *“un contrato para considerarse “societario” o mejor, una cuestión de naturaleza societaria, debe involucrar los caracteres especiales de este tipo de contratos “*. Continúa, señalado que *“debe abocarse a la pluralidad de la organización creada, a las relaciones entre los socios, o bien al objeto de la sociedad, la finalidad para la que fue creada”* [Escrito de Demanda §81].

78. Siendo el punto de controversia entre las Partes con respecto al Acuerdo Estratégico, la negociabilidad, transmisibilidad y adquisición de las acciones de Huaca, la oponibilidad de las cláusulas de dicho Convenio, es decir, la posibilidad de hacer exigible una supuesta limitación a la transmisibilidad de las acciones de Huaca pactado por fuera de las cláusulas estatutarias, es claro que el mismo se refiere a un asunto propiamente societario, y en este sentido, la aplicación de la Cláusula de derecho aplicable del Acuerdo Estratégico permite concluir inexorablemente que el problema jurídico debe solucionarse de acuerdo con el Derecho de Andina [Acuerdo Estratégico, Cl. X].

79. Prueba de lo anterior, es que precisamente este asunto, tiene regulación dentro del Derecho de Andina, que se ubica dentro del Código de Comercio, en el artículo 654 y ha sido tratada por la jurisprudencia como un asunto propiamente societario [Documento de Respuesta a la Solicitud Adicional No. 1].

80. En conclusión, siendo la discusión el efecto vinculante de aquellas restricciones a la negociabilidad y transmisibilidad de las acciones que no son consagradas en los estatutos, es claro que tiene que ver con el instrumento regulador de las relaciones entre los socios, pues son los estatutos la carta de navegación de todos aquellos sujetos que mantienen una relación contractual o de cualquier otro tipo con la sociedad, en este caso, Huaca.

B. Los Demandados no incurrieron en un incumplimiento contractual

81. Considerando que las partes pactaron como Ley aplicable a la presente controversia las “Principios Generales de los Contratos Internacionales”, sin ninguna sujeción de las mismas a la Convención de Viena, la cual como quedó demostrado, no resulta aplicable, se procederá a desvirtuar el cargo mediante el cual Nazca pretende atribuir un incumplimiento a los Demandados por la supuesta entrega de bienes disconformes al Contrato.

1. Los Demandados no tenían la obligación de provisionar contingencias en su estados financieros y no se presenta una violación de garantías respecto de la buena salud financiera de la empresa y la existencia de una investigación

a. Chancas no estaba obligada a provisionar ninguna contingencia, por lo que no incumplió los principios de la contabilidad generalmente aceptados.

82. Los argumentos de la Parte Demandante se fundamentan en una lectura indebida del Informe Pericial realizado por KPMG Asesores, S.L. [Documento No. 8]. El informe en referencia tuvo como uno de sus objetivos determinar si, según los principios de contabilidad generalmente aceptados, el Patrimonio Neto de la Sociedad que se desprende de las Cuentas Anuales Auditadas de 31/12/2011, debería haber sido ajustado como consecuencia de la posible sanción que la Sociedad podría recibir del Ayuntamiento como consecuencia del vertido de residuos.

83. Para su desarrollo se acudió, tal como lo cita el Demandante al Plan General de Contabilidad de Andina, en rigor desde el 03 de enero de 1997. En el mismo se concluye que *“la Sociedad debía haber hecho su mejor estimación sobre el importe que debería pagar como multa exigida por el Ayuntamiento”* y que teniendo en cuenta que *“el hecho desencadenante de la sanción había ocurrido antes del cierre del ejercicio, y por tanto la Sociedad debía haber contabilizado una provisión en las cuentas anuales del ejercicio 2011”* (subrayado fuera del texto original).

84. El aparte subrayado establece que Chancas debería pagar la multa exigida, asumiendo que la empresa está obligada a cancelar la suma adeudada. Lo anterior, desconoce abiertamente el principio de presunción de inocencia. Según lo establecen Moreno Molina, Pleite Guadamillas y otros, en su obra *“Procedimiento Sancionador Común”*, en la cual indica que *“toda condena debe ir precedida siempre de una actividad probatoria impidiendo la condena sin pruebas”* y a su vez, que *“no existe nunca carga del acusado sobre la prueba de su inocencia.”* [MORENO, PLEITE, MORENO y GARROTE, 2006]

85. Como si no fuere suficiente, la Demandante se limita a transcribir las definiciones del Plan General de Contabilidad de Andina, citados en el Informe Contable, aun cuando las definiciones no respaldan su argumento sobre la existencia de una obligación de documentar las provisiones. Adicionalmente, se limita a reproducir las conclusiones que indebidamente se aprecian en el Informe.

