

TRABAJO DE FIN DE MÁSTER

LAUDO

del caso práctico planteado en la 29ª edición del
Willem C. Vis International Commercial Arbitration Moot
de Viena

21 de diciembre 2022



ALUMNO: MANUEL GUILLERMO RIVERA ÁLVAREZ

TUTOR: JAVIER ALBERITE CARREÑO

MÁSTER UNIVERSITARIO EN ACCESO A LA ABOGACÍA

UNIVERSIDAD PONTIFICIA DE COMILLAS

INTRODUCCIÓN

Sobre el Willem C. Vis International Commercial Arbitration Moot

El presente Trabajo de Fin de Máster (“TFM”) consiste en la elaboración de un laudo arbitral en resolución del caso propuesto en la 29ª edición del Willem C. Vis International Commercial Arbitration Moot, (el “Moot Viena”).

El Moot Viena es la mayor competición internacional de simulación de procedimientos arbitrales. En ella los participantes, por equipos, participan en representación de sus respectivas Facultades de Derecho demostrando sus habilidades escritas y orales en dos fases donde deberán de resolver un problema legal propuesto por la institución. El proceso se divide en dos fases, una primera escrita, en la que los distintos equipos deberán de elaborar dos escritos, una demanda y una contestación a la demanda; y una segunda oral, donde por parejas los equipos de las distintas universidades se enfrentarán en vistas orales representando, en ocasiones a la parte demandante y en otras a la demandada. Estas vistas se celebrarán a su misma vez en dos fases, una primera clasificatoria donde los equipos deberán de lograr la mayor puntuación posible para clasificarse de entre todos los participantes, y una fase eliminatoria, donde los clasificados se irán enfrentando entre sí hasta alcanzar la final. En esta simulación de arbitraje internacional participan tanto estudiantes universitarios y máster como integrantes de los equipos, así como también lo harán profesores, catedráticos, árbitros, abogados y otra serie de profesionales del mundo del ámbito del derecho ejerciendo la función de árbitros.

Metodología del trabajo

Para la elaboración del presente TFM, se ha redactado un laudo arbitral donde el autor toma la posición de un tribunal arbitral y resuelve el caso propuesto en la edición correspondiente del Moot Viena sobre la base de los escritos de demanda y contestación a la demanda presentados por su equipo, para las alegaciones de las partes, y fundamentándose las decisiones del Tribunal en la jurisprudencia, doctrina, leyes –entre ellas la CISG– y otras fuentes que el autor ha investigado en profundidad, empleó en su participación en la competición y que ha podido recabar de otros equipos en los escritos y vistas de su edición.

El formato seguido es el habitualmente empleado por los laudos, consistente en un resumen de los hechos, seguido por los posicionamientos de las partes al respecto de cada una de las cuestiones planteadas, y concluyendo con el análisis jurídico-fáctico del tribunal. A lo largo del laudo se incluyen traducidas varias referencias a jurisprudencia, doctrina, legislación y los documentos del caso práctico del Moot Viena en las que se apoya la construcción del presente trabajo.

Sobre el supuesto práctico y el derecho aplicable.

Como es común en las competencias Moot, el caso presenta una disputa entre dos sociedades ficticias, domiciliadas en países inexistentes. Así pues, el Derecho de estos países por razones prácticas, es desconocido a excepción de ciertos Tratados y leyes específicas que las autoridades de la competición facilitan de cara a la resolución del caso. Es derecho aplicable a la resolución del caso la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías de 1980, los Principios y tratados de derechos internacional que se indican a lo largo del caso, véase la Ley Modelo UNCITRAL, así como las interpretaciones que los tribunales de diferentes países han hecho de dichas legislaciones, y la práctica común en el arbitraje.



CENTRO ASIÁTICO INTERNACIONAL DE ARBITRAJE
ASIAN INTERNATIONAL ARBITRATION CENTRE

ARBITRAJE N.º 1309

ELGUP PLC

Demandante

contra

JAJA BIOFUEL LTD

Demandada

LAUDO ARBITRAL

21 de diciembre de 2022

Tabla de contenido

I. INTRODUCCIÓN	7
A. LAS PARTES.....	7
B. LOS REPRESENTANTES DE LAS PARTES	7
C. EL TRIBUNAL ARBITRAL	7
D. EL CONVENIO ARBITRAL.....	8
E. SEDE DEL ARBITRAJE	8
F. IDIOMA	8
G. LEY APLICABLE	9
II. HECHOS	9
III. EL PROCEDIMIENTO	10
A. INICIO DEL ARBITRAJE.....	10
B. COMUNICACIONES DEL TRIBUNAL Y LAS PARTES.....	11
C. ORDEN PROCESAL NO. 1	11
D. ORDEN PROCESAL NO. 2	11
IV. CUESTIONES DEL PROCEDIMIENTO	12
A. SOBRE LA EXISTENCIA DE UN ACUERDO ENTRE LAS PARTES RESPECTO A LA JURISDICCIÓN DEL TRIBUNAL	12
i. <i>Posición de la Demandante</i>	12
ii. <i>Posición de la Demandada</i>	15
iii. <i>Análisis del Tribunal Arbitral</i>	18
B. SOBRE LA CONCLUSIÓN DE UN CONTRATO EN 2020	21
i. <i>Posición de la Demandante</i>	22
ii. <i>Posición de la Demandada</i>	24
iii. <i>Análisis del Tribunal Arbitral</i>	26
C. SOBRE LA VALIDEZ DE LA INCLUSIÓN DE LAS CONDICIONES GENERALES EN EL CONTRATO	28
i. <i>Posición de la Demandante</i>	28
ii. <i>Posición de la Demandada</i>	31
iii. <i>Análisis del Tribunal Arbitral</i>	32
V. DECISIÓN	34
VI. ANEXO I. CONTRATO DE COMPRAVENTA DE 8 DE ABRIL DE 2020 35	
VII. ANEXO II. EXTRACTO DE LAS CONDICIONES GENERALES	40
VIII. ANEXO IV. BIBLIOGRAFÍA	42

TÉRMINOS DEFINIDOS

ElGup o la Demandante	ELGUP PLC
JAJA Biofuel o la Demandada	JAJA BIOFUEL LTD
Southern Commodities o Matriz	Southern Commodities
Partes	Conjuntamente, ELGUP y JAJA BIOFUEL
Reglamento AIAC	Reglamento del Centro Asiático Internacional de Arbitraje
AIAC o Corte	Centro Asiático Internacional de Arbitraje
Tribunal	Tribunal Arbitral
Contrato	Contrato entre ElGup PLC y JAJA Biofuel para la compraventa de aceite de palma y semilla de palma de 8 de abril de 2020
Solicitud	Solicitud de Arbitraje
Contestación	Contestación a la Solicitud
CISG	Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías de 1980
Modelo UNCITRAL	Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional con las enmiendas de 2006
Principios UNIDROIT	Principios UNIDROIT de Contratos Comerciales Internacionales de 2016
NYC o New York Convention	Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Nueva York, 1958)

I. INTRODUCCIÓN

A. LAS PARTES

1. La Demandante en el presente proceso arbitral es ELGUP PLC (“**ElGup**” o la “**Demandante**”), una sociedad constituida bajo las leyes de Mediterráneo y con domicilio en 156 Dendé Avenue, Capital City, Mediterráneo.
2. La Demandada en este procedimiento es JAJA BIOFUEL LTD (“**JAJA Biofuel**” o la “**Demandada**”), una sociedad constituida bajo las leyes de Equatoriana y con domicilio en 9601 Rudolf Diesel Street, Oceanside, Equatoriana.
3. En adelante la Demandada y la Demandante de forma conjunta serán referidas como las “**Partes**”.

B. LOS REPRESENTANTES DE LAS PARTES

La Demandante se encuentra representada en el presente arbitraje por:

Joseph Langweiler
75 Court Street
Capital City
Mediterráneo
Tel (0) 146 9845; Telefax (0) 146 9850
langweiler@lawyer.me

La Demandada se encuentra representada en el presente arbitraje por:

Julia Clara Fasttrack
14 Capital Boulevard
Oceanside
Equatoriana
Tel (0) 214 77 32; Telefax (0) 214 77 33
fasttrack@lawyer.eq

C. EL TRIBUNAL ARBITRAL

4. El Tribunal arbitral (el “**Tribunal**”) del procedimiento se encuentra integrado por:

El árbitro designado por la Demandante:

Tenera Nigrescens
Cocoseae Drive 3
Capital City
Mediterráneo

El árbitro designado por la Demandada:

Georges Chavanne
Rue Ester 37
Oceanside
Equatoriana

Y el presidente del Tribunal, designado por los árbitros de las Partes:

Nikolaus von Jacquin
Botanical Gardens 1
1011 Vindobona
Danubia

D. EL CONVENIO ARBITRAL

5. El presente procedimiento arbitral se encuentra regido por el Reglamento de la *Asian International Arbitration Court* (“**AIAC**” o la “**Corte**”), en vigor desde el 1 de agosto de 2021 (el “**Reglamento AIAC**”).
6. Su procedencia deviene consecuencia de (i) la previsión de aplicación de las normas de arbitraje AIAC en la cláusula 9 (el “**Acuerdo Arbitral**”) de las condiciones generales de la Demandante y (ii) del consenso alcanzado entre las Partes para el empleo de la versión de 2021 del Reglamento AIAC. El citado Acuerdo Arbitral dispone lo siguiente:

“Cláusula 9: Cláusula arbitral

Cualquier disputa, controversia o reclamación que surja de o en relación con este contrato, o su incumplimiento, resolución o invalidez será resuelta por medio de proceso arbitral de conformidad con el reglamento AIAC de arbitraje.

La sede del arbitraje será Danubia.

El idioma que se usará en el procedimiento arbitral será el inglés.

La ley aplicable a este contrato es el Derecho sustantivo de Danubia.”

7. El Tribunal examinará en el presente laudo, entre otras, las objeciones planteadas a la aplicabilidad al contrato de las condiciones generales y, con ello, a la existencia de convenio arbitral válido entre las Partes, en virtud del principio Kompetenz-Kompetenz.

E. SEDE DEL ARBITRAJE

8. De conformidad con el Acuerdo Arbitral, la sede del arbitraje será Danubia.

F. IDIOMA

9. De conformidad con el Acuerdo Arbitral, el idioma del procedimiento será el inglés.

G. LEY APLICABLE

10. De conformidad con el Acuerdo Arbitral, la ley aplicable al contrato es el Derecho sustantivo de Danubia.
11. El Tribunal examinará en este laudo las objeciones planteadas al respecto de la aplicabilidad del derecho sustantivo de Danubia al contrato.

II. HECHOS

12. El presente apartado recoge una relación de hechos no controvertidos por las Partes y que comprenden el marco de la disputa. Sin embargo, resulta pertinente puntualizar que este no constituye una recolección exhaustiva de los hechos del caso sino sólo de los más relevantes.
13. ElGup es una de las mayores productoras de aceite de palma certificado RSPO y de aceite de semilla de palma de Mediterráneo.
14. JAJA Biofuel, por su parte, es una productora de biocombustibles con sede en Equatoriana. A finales del año 2018 esta fue adquirida por Southern Commodities, un conglomerado internacional con sede en Ruritania dedicado a todo tipo de materias primas y sus derivados.
15. Tras la adquisición, Southern Commodities decidió reorganizar su plan de negocio transfiriendo íntegramente su unidad de producción de aceite de palma a JAJA Biofuel, incluyendo la plantilla de trabajadores.
16. Durante mucho tiempo, ElGup había vendido dos tercios de su producción anual de aceite de palma, aproximadamente 20.000 t, a un único cliente en virtud de un contrato a largo plazo. Tras los cambios en la Directiva europea sobre energías renovables (RED II), en diciembre de 2018, y los informes confirmados de que dos de los proveedores de ElGup habían falsificado certificados de sostenibilidad, ese cliente rescindió su contrato de suministro en enero de 2020.
17. Como consecuencia de dicha rescisión ElGup se vio obligado a encontrar urgentemente un cliente con el que poder cubrir los dos tercios de su producción de aceite que habían quedado en sus almacenes.
18. Teniendo en cuenta esto, el Sr. Chandra, director de operaciones de ElGup, aprovechó la Cumbre del Aceite de Palma celebrada en Capital City, Mediterráneo, el día 28 de marzo de 2020 (la “**Cumbre**”), para ponerse en contacto con la Sra. Bupati, en ese momento jefa de compras de JAJA Biofuel.
19. La Sra. Bupati había sido durante mucho tiempo la principal gestora de compras de la unidad de aceite de palma de Southern Commodities, llegando a celebrar alrededor de 40 contratos para el suministro de aceite de palma con el Sr. Chandra entre los años 2010 y 2018. En 2019, la Sra. Bupati fue nombrada directora de compras de JAJA Biofuel.

20. Sobre la base de una oferta realizada por el Sr. Chandra por precio de 900 USD/t, este y la Sra. Bupati, negociaron los principales términos de un contrato de suministro de aceite de palma de larga duración, si bien acordaron también que la Sra. Bupati se pondría en contacto con el Sr. Chandra con una oferta definitiva en los tres días siguientes, y que éste último prepararía los documentos contractuales.
21. El 1 de abril de 2020, la Sra. Bupati envió un correo electrónico en el que realizaba un encargo en los exactos mismos términos que se discutieron en la Cumbre.
22. En respuesta a esto, el 9 de abril de 2020, el Sr. Rain, asistente del Sr. Chandra, envió el Contrato firmado por este último a la asistente de la Sra. Bupati, la Sra. Fauconnier, adjuntando una carta donde mencionaba explícitamente que la legislación aplicable sería la de Mediterráneo y que la compra estaría sujeta a las condiciones generales de venta de ElGup (las “**Condiciones Generales**”).
23. El 3 de mayo de 2020, la Sra. Fauconnier contactó al Sr. Rain para tratar cuestiones relativas a la carta de crédito que JAJA Biofuel debía abrir en virtud del contrato.
24. Jamás se llegó a enviar de vuelta una copia firmada del contrato por parte de JAJA Biofuel.
25. El 29 de octubre de 2020, ElGup se enteró por medio de la prensa de que la directora general de JAJA Biofuel, la Sra. Youni Lever, anunció en una conferencia que, ante las protestas contra sus actividades con el aceite de palma, pondría fin las negociaciones con la ElGup.
26. Un día más tarde, ElGup recibió una carta de la Sra. Lever, donde declaraba la terminación de cualquier negociación sobre aceite de palma y, además, renunciaba a todas las relaciones contractuales existentes. Información que fue corroborada a los pocos días por Ms. Bupati vía telefónica.
27. A lo largo del mes siguiente se celebraron varios intentos de acuerdo sin resultado alguno, incluyendo una mediación bajo las Reglas de mediación de la AIAC.

III. EL PROCEDIMIENTO

A. INICIO DEL ARBITRAJE

28. El día 15 de julio de 2021, la Demandante presentó ante la Corte una solicitud de inicio de arbitraje (la “**Solicitud**”), en la cual se recogían una relación de hechos relevantes, las pretensiones de la Parte, la nominación de la Sra. Tenera Nigrescens como primer árbitro del Tribunal y se adjuntaban una serie de documentos a modo de prueba.
29. La Corte, al día siguiente, acusó recibo de la Solicitud, asignó un número de referencia al caso, informó a las Partes del depósito provisional a realizar previo inicio del proceso y dio traslado a la representación de la Demandada.

30. El día 20 de julio de 2021, la Corte confirmó la aceptación del cargo de árbitro por parte de la Sra. Nigrescens y recordó a la Demandada su facultad para nominar un segundo árbitro en el plazo de 30 días a contar desde la notificación de nominación del primer miembro del Tribunal por la Demandante.
31. La Demandada presentó ante la Corte, el día 14 de agosto de 2021, su escrito de Contestación a la Solicitud (la “**Contestación**”), adjuntando la documentación oportuna y nominando como segundo árbitro al Sr. Georges Chavanne.

B. COMUNICACIONES DEL TRIBUNAL Y LAS PARTES

32. A 15 de agosto de 2021, la Corte confirmó la recepción de la Contestación, así como informó a las Partes de la reciente entrada en vigor del Reglamento AIAC de 2021, pudiendo las Partes optar entre esta nueva versión o la versión de 2018.
33. El día 16 de septiembre de 2021, la Corte dio traslado al Sr. Nikolaus von Jacquin de su nominación como presidente del Tribunal propuesta por los otros dos árbitros y confirmada por el director de la AIAC. Nominación que fue aceptada por el Sr. von Jacquin al día siguiente.
34. El 7 de octubre, convocada por el presidente del Tribunal, se celebró una teleconferencia entre las Partes para discutir el futuro desarrollo del procedimiento.

C. ORDEN PROCESAL NO. 1

35. Con fecha 8 de octubre de 2021, el Tribunal emitió la Orden Procesal No. 1 detallando que, según lo acordado entre las Partes, (i) sería de aplicación al procedimiento arbitral el Reglamento AIAC de 2021; (ii) entre los días 9 y 14 de abril de 2022 tendría lugar una vista oral telemática; y (iii) las cuestiones a abordar por las Partes en esta vista serían:
 - a. **La existencia de acuerdo entre las Partes respecto de la jurisdicción del Tribunal. En concreto acerca de:**
 - i. **La ley aplicable al Acuerdo Arbitral.**
 - ii. **En el caso de aplicación de la ley de Mediterráneo, sobre la aplicabilidad de CISG.**
 - b. **La conclusión de un contrato en 2020.**
 - c. **La validez de la inclusión de las Condiciones Generales en el caso de haberse concluido un contrato.**

D. ORDEN PROCESAL NO. 2

36. El día 8 de noviembre de 2021, el Tribunal emitió la Orden Procesal No. 2 resolviendo algunas cuestiones planteadas por las Partes y relevantes de cara al desarrollo del procedimiento.

IV. CUESTIONES DEL PROCEDIMIENTO

A. SOBRE LA EXISTENCIA DE UN ACUERDO ENTRE LAS PARTES RESPECTO A LA JURISDICCIÓN DEL TRIBUNAL

37. Las Partes discrepan en la existencia de un acuerdo respecto de la jurisdicción del presente Tribunal. Más específicamente, las Partes se encuentran en desacuerdo respecto de si se alcanzó un consenso sobre (i) la ley que resulta aplicable al Acuerdo Arbitral y (ii) respecto de la aplicación de la CISG al Acuerdo Arbitral.

i. Posición de la Demandante

38. La Demandante sostiene que las Partes sí alcanzaron un acuerdo respecto de la jurisdicción del Tribunal sobre la base de dos argumentos: (a) la ley aplicable al Acuerdo Arbitral es la de Danubia, bajo la cual este es válido, y (b) la CISG no resulta aplicable al Acuerdo Arbitral.