86. El Plan General de Contabilidad de Andina establece que los pasivos se definen como: *“las obligaciones actuales surgidas como consecuencia de sucesos pasados, para cuya extinción la empresa espera desprenderse de recursos que puedan producir beneficios o rendimientos económicos en el futuro. A estos efectos, se entienden incluidas las provisiones”*; a su vez, establece en la norma de valoración 17 que: *“la empresa reconocerá como provisiones los pasivos que, cumpliendo la definición legal en el apartado de normas*

de valoración, resulten indeterminados respecto a su importe o a la fecha en que se cancelarán...”.

87. Como se observa claramente, las únicas provisiones que la empresa debía documentar y sobre las cuales la Demandante sí podría alegar incumplimientos, se refieren a los pasivos, es decir a obligaciones actuales, independiente que no se hayan cancelado. Haciendo referencia a un concepto corriente de obligación, el mismo se refiere a “*un vínculo jurídico en virtud del cual una persona determinada debe realizar una prestación en provecho de otra.*” [OSPINA, FERNÁNDEZ, pág. 20, 2005]. En otras palabras, debía existir un vínculo jurídico, como resultado de eventual fallo adverso una vez culmine el proceso sancionatorio, mediante el cual se obligara a la Empresa a cancelar una suma de dinero de acuerdo al monto de la multa que fijara la autoridad ambiental.

88. Ahora bien, de los hechos del caso no se desprende la existencia de obligaciones pendientes de pago a cargo de Huaca como consecuencia de la imposición de multas en el cargo de procesos sancionatorios. En este sentido, la valoración del Informe de Interventoría y las conclusiones a las que arriba la Demandante no tienen sustento en el Plan General de Contabilidad de Andina, pues no existen pasivos, entendido por los mismos obligaciones actuales, que debían registrarse. Por ello, al no existir pasivos que debían provisionarse no se transgredieron las disposiciones contables referidas, lo que ineludiblemente conlleva a concluir que no se pueden imputar incumplimientos a los Demandados bajo esos supuestos.

89. Ante tal realidad, la Demandante acude a otras normas de carácter internacional, en su intento de sustentar una inexistente violación de principios de contabilidad generalmente aceptados. Por tal razón, se refiere a las Normas Internacionales de Contabilidad, adoptadas por la Unión Europea. Sin embargo, la referencia a tales normas resulta selectiva y desconoce disposiciones complementarias que permiten establecer que los balances de Huaca, se ajustaron en todo momento a las mismas. En particular, resulta pertinente resaltar que la norma sobre provisiones, activos y pasivos contingentes establece que:

“En casos muy especiales o raros, por ejemplo cuando la empresa ha sido objeto de una demanda judicial, puede no quedar claro si la misma tiene una obligación presente. En tales circunstancias, se considera que el suceso ocurrido en el pasado ha dado lugar a una obligación presente si, teniendo en cuenta toda la evidencia disponible en la fecha del balance, es mayor la probabilidad de que exista una obligación presente que de lo contrario. La empresa procederá a reconocer una provisión para cubrir tal obligación presente siempre que se cumplan el resto de las condiciones para su reconocimiento descritas en párrafos anteriores. Si hay menos probabilidad de que la obligación presente exista que de lo contrario, la empresa procederá a revelar la existencia de una obligación contingente, salvo en el caso de que sea remota la posibilidad de salida de recursos que incorporen beneficios económicos para cancelarla.”

90. Un confrontación de los supuestos contenidos en la norma y los hechos del caso permiten establecer que son pocas las probabilidades de que se genere una obligación a cargo de HUACA, por un futuro fallo en el proceso administrativo al que se refiere la Demandante – proceso a cuyo expediente no se tiene acceso [Orden Procesal No. 4]- , razón por la cual no tenía la obligación de reconocer provisiones en los estados financieros a corte del 30 de marzo.

91. Así las cosas, se observa que bajo ninguna de las normas de contabilidad aplicables referidas por la Demandante se puede atribuir a los Demandados responsabilidad por la no inclusión de provisiones en los estados financieros, pues no existían provisiones que reportar.

b. Los Demandados no incumplieron las manifestaciones y garantías plasmadas en el contrato.

92. La Demandante hace referencia a unos supuestos incumplimientos por parte de los Demandados por ocultamiento de un litigio en curso y datos sobre la salud financiera de la empresa [Escrito de Demanda §118]. Sobre las mismas, indica la Demandante lo siguiente:

“...si bien, podría ser discutible la naturaleza jurídica del inicio de una investigación preliminar, en cuanto a si la misma constituye un procedimiento administrativo ordinario propiamente dicho o una etapa preparatoria de este, lo que no es discutible por la adversa es que tal circunstancia mencionada anteriormente, afecta sustancialmente la expectativa de nuestra representada, la firma NAZCA, sobre la conformidad del bien, existiendo pasivos ocultos en las cuentas anuales auditadas de fecha 31 de diciembre de 2011 presentadas a NAZCA, de alrededor de 550.000 euros, los cuales configuran más de un 30% del valor total de la Sociedad HUACA, afectando claramente la “calidad” de los bienes que han sido adquiridos por nuestra mandante y reduciendo indefectiblemente el valor de la sociedad en esa cantidad” [Escrito de Demanda §119].

93. Las supuestas violaciones a las garantías y manifestaciones alegadas por la Demandante serán desvirtuadas en el orden planteado por la misma.

94. En primer lugar, el incumplimiento de una manifestación por ocultar la existencia de una investigación preliminar es discutible, compartiendo lo esbozado en la demanda. Es más, el Demandante pone en tela de juicio si a la misma se le puede catalogar como un procedimiento administrativo.

95. Por su parte, en las Aclaraciones al Caso [Orden Procesal No. 4] se establece que *“la apertura del expediente de investigación no supone automáticamente la apertura de un expediente sancionador, como tampoco la imposición de una sanción administrativa.”*

96. Vale recordar que la manifestación suscrita en el contrato de Compraventa de Acciones de Huaca establece que la parte vendedora manifiesta que a la fecha de firma del presente contrato de compraventa, no se encuentra incurso en ningún tipo de litigio o arbitraje, o procedimientos administrativos o penales.

97. Dicha manifestación no se vulneró a la fecha de celebración del contrato, pues la investigación adelantada por la autoridad ambiental competente se desarrolla en el marco de una política medio ambiental implementada por el nuevo Gobierno desde inicios de 2011, la cual consiste en la realización de controles sobre vertimientos en el Río de Topoma.

98. Por lo tanto, las investigaciones preliminares realizadas desde 2011 por parte de la autoridad ambiental no suponen el inicio de procedimientos sancionatorios ambientales, sino

la mera ejecución de labores de supervisión por parte de las autoridades. Lo anterior supone que a la fecha de celebración del Contrato Huaca no se encontraba inmiscuida en algún tipo de proceso, por lo que no se presenta una violación de la manifestación contractual.

99. Por otro lado, las cuentas anuales auditadas cerradas a 31 de diciembre de 2011 se firmaron “SIN SALVEDADES” [Documento No. 3], siendo falsa cualquier aseveración encaminada a pretender desconocer tal realidad. Como se demostró anteriormente, Huaca no se encontraba ni se encuentra en la obligación de pagar la suma equivalente a 550.000 € por la imposición de sanciones ambientales. Las conclusiones expuestas en el informe y los argumentos de la Demandante carecen de sustento fáctico y jurídico en la medida en que no existen criterios para determinar la posibilidad de una sanción en contra de Huaca, tal como se puede verificar en las Aclaraciones al Caso en la letra d. *sobre vertidos de residuos y los expedientes de investigación y sancionador*.

100. En dicho aparte se deja absoluta claridad de los siguientes puntos: (i) la investigación adelantada no suponía la apertura de un expediente sancionador; (ii) no existe prueba que permita establecer que los niveles de contaminación obedecen a los vertimientos realizados por Huaca, pues es claro que a lo largo del río Topoma se ha permitido el establecimiento de varias empresas; (iii) la investigación no se inició por los vertidos realizados por Huaca, sino para clarificar la procedencia de los vertidos ilegales detectados; y (iv) finalmente, se desconocen los detalles del expediente, pues a la fecha no se tiene acceso al mismo, por lo que cualquier valoración sería anti técnica, encontrándose en el campo de la especulación.

101. Por lo anterior, no existen fundamentos que permitan a la Demandante afirmar que la empresa incurrió en “*el incumplimiento de la normativa con un vertido superior al autorizado*” [Escrito de Demanda §139] o que la empresa tiene la obligación de registrar un pasivo en sus estados financieros equivalente a 550.000 €, suma fijada sin criterio alguno, asumiendo la responsabilidad de la misma en el marco del proceso sancionatorio. Así las cosas, no existe incumplimiento de la manifestación del contrato, donde se indica que todas las provisiones que los principios de contabilidad generalmente aceptados en Andina fueron incluidos en los Estados Financieros.