39. Así, alega la Demandante, que la ley de Danubia es aplicable en tanto Danubia es la sede del arbitraje y que, en cualquier caso, de considerarse aplicables las leyes de Mediterráneo o Ruritania, el Acuerdo Arbitral continuaría siendo igualmente válido.

40. Afirma además la Demandante que las Condiciones Generales fueron puestas a disposición de la Demandada en tanto: (i) esta dio su conformidad al Reglamento de la AIAC provisto en el Acuerdo Arbitral, (ii) hay un contrato existente y no en negociación y, (iii) con independencia de la validez del contrato, el Acuerdo Arbitral continúa siendo válido.

a. Aplicabilidad de la Ley de Danubia al Acuerdo Arbitral

41. La Demandante alega que la ley aplicable al Acuerdo Arbitral es la ley de Danubia pues, en la misma cláusula que contiene el Acuerdo, se encuentra implícitamente provista la aplicación del derecho sustantivo de Danubia. Tal afirmación parte de la base de que el Acuerdo Arbitral constituye un acuerdo válido entre las Partes, así como de que, en defecto de acuerdo sobre la ley de aplicación, debe de emplearse la elección de la sede del arbitraje como criterio de especial trascendencia¹.

42. En este sentido, la Demandante, sostiene que el Acuerdo Arbitral no incluye una fijación de ley, pero sí la de Danubia como lugar del arbitraje² lo que, de conformidad con la NYC³, conforma el elemento en el que ha de sustentarse la determinación del derecho.

¹ Escrito de Demanda párr. 16.

² En referencia al documento R4 del caso, aportado por la Demandada, en el que se presentan las dos versiones de cláusulas de arbitraje (antes y después de los cambios de 2016) contenidas en las Condiciones Generales.

³ Escrito de Demanda, párr. 19, en referencia al artículo V (1) (a) de la NYC donde se cita:

(...) el acuerdo ha de ser válido según la ley a la que las partes lo hayan sometido o, a falta de indicación al respecto, según la ley del país donde se haya dictado el laudo.

43. De igual manera encuentra la Demandante que no cabe considerar que la Demandada era desconocedora del contenido del Acuerdo Arbitral, pues existen varias ocasiones donde se muestra su conocimiento tanto por parte de la Sra. Bupati⁴ como por parte de la propia Demandada⁵.
44. La Demandante afirma que, incluso no siendo aplicable la ley de Danubia, de aplicarse las leyes de arbitraje de Mediterráneo o Ruritania, el Acuerdo Arbitral continuaría estando en vigor. Todo ello en tanto dichas leyes son una reproducción literal de la Ley Modelo de Arbitraje de la UNCITRAL⁶.
45. Más aún, estima la Demandante, que es precisamente la opción II del artículo 7 de la Ley Modelo de Arbitraje de la UNCITRAL, aplicable a Mediterráneo y Ruritania, la que hace innecesaria la entrega del texto del Acuerdo Arbitral a la Demandada quien ya era conocedora de su contenido por sus previas relaciones comerciales⁷.
46. Señala la Demandante que el derecho con una conexión más estrecha al caso es aquel de la sede del arbitraje⁸ siempre que exista una elección, implícita o explícita, del mismo.
47. La Demandante sostiene que a pesar de alegar la contraparte que no se le facilitó una copia de las Condiciones Generales junto con el resto de documentación⁹, la Demandada tuvo en todo momento acceso al texto de dichas Condiciones Generales.
48. Sustenta su posición la Demandante en el hecho de que existía una larga y duradera relación comercial entre las Partes, habiéndose realizado claras referencias¹⁰ e incluso facilitado a la Demandada en varias ocasiones copias de las Condiciones Generales.
49. Argumenta además que la aplicación de la ley de Mediterráneo al contrato y el uso del Reglamento AIAC conforman los principales cambios que la Demandante llevó a cabo en 2016 habiéndose notificado estos debidamente a la Demandada. Fundamenta la Demandada la veracidad de esta afirmación en las palabras de la Sra. Bupati quien reconoce la intención del Demandante de someter el contrato a la ley de Mediterráneo¹¹.

⁴ En referencia al documento C2, aportado por la Demandante, el cual contiene el email de la Sra. Bupati de fecha 1 de abril de 2020.

⁵ También en referencia al documento R4, aportado por la Demandada, que comporta la reproducción literal del texto de las cláusulas de arbitraje incluidas en las Condiciones Generales de la Demandante

⁶ Escrito de Demanda párrs. 20 y 21 así como en referencia al párr. 3 de la Orden Procesal No. 1.

⁷ En referencia al documento C2, aportado por la Demandante, párr. 5.

⁸ Escrito de Demanda párr. 24, en relación con la sentencia de fecha 9 de octubre de 2020 del Tribunal Supremo del Reino Unido *Enka Insaat Ve Sanayi AS v OOO "Insurance Company Chubb" & Ors EWCA Civ 574*.

⁹ Escrito de Demanda párr. 25 en relación con el párr. 14 de la Contestación.

¹⁰ Escrito de Demanda párr. 27 en referencia al documento C3, aportado por la Demandante, que contiene el Contrato de fecha 8 de abril de 2020.

¹¹ Escrito de Demanda párr. 32 así como en relación con el documento C2, párr. 5 de donde se cita:

- 50.** Niega la Demandante que se pueda sostener la ausencia de un Acuerdo Arbitral entre las Partes sobre la base de los comentarios de la contraparte respecto de la cláusula pues no se puede apreciar sino mutuo acuerdo en los mismos¹².
- 51.** Por último, defiende la Demandante la validez del Acuerdo Arbitral incluso en el supuesto de no haberse concluido un contrato entre las Partes. Recuerda que desde el punto de vista del Acuerdo Arbitral la validez del contrato subyacente es irrelevante por cuanto, como reconocen numerosas leyes¹³ y citando los casos de *Robert Lawrence Co. v. Devonshire Fabrics Inc.*¹⁴; *Prima Paint Corp. v. Flood & Conklin Mfg. Co.*¹⁵ y *Gosset v. Carapelli*¹⁶, le es aplicable el principio de separabilidad a dicho Acuerdo.

b. La CISG no resulta aplicable al Acuerdo Arbitral

- 52.** La Demandante sostiene que la CISG no resulta aplicable al Acuerdo Arbitral por cuanto la CISG no está pensada para regular convenios o cláusulas arbitrales y por tanto esta resulta ser una materia que queda fuera de su alcance¹⁷. Así, la aplicación de la CISG a las condiciones generales de los contratos no resulta extensible los pactos arbitrales por cuanto estos no son ni derechos ni obligaciones de las Partes de un contrato de compraventa de mercaderías en un sentido estricto¹⁸.
- 53.** La aplicación de la doctrina de la separabilidad, según la Demandante, supone que la inclusión del Acuerdo Arbitral como una cláusula contractual no modifique la naturaleza de acuerdo independiente de la que un convenio arbitral goza por lo que este podrá estar sometido a leyes diferentes de las aplicables al contrato subyacente.
- 54.** Asimismo, justifica el Demandante la no aplicabilidad de la CISG con fundamento en la intención explícita de excluir la misma por la Partes que se observa en la elección de la ley de Mediterráneo¹⁹.
- 55.** La Demandante justifica, citando la Opinión No. 16 de la CISG²⁰, que existe jurisprudencia que sostiene que algunas expresiones pueden indicar la intención de

(...) la sumisión del contrato a la ley de Mediterráneo, que mencionó como nueva política de su empresa, resulta menos problemática para nosotros que la sumisión al arbitraje.

¹² Escrito de Demanda párrs. 34 y 37.

¹³ En referencia a los artículos, entre otros, 16 de la Ley Modelo UNCITRAL y 2 del *Federal Arbitration Act* estadounidense.

¹⁴ En referencia a *Robert Lawrence Co. v. Devonshire Fabrics Inc.* de fecha 28 de octubre de 1959 dictada por la Corte de Apelaciones del Segundo Distrito de los Estados Unidos.

¹⁵ En referencia a *Prima Paint Corp. v. Flood & Conklin Mfg. Co.* de fecha 12 de junio de 1967 dictada por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos.

¹⁶ En referencia a *Gosset v. Carapelli* de fecha 7 de mayo de 1967 dictada por la Corte de Casación de Francia.

¹⁷ Escrito de Demanda párr. 42.

¹⁸ En referencia al CLOUT case 176 de fecha 2 de febrero de 1995 dictado por el Oberster Gerichtshof de Austria.

¹⁹ Escrito de Demanda párr. 52.

²⁰ En referencia a la Opinión No. 16 de la CISG de la que se señala el siguiente párr. 4.6:

aplicar un derecho interno distinto del de la CISG y que, aplicando la jurisprudencia al presente caso, la Demandante especificó claramente su intención de elegir la ley de Mediterráneo exclusivamente.

56. Explica la Demandante que la forma de actuar de la Sra. Bupati, no dio en ningún momento a entender la disconformidad por su parte con la aplicación de la ley de Mediterráneo y que esta, siendo conocedora de las intenciones de la Demandante, por tanto, aceptó dicha exclusión al no dar a entender cosa distinta²¹.
57. Finalmente concluye, que la Sra. Fauconnier corroboró este consentimiento al no realizar ninguna puntualización sobre esta cuestión y proceder con las actuaciones propias del contrato²².

ii. Posición de la Demandada

58. La Demandada sostiene que jamás se llegó a alcanzar un acuerdo sobre la jurisdicción del Tribunal en base a dos motivos principales: (a) el Acuerdo Arbitral no se incluyó válidamente en el contrato bajo la ley aplicable, esto es la ley de Mediterráneo y (b) la CISG resulta aplicable al Acuerdo Arbitral.

a. El acuerdo Arbitral no se incluyó válidamente bajo la ley de Mediterráneo

59. La Demandada alega que una cláusula de arbitraje ha de ser consentida para que no sólo sea válida sino también ejecutable. Sin embargo, sostiene que la Demandante, por su parte, pretende considerar que su imposición unilateral de la sede del arbitraje en Danubia justifique la validez del acuerdo, así como consecuentemente la aplicabilidad de la ley de Danubia.
60. En este sentido, argumenta la Demandada que, en 2014, cuando se le facilitó una copia de las Condiciones Generales a la Sra. Bupati, la cláusula de arbitraje original del contrato, basado en el modelo FOSFA/PORAM, se referiría a una institución de arbitraje específica para la industria del aceite de palma²³.
61. Expone la Demandada que desde entonces la Sra. Bupati, como se observa en su comunicación de 1 de abril de 2020, jamás ha aceptado los términos de ninguna cláusula arbitral por cuanto su intención era la de negociar la misma.

Se ha especulado sobre si ciertas expresiones podrían indicar la intención de que se aplique un derecho nacional distinto del de la CISG. Los tribunales no han resuelto el efecto de la elección del “código civil y la normativa comunitaria correspondiente”. Mientras que un tribunal italiano ha especulado con la posibilidad de que la elección de la “ley puramente nacional”, o más controvertidamente, “la ley nacional italiana” podría equivaler a una exclusión. Por otra parte, un tribunal suizo confirmó las exclusiones para la elección de la ley suiza (...).

²¹ Escrito de Demanda párrs. 58 a 50.

²² En referencia a los documentos C5 y R2, que contienen la declaración testifical del Sr. Rain y el email de fecha 3 de mayo de 2020 de la Sra. Fauconnier.

²³ En referencia al documento R3, aportado por la Demandada que contiene la declaración testifical de la Sra. Bupati.

62. Defiende que no puede ser válido el Acuerdo Arbitral sobre la base de un consentimiento implícito como alega la Demandante por cuanto, este último, no sólo consideró unilateralmente que se hubo concluido un contrato, sino que además esgrime que el silencio de la Demandada equivale a la aceptación del Acuerdo Arbitral.
63. Así, persiste la Demandada en su argumento al indicar que no sólo la ausencia de objeción no puede interpretarse como una aceptación tácita, sino que más aún las Partes aún se encontraban negociando los términos del Acuerdo Arbitral, y en concreto la institución arbitral y la ley aplicable²⁴.
64. Cita la Demandada, entre otros, *Sulamerica v. Enesa Engenharia*²⁵, para exponer un principio de determinación de ley aplicable a los acuerdos arbitrales basado en tres pasos a los cuales hace referencia en su escrito la Demanda.
65. De este modo encontramos, en primer lugar, la existencia de elección expresa de ley aplicable, punto que según la Demandada no es aplicable en este caso por no existir acuerdo entre las Partes; y, en segundo lugar, la elección implícita de ley, en la cual se fundamenta erróneamente el argumento de la Demandante a favor de la ley de Danubia.
66. Es erróneo dicho planteamiento para la Demandada, por cuanto se sustenta en la existencia de una práctica entre las Partes que se aplica a términos, si bien es cierto, contenidos en las Condiciones Generales, diferentes de los aplicados con anterioridad y en un contexto diferente²⁶.
67. La Demandada por tanto sostiene que no cabe equiparar el silencio de la Sra. Bupati a una aceptación tácita de los términos conforme a una supuesta práctica establecida entre el Sr. Chandra y la Sra. Bupati.
68. Igualmente, la Demandada esgrime que la Demandante no puede justificarse en que el Acuerdo Arbitral se incluyó válidamente como un término estándar del contrato, por cuanto no las Partes estaban aún en negociación y no existía, ni existe, un contrato como tal.
69. Por último, concluye la Demandada que, en defecto de los anteriores, resulta de aplicación el tercero de los pasos que se dilucidan de la decisión de *Sulamerica v. Enesa Engenharia*, esto es, el uso de la ley con mayor conexión al caso en cuestión²⁷.
70. Niega en este caso la Demandada, que pueda tomarse como referencia la sede del arbitraje como reconoce la NYC, pues, de nuevo, sostiene que no existió acuerdo entre las Partes al respecto de este extremo. Propone la Demandada pues que se emplee como ley

²⁴ Contestación a la Demanda párr. 24.

²⁵ En referencia a la sentencia del caso *Sulamerica v. Enesa Engenharia*, de fecha 16 de mayo de 2012 dictada por la Corte de Apelaciones de Inglaterra y Gales.

²⁶ Contestación a la Demanda párrs. 26 y 27.

²⁷ Contestación a la Demanda párr. 39.

aplicable la que resulte del contrato subyacente citando *Enka v Chubb*²⁸ para sostener este argumento.

71. Reconoce en este punto la Demandada que a pesar de que las Partes aún se encontraban en la fase de negociaciones, sí que se llegó a consenso sobre la ley que regiría el contrato²⁹, en caso de que éste se celebrara, esto es, la ley de Mediterráneo. Es debido a ello que la Demandada deduce la ley de Mediterráneo como la aplicable al Acuerdo Arbitral.

a. La CISG es aplicable al Acuerdo Arbitral

72. Continuando con su previo razonamiento, la Demandada, sostiene que el uso de la ley de Mediterráneo, la cual comprende la CISG en sí, contrariamente a como defiende la Demandante, es una clara muestra de la intencionalidad de las Partes de someterse a la CISG.

73. Los hechos del caso, según la Demandada, demuestran que ni la Demandante, ni la Demandada, de conformidad con los arts. 92 y 93 de la CISG formularon reservas a la aplicación de la CISG, lo que significa que inicialmente ninguna de ellas pretendió excluir esta.

74. Más aún la ausencia de una intención clara³⁰ y real³¹ de excluir la CISG impiden considerar en modo alguno, según la Demandada argumenta, que exista una exclusión implícita o explícita de la CISG.

75. La Demandada también sostiene que la CISG está destinada a aplicarse a acuerdos arbitrales, pues de conformidad con el art. 19 (3) CISG, la adición de una cláusula de resolución de litigios constituye una modificación sustancial de una oferta³².

76. Por lo tanto, concluye la Demandada, que la CISG es adecuada y comprende en su alcance a los acuerdos de arbitraje, siendo consecuentemente aplicable no solo la ley de Mediterráneo sino también la Convención.

77. La Demandada alega que, en vista de la aplicación de la ley de Mediterráneo y la CISG, no se incluyó de forma válida en el contrato el Acuerdo Arbitral. Resulta esta invalidez,

²⁸ Nuevamente en referencia a la sentencia de fecha 9 de octubre de 2020 del Tribunal Supremo del Reino Unido *Enka Insaat Ve Sanayi AS v OOO "Insurance Company Chubb" & Ors EWCA Civ 574*.

²⁹ En referencia al documento C2 que contiene el email de la Sra. Bupati de fecha 1 de abril de 2020.

³⁰ En relación con el caso *CLOUT 605* de fecha 22 de octubre de 2011 dictado por el Oberster Gerichtshof de Austria.

³¹ En referencia al caso *CLOUT 904* de 3 de noviembre de 2004, dictado por el Tribunal cantonal de Jura (Suiza).

³² Contestación a la Demanda párr. 73.

por una parte, de la ausencia de consentimiento por la Demandada respecto del nuevo Acuerdo Arbitral y, por otra, del incumplimiento de los requisitos formales aplicables³³.

iii. Análisis del Tribunal Arbitral

78. Para la presente cuestión, dada la complejidad de esta, el Tribunal abordará por separado, en primer lugar, la cuestión relativa a la ley aplicable al Acuerdo Arbitral, en segundo lugar, la cuestión relativa a la procedencia de aplicación de la CISG para, en tercer lugar, finalmente, pronunciarse sobre la validez del Acuerdo Arbitral.
79. Así, primero, en lo que a ley aplicable al Acuerdo se refiere el Tribunal ha determinado que deberá ser la ley de Mediterráneo la que gobierne el pacto arbitral entre las Partes.
80. Para llegar a esta conclusión el Tribunal ha realizado un análisis del Acuerdo Arbitral contenido en las condiciones generales de la Demandante, así como ponderado los distintos factores que según las Partes justifican la aplicación de la ley de Danubia y la ley de Mediterráneo respectivamente.
81. De esta manera el Tribunal en su examen del Acuerdo Arbitral, si bien ha observado la existencia de una previsión expresa de ley, esto es, el derecho sustantivo de Danubia, por otro lado, encuentra que carece de los elementos suficientes para considerarse un acuerdo válidamente alcanzado entre las Partes siendo este más bien una suerte de disposición impuesta por la Demandante. Es en concreto la ausencia de acuerdo entre las Partes en los términos en los que se redacta el Acuerdo Arbitral, y más específicamente, la inclusión del Acuerdo Arbitral dentro de las condiciones generales, lo que denota una cierta unilateralidad que impide apreciar la existencia de un consentimiento por parte de la Demandada.
82. Es por ello mismo, que en ausencia de previsión expresa de ley aplicable, como acertadamente sostienen ambas Partes ha de aplicarse la prueba de tres pasos que se configura en la sentencia del caso *Enka v Chubb*³⁴ del Tribunal Supremo de Reino Unido. Conforme a ella como las Partes han elaborado podemos apreciar que la ley aplicable a un convenio arbitral será: primero la que las Partes hubiesen expresamente designado de mutuo acuerdo, segundo, en defecto de esta primera, la elección implícita de ley aplicable y, en tercer y último lugar, no concurriendo ninguna de las dos anteriores, la ley que muestre mayor conexión con el caso en cuestión.
83. El Tribunal encuentra que, a pesar de existir un Acuerdo Arbitral por escrito, el carácter imperativo y anegociado del clausulado impide apreciar la existencia de acuerdo en los

³³ Contestación a la Demanda párr. 78 y 79, donde se citan el caso *CLOUT 365* de fecha 1 de octubre de 1996 dictado por la Saskatchewan Court of Queen's Bench (Canada) y *Achilles (USA) v. Plastics Dura Plastics (1977) Itée/Ltd.* de la Corte de Apelación de Québec (Canada) dictada el 23 de noviembre de 2006.