2. Los Demandados actuaron conforme a los Principios Generales de los Contratos Internacionales

102. La Demandante alega que los Demandados incurrieron en una serie de violaciones de los Principios Generales de los Contratos Internacionales, particularmente el deber de buena fe. Sin embargo, en su análisis la Demandante desconoce los deberes que a la misma le asistían en el marco de la celebración a la hora de valorar la oportunidad de negocio y las múltiples variables que supone la celebración de un negocio de tal magnitud, como es la adquisición de acciones de una empresa.

103. Así, pretende desestimar su indebida valoración del negocio y los efectos de su negligencia, sin considerar que ambas partes se encontraban en un plano de igualdad en la negociación y que la compradora decidió no desplegar procesos de verificación ni de *due diligence*.

104. En este orden, se procederá a demostrar que (i) las partes se encontraban en igualdad de condiciones en la negociación y que (ii) la Demandante incumplió con su deber de informarse en la etapa previa de la celebración del negocio.

a. Las Partes se encontraban en igualdad de condiciones en la negociación del Contrato

105. Las Partes al haberse encontrado en igualdad de condiciones durante la etapa de negociación del Contrato, debían desplegar los mismos deberes de diligencia para valorar los riesgos que suponía la adquisición y venta de la empresa. Sobre el particular, resulta necesario destacar una serie de hechos que permiten fijar las condiciones en las cuales se celebró el negocio. En primer lugar, la celebración del negocio se llevo a cabo en condiciones de mercado, en el cual las partes cruzaron sendas comunicaciones sobre las calidades y cualidades de la empresa, las cuales no restringían actividades adicionales que cualquier podría ejecutar para tener una debida valoración del mismo.

106. A su vez, los hechos del caso establecen que la demandante había adelantado un estudio preliminar de mercado mediante el cual pudo valorar tales condiciones y el potencial de expansión que le brindaba HUACA [Notificación de Arbitraje Hecho No. 6]. Finalmente, el precio, se fijó mediante una oferta de NAZCA, aceptada en condiciones de mercado por los Señores Inca, Huallpa y Valera.

107. Tales hechos evidencian el marco en el cual se negoció y celebró el presente contrato, cuyas etapas negociales tienen sustento en el principio de Arm's length. Sobre el mismo, la doctrina ha establecido que *“en economía esta frase es utilizada para definir las transacciones comerciales hechas en igualdad de condiciones entre el comprador y el vendedor, así como a los precios regidos por las leyes del mercado, o sea, con independencia de las partes, en la que cada una se mantiene separada por la misma distancia”* [CHAVEZ AGUAYO, 2011].

108. La independencia a la que se refiere el concepto en referencia implica que las partes tenían plena autonomía para desarrollar una investigación de mercado suficiente que les proporcionara los elementos necesarios para la toma de decisiones. Lo anterior, destacando que las mismas deben estar antecedidas por un cuidadoso análisis interdisciplinario que permita obtener una debida valoración, reduciendo los márgenes de error. [THOMPSON, 2005]

109. Las condiciones de mercado descritas y la autonomía que revisten las partes para la toma de sus decisiones implican, entonces, que su conducta se deba analizar a la luz del comercio internacional y los principios que regulan la celebración de contratos transfronterizos. Pues bien, la paridad en las condiciones supone que no hay una sujeción de una de las partes a la otra que la libere de desplegar las medidas necesarias para celebrar sus negocios, razón por la cual no puede pretender desconocer su inobservancia.

b. La Demandante faltó a su deber de debida diligencia

110. Considerando que las transacciones internacionales se desarrollan en ámbitos de libre mercado, las partes deben valorar una serie de variables que confluyen para reducir el margen

de error en la toma de decisiones. Bajo ese entendido, las partes involucradas deben comportarse diligentemente para asegurar que se valoren debidamente todos los supuestos involucrados en la celebración del negocio, considerando los riesgos que puede suponer su inversión, por lo que no se puede atribuir responsabilidades a terceros por su falta a aquellos.

111. Dicho deber de diligencia también se enmarca en el principio de la buena fe que la parte Demandante alega. Sin embargo, en su valoración de tal principio desconoce que bajo este, el comprador en un negocio jurídico debe comportarse conforme al mismo.

112. Sobre el particular, resulta necesario precisar que la buena fe tiene una concepción dual a partir, entendida por Solarte Rodríguez de la siguiente forma: *“por una parte, una primera aproximación al concepto nos indica que la buena fe es la creencia que tiene un sujeto de que la conducta que ejerce o ejecuta es honrada, sin tacha, pues considera que la misma está ajustada al ordenamiento; por otra parte, se señala que la buena fe equivale a la honradez, corrección o rectitud con la que una persona debe actuar en el tráfico jurídico.”*[SOLARTE RUIZ].

113. Ahora bien, delimitando el estudio a la forma en que una persona debe comportarse en el tráfico jurídico, se debe hacer mención al concepto de la buena fe subjetiva la cual se entiende como la *“creencia o ignorancia del sujeto, y la concepción ética de la misma, noción ésta de origen germánico, según la cual la ignorancia o el error del sujeto sólo serán atendibles en la medida en que su comportamiento no sea culpable o, dicho de otra forma, tales situaciones sólo serán excusables si el sujeto, con una diligencia normal, no hubiera podido superar su apreciación errada de la realidad.”* [DIEZ PICASO y PONCE DE LEÓN, 1963]

114. Dicha diligencia, se mide conforme a las capacidades y calidades de cada sujeto, razón por la cual en materia comercial se acude a un estándar de conducta comparable al de la actitud de un empresario experto y no al concepto tradicional del buen padre de familia, al cual se le exigen estándares de diligencia menores.

115. Pues bien, en este punto resulta necesario destacar que la Demandante, Nazca, es la sociedad matriz del grupo Nazca Empresas, un grupo internacional, presente en 25 países, marca renombrada por su alta calidad y variedad que desde hace más de 7 años se encuentra en plena expansión en los mercados de Andina [Hecho No. 7 de la Notificación del Arbitraje]. Lo anterior, da fe de su amplia trayectoria y experiencia en el comercio de productos transfronterizos, así como de casa matriz de una serie de empresas.

116. Sin embargo y muy a pesar de su reconocida trayectoria, Nazca tras iniciar su proceso de expansión en Andina simplemente se limitó a informarse sobre la estructura del sector de la producción y distribución en el país, y pidió referencias a terceros para confirmar sus impresiones sobre Huaca. No obstante, consta en los hechos del caso que Nazca *“no realizó un proceso de revisión de la documentación tipo due diligence o auditoría alguna de HUACA con anterioridad a la adquisición, sino que examinó las cuentas anuales, y confió en el informe de auditoría sin salvedades.”* [Orden Procesal No. 4].

117. En otras palabras, decidió adquirir las el 100% de las acciones de Huaca sin desplegar ninguna actividad tendiente a valorar el activo que pretendía adquirir, aun cuando el mismo le permitiría llevar a cabo sus planes de expansión. La Demandante, entonces pretende excusar

su absoluta negligencia y valorar indebidamente el principio de la buena fe, el cual abiertamente vulnera, para pretender atribuir a los Demandados la responsabilidad de su vulneración. Vale recordar que a la fecha de la celebración del contrato no se presentaba la apertura de un expediente sancionador y que solo se tenía conocimiento de una investigación ejecutada en el marco de una estricta política gubernamental de protección ambiental.

118. Una empresa de las características de Nazca, debía desplegar un proceso de *due diligence* que le permitiera valorar a profundidad el objeto de su adquisición. Se ha dicho que el “*due diligence, es una de las etapas más importantes en el entorno de los procesos de Compra Venta de Empresas*” representado una “*revisión del negocio de la empresa a adquirir, con el objetivo de confirmar (o desestimar) todas las hipótesis sobre las que se ha tomado la decisión de adquisición.*”[LEGORBURO, 2011]

119. Entre las actividades que normalmente se repiten en todos los *due diligence* en la compraventa de empresas se destacan los siguientes:

“(…)

- Antecedentes de la Transacción*
- Visión general del negocio*
- Organización de la empresa*
- Análisis del negocio*
- Análisis financiero de la empresa*
- Sistemas de información y control*
- Contingencias fiscales*
- Contingencias medioambientales*
- Gestión de riesgo y de seguros*
- Contingencias jurídicas*
- Contingencias laborales*” (subrayado fuera del texto original).

120. Lo anterior, implica que la empresa debió analizar las contingencias medioambientales, considerando que desde comienzos del año 2011 la autoridad competente ha intensificado los controles de vertidos, siguiendo así la actual política medio ambiental marcada por el nuevo gobierno [Orden Procesal No. 4]. Sin embargo, el estudio se omitió en su totalidad pretendiendo atribuir responsabilidad a los Demandados por su falta de negligencia.