³⁴ Sentencia de fecha 9 de octubre de 2020 del Tribunal Supremo del Reino Unido *Enka Insaat Ve Sanayi AS v OOO "Insurance Company Chubb" & Ors EWCA Civ 574*.

términos contenidos en este siendo por ello se descarta que pueda entenderse la existencia de una selección expresa de ley en la ley de Danubia por las Partes.

- 84.** Así mismo encuentra difícil el Tribunal también considerar que se haya producido una selección de ley aplicable implícita lo suficientemente clara como para discernir que ambas Partes pretendían someter el Acuerdo Arbitral a cualquiera de las leyes.
- 85.** En este sentido, como ya se anticipaba, el Tribunal arbitral considera que el criterio que ha de aplicarse en el discernimiento de la ley a la que se sujeta el Acuerdo Arbitral es el de aquella legislación con la que exista una mayor conexión al caso. A estos efectos la Demandante propone, citando la Convención de Nueva York y al Tribunal Supremo de Reino Unido, que se considere la selección de sede de arbitraje como el factor determinante respecto de la ley aplicable, ergo resultando nuevamente la ley de Danubia. Sin embargo, el Tribunal ha de mantenerse coherente con su apreciación de la existencia de una marcada unilateralidad de los términos contenidos en el Acuerdo Arbitral, lo que tampoco permite discernir la existencia de un pacto entre las partes acerca del lugar de arbitraje.
- 86.** Este Tribunal comparte pues el razonamiento de la Demandada en cuanto a que la ley con una mayor conexión al caso es aquella resultante del contrato subyacente, es decir, la ley de Mediterráneo.
- 87.** En este extremo, es necesario destacar por el Tribunal que en ningún momento las Partes han mostrado disconformidad en la aplicación de la ley de Mediterráneo al contrato subyacente por lo que, en su aplicación extensiva al Acuerdo Arbitral, encuentra este Tribunal que se aprecia un elemento claro de consenso.
- 88.** Por tanto, el Acuerdo Arbitral contenido en la cláusula 9 de las condiciones generales del contrato se ha de entender como sometido a la ley de Mediterráneo.
- 89.** Llegados a este punto, la cuestión se centra en la aplicación o inaplicación de la CISG a la validez del Acuerdo Arbitral. El Tribunal parte del hecho de que la ley aplicable al convenio arbitral es la de Mediterráneo, un país firmante de la CISG, lo que a priori implica que la CISG se encuentra implícitamente incluida en su derecho.
- 90.** A pesar de que la Demandante alega la existencia de una intención de excluir las CISG de forma implícita en la elección de una ley sin mención expresa a la convención, este Tribunal encuentra que, aunque posible según la jurisprudencia, no existen elementos lo suficientemente claros para sustentar ese razonamiento sino más bien todo lo contrario.
- 91.** Cabe cuestionarse, como lo hace la Demandante, el alcance de la CISG y si este comprende los convenios o cláusulas arbitrales por cuanto a priori la convención se encuentra ideada para aplicar a las cuestiones relativas a la formación, derechos y obligaciones de los contratos de compraventa de mercaderías.

92. En este sentido la Demandante sostiene que bajo el artículo 4 (1) CISG, ni la formación de los acuerdos de arbitraje ni los derechos y obligaciones derivados de tales acuerdos se encuentran incluso en el alcance de la CISG, por cuanto estos no conforman un contrato de compraventa de mercaderías. El Tribunal, en línea con lo argumentado por la Demandada, considera que la CISG ha de examinarse en su conjunto³⁵ para realizar una interpretación uniforme y no únicamente basándose en una de sus provisiones de forma aislada como lo hace la Demandante.
93. De esta forma por ejemplo el artículo 19 (3) CISG, se aproxima a la regulación de las cláusulas de resolución de disputas y la consideración de la inclusión de estas como una modificación sustancial del contrato. Puede concluirse en este sentido que la CISG contiene provisiones orientadas a lidiar con cuestiones de carácter procesal como es el caso de los acuerdos arbitrales y por tanto no es posible entender que estas cuestiones queden fuera de su alcance.
94. El Tribunal, por tanto, concluye que la CISG es aplicable al Acuerdo Arbitral al (i) formar esta parte del derecho de Mediterráneo, (ii) no haber sido excluida por las Partes y (iii) entrar dentro de su alcance la regulación de los convenios y cláusulas arbitrales y su formación dentro de los contratos de compraventa de mercaderías.
95. La ley de Mediterráneo es una adopción verbatim de la ley modelo UNCITRAL, por lo que es crucial en este punto analizar el artículo 7 (opción 2 UNCITRAL) de cara a determinar si se concluyó válidamente un Acuerdo Arbitral entre las Partes.
96. El citado artículo 7 de la Ley Modelo UNCITRAL dispone:
- 2) El acuerdo de arbitraje deberá constar por escrito. Se entenderá que el acuerdo es escrito cuando esté consignado en un documento firmado por las partes o en un intercambio de cartas, télex, telegramas u otros medios de telecomunicación que dejen constancia del acuerdo, o en un intercambio de escritos de demanda y contestación en los que la existencia de un acuerdo sea afirmada por una parte sin ser negada por otra. La referencia hecha en un contrato a un documento que contiene una cláusula compromisoria constituye acuerdo de arbitraje siempre que el contrato conste por escrito y la referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato.*
97. De dicho artículo se desprenden dos requisitos esenciales, el primero la existencia de un acuerdo o consenso entre las Partes, y dos, un requisito de forma escrita.
98. Respecto del primero de los dos requisitos, este Tribunal, ya se ha pronunciado con anterioridad entendiendo que del supuesto Acuerdo Arbitral no se puede apreciar a simple vista, como argumenta la Demandante, consenso alguno entre las Partes.

³⁵ CISG AC No. 6: *Exclusion of the CISG under Article 6*, de 30 de mayo de 2014.

99. Sin embargo, más allá de esto, respecto del segundo requisito, el artículo 7 de la ley modelo UNCITRAL prevé que el acuerdo deberá consignarse en un documento escrito el cual deberá ser firmado por las Partes o, en su defecto haber sido incluido como referencia que claramente evidencie la inclusión de la cláusula o convenio en un contrato que conste por escrito.
100. El Tribunal, nuevamente, resuelve que no se cumple el requisito formal establecido en la ley modelo al, si bien está referenciada la aplicación de las condiciones generales en el contrato de fecha 8 de abril de 2020, no poderse encontrar ninguna referencia al Acuerdo Arbitral, más aun no existiendo muestra alguna de intercambio de documentos firmados por ambas Partes que den cumplimiento a los requisitos del artículo 7.
101. Este Tribunal concluye pues de esta forma que la ley aplicable al Acuerdo Arbitral es la ley de Mediterráneo, incluyendo la CISG, y qué bajo esta no se ha llegado a concluir un Acuerdo Arbitral válido.
102. Con este pronunciamiento, el Tribunal estima, no sólo que no existe Acuerdo Arbitral válido entre las Partes, sino que, además el presente Tribunal carece de jurisdicción para conocer del fondo del caso. Con todo, y a pesar de ello, a mayor abundamiento, el Tribunal se pronunciará sobre el resto de cuestiones planteadas por las Partes, sin perjuicio de la inefectividad práctica de dichas decisiones.

B. SOBRE LA CONCLUSIÓN DE UN CONTRATO EN 2020

103. Las Partes discuten la existencia de un contrato para el suministro de aceite de palma supuestamente acordado entre ellas en el año 2020 en tanto existen varias ocasiones a lo largo de sus negociaciones en las que se puede comprender la existencia de ofertas y posibles aceptaciones por cualquiera de las dos Partes.
104. Siendo la ley Aplicable al contrato subyacente la de Mediterráneo y comprendiendo está la CISG, las Partes discuten si se ha llegado a concluir satisfactoriamente un contrato en los términos que establece la Parte II de la CISG en sus artículos 14 y 15.
105. El artículo 14 CISG dispone:
- 1) La propuesta de celebrar un contrato dirigida a una o varias personas determinadas constituirá oferta si es suficientemente precisa e indica la intención del oferente de quedar obligado en caso de aceptación. Una propuesta es suficientemente precisa si indica las mercaderías y, expresa o tácitamente, señala la cantidad y el precio o prevé un medio para determinarlos.*
- 2) Toda propuesta no dirigida a una o varias personas determinadas será considerada como una simple invitación a hacer ofertas, a menos que la persona que haga la propuesta indique claramente lo contrario.*
106. Adicionalmente, el artículo 15 CISG prevé:

1) La oferta surtirá efecto cuando llegue al destinatario.