121. Aquí conviene recordar que “*las cargas de diligencia y cuidado que las partes deben observar en la etapa del perfeccionamiento del contrato y que el profano no se halla sustraído de su deber de informarse, lo que implica que su debilidad no le atribuye un derecho a la pasividad. Sin embargo, vale mencionar, para efectos del deber de información, el distinguo que Le Tourneau hace entre el profesional y el profano: “Maestro de su técnica, él [el profesional] conoce los riesgos y peligros, mientras que el adquirente, pobre y profano, no ve sino la apariencia de las cosas”* [TORNEAU, 1987]

122. En el mismo sentido se pronuncia el Código Civil de Andina, el cual en su artículo 386 establece que:

“(…) 2. El vendedor no estará obligado con respecto a los vicios aparentes y de los cuales el

Comprador pudo convencerse por sí mismo.”

123. Y el artículo 390 en el cual se dispone:

“(...) 2. En caso de venta de empresa, sólo existirá responsabilidad cuando la evicción o los defectos afecten de manera decisiva al desarrollo de la actividad, y no habrían resultado aparentes a un comprador que ejercitase la diligencia exigible a un ordenado empresario.”

124. A su vez, en la Sentencia Del Tribunal Supremo De Andina, Caso Acllahuasi C. Pachacámac, De 2 De Junio De 2009, Rep. Jur. 2009/678 se indica lo siguiente:

“Esta valoración es coherente con el principio de diligencia debida, exigible en la adquisición de conjuntos de bienes, y debe ser específica para dicha adquisición, pues, si seguimos el texto de la ley en materia de Informe de experto, el mismo no debe ser designado por las partes, de modo que 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 el orden societario.”

125. Por lo tanto, no puede establecerse que una concepción absoluta del deber de información, como secuela de la buena fe y, en particular, del postulado de la cooperación negocial, ya que el límite o el confín de la carga de informar al otro radica, precisamente, en el deber de informarse a sí mismo, en la medida de lo posible, y de las circunstancias que rodean cada asunto [Laudo *Municipio de Santiago de Cali contra Compañía Suramericana de Seguros S.A.*, 2006].

126. Como se observa, los Demandados proporcionaron la información suficiente a Nazca para que tomara una decisión sobre la adquisición de la empresa, una vez culminara su estudio de mercado y se informara sobre las variables que se desprenden del negocio. Por tal razón, no es de recibo que ante su absoluta negligencia se le pretenda atribuir a los Demandados responsabilidad alguna por la violación al principio de buena fe y colaboración negocial que el aquél infringió.

2. El Acuerdo Estratégico no es oponible a los Demandados de conformidad con la ley de Andina aplicable a la controversia

127. Como ya se estableció [§ 78-80], la controversia frente al acuerdo estratégico debe ser revisada a la luz del derecho de Andina, pues el limitar la negociabilidad y transmisibilidad de las acciones o participaciones en sociedades, claramente constituye un tema societario, temas que según la cláusula X del Acuerdo [Documento N° 2 de la Solicitud Adicional], deben sujetarse a lo estipulado en el derecho de Andina.

128. El artículo 654 del Código de Comercio de Andina [Documento N° 1 de Respuesta a la Solicitud Adicional] establece que *“...Sólo podrán imponerse restricciones a la libre transmisibilidad de las acciones cuando las mismas estén contempladas en los estatutos de la sociedad.”* Frente al mismo punto, la jurisprudencia respalda este sentido. El Tribunal Supremo de Andina en sentencia de 12 de abril de 2007, caso Viracocha vs Yahrar

[Documento N°1 de Respuesta a la Solicitud Adicional], afirmó que los efectos de los pactos firmados por los socios, pero no incluidos en los estatutos, no son oponibles a la sociedad, es decir no la vinculan.

129. Teniendo en cuenta lo anterior, y que el Acuerdo, si bien fue suscrito por los señores Atahualpa Inca, Huáscar Huallpa y Blas Valera, nunca fue incluido en los estatutos de la sociedad Chancas, se puede asegurar que dicho Acuerdo no es oponible a la sociedad Chancas. Por lo tanto, no se tendría como válida la limitación a la transmisibilidad de las acciones establecida en la cláusula VIII del Acuerdo. En otras palabras, no están obligados los señores demandados a cumplir con el supuesto derecho de preferencia que alegan los señores demandantes.