2) La oferta, aun cuando sea irrevocable, podrá ser retirada si su retiro llega al destinatario antes o al mismo tiempo que la oferta.

i. Posición de la Demandante

107. La Demandante sostiene que se concluyó válidamente un contrato entre las Partes en el año 2020 en base a dos argumentos: (i) el hecho de que la Demandante realizó una oferta a la Demandada y (ii) la inequívoca existencia de aceptación de esta oferta por la Demandada.

a. La Demandante realizó una oferta a la Demandada

108. Respecto de su oferta la Demandante indica que, en primer lugar, se puede apreciar una clara intención de vincularse contractualmente por parte de la oferente, en segundo lugar, que la oferta era lo suficientemente determinada y, en tercer y último lugar, que la oferta que se realizó era completamente efectiva.

109. La Demandante afirma que existía intención por esto de vincularse contractualmente a través de la oferta que realizó a la Demandada En tanto que como indica el artículo 8 de la CISG las conductas y otros actos llevados a cabo por las Partes han de ser interpretados de conformidad con la intención que de ellos se desprenda.

110. Alega la Demandante que su intención de alcanzar un contrato con la contraparte era no solo aparente sino inequívocamente conocida por esta última y se refiere en este punto a las negociaciones sostenidas entre el Sr. Chandra y la Sra. Bupati en la Cumbre del aceite de palma celebrada en capital City el día 28 de marzo de 2020. De igual manera, sostiene la Demandante que de sus actuaciones y el desarrollo de los eventos posteriores a la Cumbre, resulta aún más obvio el interés que la Demandada mostraba por concluir un contrato de suministro de aceite de palma con la Demandante.

111. La Demandante defiende que la oferta realizada durante la Cumbre era además lo suficientemente definida como para entenderse como una oferta en los términos que recoge el artículo 14 CISG, estos son: (i) la indicación de los bienes, (ii) la determinación de la cantidad y (iii) la fijación del precio. Observa la Demandante que los términos ofrecidos por el Sr. Chandra en la Cumbre de 28 de marzo de 2020 incluían, en primer lugar, el objeto del contrato, esto es, el suministro de aceite de palma certificado RSPO, en segundo lugar, la cantidad que debía ser suministrada (2/3 Partes de la producción de aceite de palma anual de la Demandante) y, por último, un precio fijado en el importe de 900 USD/tonelada para el primer año.

112. Finalmente, concluye la Demandante, que a la vista del artículo 15 CISG, dándose por cumplidos los requisitos previos y habiéndose manifestado directamente la oferta a la Demandada, la oferta de la Cumbre constituye una plena y efectiva.

b. Existió una aceptación inequívoca de la oferta por la Demandada

- 113.** La Demandante argumenta que la Demandada aceptó inequívocamente la oferta en base a argumentos: (i) existencia de una aceptación tácita por la Demandada, (ii) la no existencia de contraoferta y (iii) la existencia de una práctica entre las Partes.
- 114.** Sostiene la Demandante que de conformidad con el artículo 18.1 CISG³⁶, es posible argumentar la existencia de una aceptación tácita por la Demandada.
- 115.** Considera la Demandante que es posible discernir, no una sino varias, conductas llevadas a cabo por la Demandada que dan lugar a entender su tácita aceptación del contrato.
- 116.** Menciona, por ejemplo, que, si se entendiese realizada la oferta en la preparación de la documentación, esto es, el contrato de fecha 8 de abril de 2020, el hecho de que la Demandada no presentare objeción alguna a los términos en ella contenidos y qué, por el contrario, Insistiese en proceder a extender la carta de crédito³⁷ es una muestra indudable de la intención de la contraparte de vincularse por esta oferta.
- 117.** Cita la Demandante el caso CLOUT 417³⁸, en el que la emisión de una carta de crédito Se estima como una conducta indicativa de la intención de vincularse por cuanto supone una forma de ejecución y cumplimiento de un contrato ya existente.
- 118.** Asimismo, pone de manifiesto a la Demandante, es posible considerar que el correo de la Sra. Bupati entraña una oferta en sí misma hacia el Sr. Chandra, la cual se entiende aceptada en tanto el contrato que le remite la Demandante a esta primera firmado contiene los exactos términos en que dicho email se hubo redactado, y los cuales ya habían sido negociados por las Partes previamente durante la Cumbre³⁹.
- 119.** Además, alega la Demandante la existencia de una práctica⁴⁰ establecida entre las Partes y la cual se hubo desarrollado a lo largo de la relación comercial sostenida entre el Sr. Chandra y la Sra. Bupati en los más de 40 contratos que ya habían alcanzado con anterioridad.
- 120.** la Demandante sostiene que en varias ocasiones la Sra. Bupati, no habiendo remitido de vuelta la documentación contractual firmada, de no manifestar oposición en el plazo de un par de días, esos contratos eran considerados válidos y efectivos, pues la propia Southern Commodities daba cumplimiento a esos contratos.

³⁶ “Toda declaración u otro acto del destinatario que indique asentimiento a una oferta constituirá aceptación. El silencio o la inacción, por sí solos, no constituirán aceptación.”

³⁷ Escrito de Demanda, párr. 82.

³⁸ CLOUT 417 del Tribunal de Distrito de EE. UU., Distrito Norte de Illinois, 7 de diciembre de 1999.

³⁹ Escrito de Demanda párr. 84.

⁴⁰ Escrito de Demanda párr. 87.

- 121.** Finalmente entiende la Demandante que, a pesar de que la práctica se estableciese originariamente con Southern Commodities, esta es extensible a la Demandada ya que JAJA Biofuel no comporta una persona jurídica diferente de su matriz sino una continuación de esta, con la que además existe una identidad subjetiva⁴¹.
- 122.** Concluye, por tanto, la Demandante que concurrieron oferta y aceptación, bien tácita o bien por medio de las prácticas establecidas entre las Partes, y que, por ende, en los términos de la CISG, existe un contrato válido.

ii. Posición de la Demandada

- 123.** La Demandada sostiene que las Partes no alcanzaron a concluir un contrato válido al (i) encontrarse estas todavía en negociaciones y (ii) no poderse entender que la Demandada aceptó el contrato en ningún momento.

a. Las Partes aún estaban en negociaciones

- 124.** la Demandada se refiere a los artículos 18 y 19 CISG⁴² para afirmar que no existió una aceptación de la oferta realizada por la Demandante en los términos que contempla la CISG.
- 125.** Refiere la Demanda que las varias comunicaciones entre el Sr. Chandra y la Sra. Bupati no son sino un intercambio de propuestas característicos de una negociación contractual.
- 126.** La Demandante sostiene que esto es así pues, en primer lugar, no se puede discernir la existencia de una aceptación libre de objeciones por parte de la Demandada⁴³ y, en segundo lugar, lo que se observa es un intercambio de contrapropuestas entre las Partes.
- 127.** Cita la Demandada el artículo 19 (1) CISG para sustentar que a tenor de la literalidad del precepto una respuesta a una oferta que pretenda ser una aceptación y que contenga adiciones, limitaciones u otras modificaciones se considerará como rechazo de la oferta y constituirá una contraoferta. para ello además cita, entre otras, Las decisiones del caso *Macedonian lambskin coats*⁴⁴ y *Propane gas*⁴⁵, donde los Tribunales anteriormente ya consideraron que el intercambio de propuestas entre dos Partes no implica de por sí la existencia de una aceptación a una oferta por el mero hecho de continuar las negociaciones.
- 128.** Concluye pues la Demandada en vista de las sucesivas discusiones entre las Partes jamás se produjo una aceptación y que por ello no se puede entender que las Partes procedieran

⁴¹ Escrito de Demanda párrs. 91 a 93.

⁴² Contestación a la Demanda, párrs. 83 y 84.

⁴³ En referencia a los documentos C2, C4 y R2, En los que se recogen los correos electrónicos intercambiados entre la Sra. Bupati y el Sr. Chandra (y su asistente el Sr. Rain).

⁴⁴ *Macedonian lambskin coats case* del Tribunal de Comercio del Cantón de Zúrich, noviembre de 1998.

⁴⁵ *Propane gas case* del Tribunal Supremo de Austria, de fecha 6 de febrero de 1996.

más allá de las meras negociaciones antes de la ruptura de la comunicación. De igual manera sostiene que esta interrupción de las discusiones tampoco puede ser considerada como una aceptación tácita pues, en palabras de la propia CISG, el simple silencio no constituye una aceptación a una oferta⁴⁶.

b. La Demandada jamás llegó a aceptar la oferta

- 129.** Según la Demandada, esta jamás llegó a aceptar una oferta y por tanto no llegó a suscribir contrato alguno con la Demandante, lo que se pone de manifiesto en el hecho de que la Sra. Bupati jamás firmase la documentación contractual enviada por el Sr. Rain, así como no cabe alegar la aplicación de práctica alguna entre las Partes.
- 130.** La Demandada considera que la oferta debe de reunir dos requisitos puestos de manifiesto por el artículo 14 CISG, estos son: primeramente, que la oferta sea lo suficientemente precisa, y segundo, que la oferta manifieste inequívocamente la intencionalidad de la parte oferente de vincularse en caso de aceptación por la contraparte.
- 131.** Al respecto de la intencionalidad de vincularse en caso de aceptación, esgrime la Demandada que esta jamás expresó intención de vincularse de forma contractual con la Demandante por cuanto además no entiende que el correo electrónico de 1 de abril de 2020, como sostiene la Demandante, constituya una oferta, sino realmente una contraoferta. Es por ello por lo que además no entiende que ninguna de las ofertas sea lo suficientemente definitiva en tanto en todas las ocasiones han quedado aspectos contractuales pendientes de discusión entre las Partes.
- 132.** La Demandada persiste en su argumento sosteniendo además que los términos contenidos dentro de las condiciones generales no fueron puestos a disposición de la Sra. Bupati o su ayudante, y por ello tampoco puede dilucidarse aceptación⁴⁷ de unos términos que son desconocidos para la parte⁴⁸.
- 133.** Finalmente, la Demandada alega, por contraposición a la Demandante, que la existencia de una aceptación derivada del silencio o la mera ejecución de actos preparatorios para la formación de un contrato solo puede entenderse como aceptación en el caso de que fuese la misma una práctica⁴⁹ entre las Partes.
- 134.** Puntualiza la Demandada que la CISG no proporciona una descripción específica del término “prácticas entre las Partes” siendo por tanto que ha de recurrirse a la jurisprudencia sentada por el Tribunal Supremo austriaco para el desarrollo de este elemento.

⁴⁶ En referencia al artículo 18 CISG.

⁴⁷ En referencia al documento R3.

⁴⁸ Contestación a la Demanda párrs. 100 y 101.

⁴⁹ *Turkish beach towels and bath robes case* de 9 de julio de 1998 del Tribunal de Apelaciones de Dresde.

- 135.** Destaca la Demandada que es esencial, por tanto, atendiendo a la sentencia del caso *Tantalum Powder II*⁵⁰, la concurrencia de una identidad subjetiva y prolongación suficiente en el tiempo de la conducta para que esta pueda ser considerada de cualquier modo como una práctica consolidada.
- 136.** Mantiene por ello la Demandada que no puede discernirse una conducta persistente en el tiempo, al ser esta la primera relación contractual entre la Demandada y la Demandante, y no existir correspondencia subjetiva entre las Partes a las que aplicaría la práctica alegada por la Demandante, esto es, Southern Commodities y ElGup.
- 137.** Es por ello por lo que la Demandada concluye que (i) no existió aceptación alguna pues las Partes jamás procedieron más allá de las negociaciones y (ii) no existe una práctica que permita a la Demandante ampararse para sostener que el silencio implica una forma de aceptación entre las Partes, ergo no existiendo un contrato válido entre la Demandada y la Demandante.

iii. Análisis del Tribunal Arbitral

- 138.** El Tribunal concurre en este punto nuevamente con las alegaciones de la Demandada, y estima que no se concluyó un contrato válido entre las Partes en el año 2020 conforme a los siguientes motivos:
- 139.** Primeramente, el Tribunal estima que, a pesar de existir numerosas situaciones que pudiesen ser consideradas como ofertas a lo largo de las comunicaciones de las Partes, jamás se produjo una aceptación expresa y sin objeción alguna por parte de ninguna de ellas.
- 140.** Hasta en tres ocasiones diferentes⁵¹ resulta razonablemente argumentable considerar que, en los términos del artículo 14 CISG, existió una oferta y, por el contrario, no es posible encontrar una conducta o declaración que inequívocamente demuestre la intención de alguna de las Partes de aceptar los términos de la oferta remitida por la otra.
- 141.** Esto es, así pues, como bien señala la Demandada, (i) JAJA Biofuel no ha aceptado expresamente el contrato en ningún momento, (ii) tampoco existe una conducta que pueda entenderse como una aceptación tácita y (iii) no se aprecia la concurrencia de los elementos, en concreto la identidad subjetiva y la persistencia en el tiempo, que pudieran dar lugar a sostener la existencia de una práctica vinculante para las Partes por medio de la que considerar el silencio una aceptación.

⁵⁰ *Tantalum powder case II* de 31 de agosto de 2005 del Tribunal Supremo de Austria:

(...) son conductas que se producen con una frecuencia particular, durante un periodo de tiempo específico y determinado entre las partes, siendo estas conductas que las partes pueden esperar razonablemente que se repitan en situaciones similares.

⁵¹ En referencia a la Cumbre de aceite de palma y los documentos C2 y C3, Que corresponden al correo electrónico de la Sra. Bupati de fecha 1 de abril de 2020 y el contrato de fecha 8 de abril de 2020.

- 142.** De conformidad con el artículo 18 (3) CISG la ofertada podrá indicar su consentimiento a través de sus actos siendo esta la que se consideraría una aceptación tácita del acuerdo. destaca la Demandante el correo electrónico de la Sra. Fauconnier⁵² como expresión de aceptación tácita con fundamento en la discusión de los términos para la apertura de una carta de crédito, argumentando que este es un acto que indudablemente muestra la intención de ejecutar el contrato. Sin embargo, no es la discusión de los términos mismos de la carta de crédito lo que la jurisprudencia⁵³ citada por está en su argumento define como expresión inequívoca de aceptación, sino que lo es la apertura de la propia carta de crédito por cuanto esta comporta el cumplimiento de obligaciones contractuales.
- 143.** Pero más aún, este Tribunal, encuentra que los actos realizados, para calificarse como aceptación bajo la CISG, deben revelar una intención inequívoca de la parte para vincularse por el contrato en cuestión. El artículo 8 CISG, sostiene que la conducta en cuestión tendrá que ser interpretada de conformidad con el entendimiento que una persona razonable, en las mismas condiciones que la contraparte, lo hubiera hecho⁵⁴.
- 144.** Por su parte, el Tribunal, ha determinado que la Demandada y la Demandante jamás concluyeron sus negociaciones, lo que se puede apreciar claramente en el continuo intercambio de correos electrónicos que mantuvieron y que no es sino reflejo de la falta de consenso entre las Partes en la determinación de los términos⁵⁵.
- 145.** El Tribunal defienden que el hecho de que nunca se llegara a la concluir las negociaciones se desprende inequívocamente del correo electrónico de la Sra. Fauconnier⁵⁶, pues, en dicha comunicación, la representante de la Demandada puso de manifiesto a la Demandante la necesidad de re-examinar cuestiones controvertidas sobre el contrato, así como le indicó que la Demandada se hubo puesto en contacto con otros productores de aceite de palma en Mediterráneo. Esto demuestra sin duda alguna que la Demandada aún no había decidido si establecer un compromiso con ElGup y llegando incluso a plantearse entablar negociaciones con un proveedor diferente.
- 146.** Respecto a la existencia de una posible práctica por medio de la que considerar una aceptación tácita de la Demandada, como alega la Demandante, este Tribunal considerara que no existe tal cosa como una práctica entre las Partes.
- 147.** Y, es más, si el Tribunal entendiese que existe alguna práctica, ésta ni siquiera involucraría a las Partes de este procedimiento arbitral, sino más bien a la Demandante y a Southern Commodities; la cual, a pesar de ser la sociedad holding de la Demandada,

⁵² En referencia al documento R2, Que contiene el correo electrónico de la Sra. Fauconnier de fecha 3 de mayo de 2020.

⁵³ *Schlechtriem/Schwenzer, Art. 18, § 13.*

⁵⁴ Escrito de Demanda párr. 111.

⁵⁵ *Ciaramella v. Reader's Digest association, 1997*, Tribunal de apelaciones del 2º circuito de los Estados Unidos.

⁵⁶ En referencia al Documento R2.

continúa siendo una persona jurídica distinta y separa, que debe seguir siendo considerada como tal en todos los aspectos.

148. En este mismo sentido según el Art. 9 CISG, como presentaba la Demandada, para que las Partes establecen una práctica entre ellas y queden vinculadas por ella resulta necesario probar, no sólo la identidad subjetiva sino también, la existencia de una conducta entre las Parte con una cierta persistencia en el tiempo.
149. Este no es, desde luego, el caso en la relación entre la Demandante y la Demandada, ya que si hubieran concluido un contrato satisfactoriamente este hubiese sido el primero entre ambos, no pudiendo por tanto probarse repetición ni prolongación en el tiempo de ningún tipo de conducta⁵⁷ por medio de la que sustentar una aceptación tácita.
150. Finalmente, este Tribunal, en vista de que tanto la doctrina como la jurisprudencia coinciden en que la existencia de sociedades matrices no conlleva automáticamente la extensión de vínculos o prácticas jurídicas de unas a otras⁵⁸, incluso hasta el punto de que algunas posturas rechazan esta posibilidad por completo; determina que no existe práctica alguna entre las Partes.
151. El Tribunal concluye pues que, en ausencia de prácticas entre las Partes, no se puede apreciar la existencia de un contrato válido entre las Partes al no haber concurrido los elementos básicos de oferta y aceptación necesarios para el alcance de un contrato bajo la CISG. Por tanto, no pudiendo la Demandante reclamar a la Demandada el cumplimiento de las correspondientes obligaciones que hubiesen devenido del Contrato.