3. En subsidio, el Acuerdo Estratégico no es fuente generadora de obligaciones en los términos que propone la Demandante

130. En todo caso, si el Tribunal Arbitral considerara que la controversia que se suscita es de carácter contractual y no societario, habrá de tenerse en cuenta lo siguiente: los Demandantes aducen la existencia de un incumplimiento del acuerdo estratégico, reconociendo por la vía de este aserto la validez del Acuerdo. Sin embargo, el alcance dado a aquél es incorrecto, puesto que es un documento marco donde los firmantes establecen, de manera general y amplia, las bases para futuros acuerdos, y no un acto generador de obligaciones en la forma como lo aseguran los demandantes. [Memorial demandante § 187].

131. En otras palabras, el propósito del Acuerdo no es otro que consultar, cooperar y coordinar la forma como los signatarios participan en el mercado relevante de bienes, y no, como lo plantea la parte actora, someter importantes decisiones comerciales a la aprobación de dichos partícipes. A continuación, esta defensa pretende demostrar, por qué la tesis planteada por los demandantes carece de sustento jurídico.

a. No existió contrato de compraventa de acciones entre TLALOC y CHANCAS.

132. Los demandantes aseguran que el 7 de marzo de 2012 se celebró un contrato de compraventa de acciones entre Chancas y Tlálloc, en el cual, la primera se comprometía a vender el 50% de las acciones de Huaca, y la segunda, en contraprestación, a pagar un 70% del valor contable por acción [Escrito de Demanda § 191]. Sin embargo, es nuestro propósito demostrar que dicho negocio nunca se perfeccionó.

133. Según el Art. 2.1.1 de los Principios UNIDROIT, el contrato se perfecciona mediante la aceptación de una oferta o por una conducta que sea suficiente para inferir la existencia del acuerdo.

134. Se observa en los Documentos 3 a 6 de la solicitud adicional, que Tlálloc y Chancas sí iniciaron tratativas en aras de lograr un acuerdo frente a la venta de las acciones; empero, nunca se concretaron. Como se advierte de manera precisa en el Documento N° 4 de la solicitud adicional, al faltar “detallar con cuidado” las condiciones de pago y las manifestaciones y garantías, contenido que se entendía necesariamente como esencial por el propio contexto del negocio y, sin el cual los suscriptores no pudieron haber aceptado la oferta, y por ende, no se pudo haber perfeccionado el contrato.

135. Según el Art. 2.1.13 de los Principios UNIDROIT, 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 considerará perfeccionado mientras no se llegue a ese acuerdo [Comentarios a los Principios UNIDROIT, Art 2.1.13].

136. Así pues, en el presente caso, es claro que en la comunicación enviada el día 8 de marzo de 2012 a Tenoc [Documento N° 4 de la solicitud adicional], Tlálóc más que aceptar una oferta formulada, contrapropone, con mayor detalle, las cuestiones referentes a las condiciones de pago, manifestaciones y garantías; información que nunca fue remitida y, por ello, nunca pudo haber aceptación. No puede entonces tenerse como válida la afirmación de los Demandantes, según la cual el 7 de marzo de 2012 se perfeccionó un contrato de compraventa entre Tlálóc y Chancas, dado que, al haber existido una contrapropuesta y no una aceptación, no se pudo haber perfeccionado dicho negocio.

b. Los demandados no violaron el derecho de adquisición preferente de Tlálóc.

137. Como ya lo mencionamos [supra § 129], del Acuerdo no se desprenden o nacen obligaciones para las partes, pues este es un documento, como se puede apreciar de manera clara [Documento N° 2 de la solicitud adicional], que buscaba “explorar vías conjuntas de colaboración”, por lo cual, no se puede asegurar que del mismo se desprenda el deber de respetar el supuesto derecho de adquisición preferente que dicen los demandantes nuestros defendidos violaron.

138. En todo caso, si se considera que en la cláusula VIII del Acuerdo [Documento N° 2 de la solicitud adicional], denominada “Desinversión”, sí se desprende, como lo aseveran los Demandantes [Escrito de Demanda § 192], por un lado, el derecho de adquisición preferente para unos, y el deber de respetarlo, para otros; debe precisarse que aun así, tampoco existirá incumplimiento alguno por parte de los señores Atahualpa Inca, Huáscar Huallpa y Blas Valera, como se demostrará.

139. La cláusula VIII del Acuerdo dispone “...cuando alguno de los firmantes se proponga transmitir una participación significativa en una de las sociedades o vender activos estratégicos, y/o uno de los firmantes haya manifestado su interés estratégico en dicha participación o activos, los firmantes que deseen vender entablarán negociaciones (subrayado fuera del texto original) previas con los demás firmantes para explorar la posibilidad de transmitir los activos de un firmante a otro...” Así pues, queda demostrado que la obligación está en negociar con los demás firmantes, si es que alguno estuviese interesado, y no en venderle efectivamente a uno de ellos.

140. En este orden de ideas, y apoyados en los Documentos 3 a 6 de la solicitud adicional, es dable asegurar que los señores Atahualpa Inca, Huáscar Huallpa y Blas Valera sí entablaron negociaciones con Tlálóc, sólo que, como ya se mencionó, faltaron aspectos importantes por definir, como lo demuestra el Documento N° 4 de la solicitud adicional, que impidieron concluir de manera satisfactoria dicho. Es decir, nuestros defendidos cumplieron con el deber de respetar el supuesto derecho de adquisición preferente supuestamente contenido en el Acuerdo desde el momento mismo en que iniciaron negociaciones con Tlálóc, sin importar que dichas conversaciones no hubiesen llegado a concretarse en un negocio.

c. Los demandados no tienen que indemnizar a Tlálloc.

141. Según los demandantes nuestros defendidos deben pagar, a título de indemnización, por los supuestos perjuicios ocasionados por la presunta violación del Acuerdo Estratégico y el hipotético Contrato de Compraventa de Acciones suscrito entre Chancas y Tlálloc, la suma de tres millones de euros (€3.000.000). [Escrito de Demanda § 205]

142. Sin embargo, al no ser la intención de las partes el consagrar derechos y obligaciones en este sentido cuando regularon de forma amplia su participación en el mercado, no tendría lugar que se alegara, con prosperidad, la existencia de un incumplimiento imputable a los aquí Demandados, sustento aducido de la indemnización deprecada.

143. En consonancia con lo ya expuesto, si este panel arbitral, consideran que del Acuerdo sí nacen obligaciones, incluida la de indemnizar en caso de incumplimiento, esta defensa considera que los señores Atahualpa Inca, Huáscar Huallpa y Blas Valera no le es imputable dicha sanción. Con todo lo anterior, si por alguna razón el honorable tribunal considera que nuestros defendidos con su actuar son sujetos a algún tipo de sanción, no debe ser ésta una tan elevada.

144. La cláusula IX del Acuerdo consagra las sanciones pecuniarias a las que habría lugar en caso de incumplimiento del mismo. En caso de incumplimiento de obligaciones formales que no afecten sensiblemente la posición patrimonial de los perjudicados, la cantidad a pagar oscila entre 100.000 y 500.000 euros; si por el contrario sí afecta de manera sensible la posición patrimonial de los afectados, sería hasta de 3.000.000 de euros.

145. Teniendo en cuenta que la parte demandante en ningún acápite de su memorial de demanda justifica que el supuesto perjuicio haya afectado su posición patrimonial de manera sensible, esta defensa considera que la indemnización procedente no deberá exceder de los 500.000 euros, pues las actuaciones de nuestros defendidos no afectaron de manera sensible la posición patrimonial de los reclamantes. De hecho, la operación de Huaca no ha variado ostensiblemente como consecuencia del contrato celebrado entre Nazca y Chancas, no puede alegarse que exista un verdadero perjuicio, tal como pretende alegarlo Tlálloc.

PETITORIO

Con base en las consideraciones esgrimidas en el documento presente, solicitamos al H. Tribunal:

- i) Que se declare la falta de competencia para decidir conjuntamente las materias suscitadas al hilo del Acuerdo Estratégico.
- ii) Que la ley aplicable al Contrato de Compraventa no es la Convención de Viena, sino los principios generales de los contratos comerciales internacional y en lo no resuelto por ellos, la ley de Cervantia;
- iii) Que declare que la ley aplicable al Acuerdo Estratégico y las Comunicaciones sostenidas entre Tláloc y los Demandados es, por vía de *lex mercatoria* o principios generales, usos y costumbres del comercio internacional, los Principios Unidroit.
- iv) Que declare que los Demandados no incurrieron en un incumplimiento contractual consistente en la entrega de bienes (en este caso, acciones de una sociedad), no conformes con el contrato, de acuerdo con lo dispuesto en las disposiciones de Derecho Uniforme aplicables al caso.
- v) Que Nazca posee carece del derecho a una indemnización de daños y perjuicios, así como carece de derecho a la indemnización por daños y perjuicios derivados de la penalización de la actividad de Huaca.
- vi) Que además, declare que el Acuerdo Estratégico corresponde a un convenio marco y no es generador de obligaciones.