C. SOBRE LA VALIDEZ DE LA INCLUSIÓN DE LAS CONDICIONES GENERALES EN EL CONTRATO

152. Llegados a este punto, teniendo en cuenta que este Tribunal ya ha fallado en contra de la existencia de contrato alguno que vincule a las Partes, queda por resolver la validez de la inclusión de las Condiciones Generales en el contrato de fecha 8 de abril de 2020.
153. Este Tribunal es consciente de que la cuestión es compleja, así como en cierto modo, carente de practicidad pues, no existiendo contrato, el análisis de esta cuestión resultaría estéril a efectos de las Partes. Es por ello por lo que abordará la misma partiendo de la asunción de que existe un Contrato, por motivos prácticos exclusivamente, sin pretender por ello dar a entender que su pronunciamiento sobre esta cuestión implica contradicción con sus anteriores decisiones.

i. Posición de la Demandante

154. La Demandante sostiene que sus Condiciones Generales fueron debida y válidamente incluidas en el contrato alcanzado por las Partes de conformidad con los requisitos

⁵⁷ *Netherlands Arbitration Institute Interim Award*, febrero de 2005.

⁵⁸ *Laudo ICC n.º 11405*.

establecido por la ley de Mediterráneo, incluyendo la CISG, dado que (i) existe una referencia clara a las Condiciones Generales en el propio contrato y (ii) la Demandada tuvo conocimiento suficiente del contenido de las Condiciones Generales siendo consciente, o no pudiendo alegar desconocimiento, de su inclusión.

- 155.** Defiende la Demandante que la inclusión de condiciones generales forma parte del ámbito de aplicación de la CISG, a pesar de no ser esta una cuestión directamente abordada en su articulado. Se refiere para justificar este alcance en concreto, a los artículos 14, 18, 19 y 23 CISG, que tratan de la formación de los contratos, así como el art. 8 de la CISG, relativo a la interpretación.
- 156.** La Demandante argumenta que de conformidad con el artículo 18 CISG los requisitos para la aceptación de una oferta son: (i) cualquier declaración u otra conducta del destinatario que indique su asentimiento a una oferta constituye una aceptación; y (ii) la aceptación de una oferta surte efecto en el momento en que la indicación de asentimiento llega al oferente. Dilucidando que, por ello, la aceptación puede hacerse verbalmente, por escrito o mediante cualquier otra conducta inequívoca que demuestre la voluntad del destinatario de quedar vinculado.
- 157.** La Demandante, más aún, sostiene que, si se traslada esto a la inclusión de las Condiciones Generales, esto significaría que cuando el oferente, en este caso la Demandante, hubiese manifestado expresamente al destinatario, al caso la Demandada, su intención de someter el contrato a sus condiciones generales, éstas serán de aplicación si el destinatario acepta la oferta, salvo que éste, en su aceptación, manifieste expresamente no consentir dicha inclusión.
- 158.** Deducen la Demandante de este razonamiento que, la referencia a las Condiciones Generales contenida en el contrato⁵⁹ es una clara y evidente manifestación de su intención de incluir las Condiciones Generales, y por tanto no debería existir problema alguno con la inclusión de dicho clausulado, ya que con la aceptación del contrato se genera una impresión legítima en la Demandante de que la propuesta ha sido aceptada íntegramente⁶⁰.
- 159.** La Demandante alcanza la conclusión de que siendo consciente la Demandada en todo momento de la aplicación de las Condiciones Generales al contrato, pues es obvio que las conocía por las diversas y claras referencias que a ellas hizo la Demandante durante todas las negociaciones⁶¹, es inconcebible amparar su inaplicación en el desconocimiento de la intención de las Partes.
- 160.** Sostiene además que la Demandada tenía conocimiento de la inclusión de las Condiciones Generales en tanto que (i) ElGuP y JAJA Biofuel están vinculadas por

⁵⁹ En referencia al documento C3, esto es el contrato de fecha 8 de abril de 2020.

⁶⁰ Cita al *Machinery case*, 31 de octubre de 2001, Tribunal Supremo alemán.

⁶¹ Escrito de Demanda párrs. 106 a 109.

prácticas comerciales; y (ii) la Demandada tiene conocimiento suficiente del contenido de las Condiciones Generales.

161. En este sentido, la Demandante retorna sobre su punto en la existencia de una práctica entre esta con Southern Commodities y que es de igual aplicabilidad a la Demandada por ser esta su filial.
162. Manifiesta la Demandante que, al respecto del conocimiento del contenido de las Condiciones Generales por la Demandada, los contratos para la producción, distribución y entrega de bienes y servicios suelen estar regulados, como práctica común en la industria, por condiciones generales de una de las Partes. La Demandante esgrime que su caso no es una excepción pues, de forma habitual y continuada ha incluido sus propias Condiciones Generales en los contratos de venta de aceite de palma, siendo esta una situación de la que es consciente la Demandada⁶².
163. Del mismo modo, en cuanto al contenido de las Condiciones generales, asevera la Demandante que la Demandada tuvo en todo momento acceso al contenido de las citadas condiciones, tanto por parte de la Sra. Bupati como del Sr. Dosep⁶³, así como en cualquier momento, pudo haber solicitado a la Demandante el texto de las Condiciones Generales si lo hubiese estimado oportuno.
164. Concluye pues que, en cuanto a la cuestión de las Condiciones Generales, la Demandada tuvo pleno conocimiento en todo momento no sólo la intencionalidad de la Demandante de incluir la Condiciones Generales en el contrato sino también de su contenido exacto.
165. Finalmente, la Demandante sostiene, que de hallarse no aplicable la CISG, tanto bajo la ley sustantiva de Mediterráneo, las condiciones para su correcta inclusión hubiesen sido igualmente cubiertas por tanto la aceptación incondicionada de la oferta que incluye la

⁶² Escrito de Demanda párrs. 126 y 127.

⁶³ En referencia a la Orden Procesal No. 2, párr. 7 y 19:

7. ¿Cuántos contratos celebraron el Sr. Chandra y la Sra. Bupati entre 2016 y 2018? (...) Todos los contratos se basaban en la plantilla de la Demandante utilizada también para el contrato en litigio y declaraban aplicables las Condiciones Generales de la Demandante, al igual que los contratos anteriores a 2016. Si bien no puede excluirse positivamente que los Condiciones Generales revisadas con la nueva cláusula de arbitraje se enviaran con el primer contrato, es indiscutible que no se enviaron cuando se celebraron los siete contratos posteriores. Es igualmente incuestionable que el Sr. Chandra informó a la Sra. Bupati por teléfono de que la nueva cláusula de arbitraje era la cláusula modelo del KLRCA (AIAC) que establecía la sede del arbitraje en Danubia y la aplicación de la ley Danubiana al contrato.

19. ¿Cómo consiguió la Demandada las dos versiones de la cláusula compromisoria presentadas como R 4? La Demandada había obtenido el Condiciones Generales de la Demandante del Sr. Dosep a quien había contratado el 1 de junio de 2020. Hasta entonces, el Sr. Dosep había estado trabajando para la empresa de aceite de palmiste que desde 2019 había comprado toda la producción de aceite de palmiste de la Demandante. Había sido el gestor de cuentas que se había encargado de la relación con la Demandante en esa empresa y de hecho había sido contratado para reforzar el negocio del aceite de palmiste antes de que finalmente se tomara la decisión en noviembre de 2020 de vender esa unidad. El Sr. Dosep tenía en sus archivos copias de las distintas versiones del CGCS de la Demandante.

referencia a las Condiciones Generales, es suficiente para entender las mismas válidamente incluidas en el contrato.

ii. Posición de la Demandada

- 166.** Sostiene la Demandada que las Condiciones Generales no pueden considerarse válidamente incluidas al contrato ya que no se han cumplido los requisitos necesarios para su incorporación previsto en (i) la CISG, así como tampoco bajo (ii) los Principios UNCITRAL aplicables subsidiariamente a esta primera.
- 167.** La Demandada comparte con la Demandante el criterio de que la inclusión de cláusulas estándar en los contratos es una cuestión que, aunque no específicamente contemplada en la CISG, se acepta mayoritariamente que es una cuestión comprendida dentro del ámbito de aplicación de la Convención⁶⁴.
- 168.** La Demandada cita los casos *Roser Technologies Inc. v. Carl Schreiber GmbH*⁶⁵ y *Machinery case*⁶⁶ para establecer que a efectos de considerar la existencia de conocimiento razonable de la inclusión de condiciones generales en un contrato, es crucial considerar, en primer lugar, (a) si la parte no redactora de las condiciones tuvo oportunidad suficiente de darse cuenta de ellas y, en segundo lugar, (b) si existió un acuerdo sobre la inclusión que permita, al menos, inferir razonablemente una aceptación de las condiciones ya que estas son en sí mismas no negociables.
- 169.** Argumenta la Demandada que el estándar de mera referencia, alegado por la Demandante, no es suficiente ni comercialmente razonable, en particular si se tiene en cuenta el contexto en el que se negoció el contrato, sosteniendo además que el estándar de mera referencia entra en conflicto directo con gran parte de la jurisprudencia que considera necesaria la entrega de una copia del clausulado además de la referencia a su inclusión⁶⁷.
- 170.** La Demandada señala que bajo la CISG las Condiciones Generales no pueden considerarse válidamente incorporadas pues de la conducta de JAJA Biofuel jamás se desprendió una impresión objetiva de que la oferta fuese aceptada incluyendo las Condiciones Generales, ya que el contenido de estas nunca le fue facilitado por la Demandante.
- 171.** Razona la Demandada que la cuestión de la válida inclusión de cláusulas estándar en los contratos es pacífica en aquellos asuntos en los que existe un acuerdo claro entre las Partes, pero sin embargo, el presente caso adolece por un lado, (i) del hecho de que la Demandada jamás manifestó su intención de incorporar las Condiciones Generales, y por otro, (ii) de la inexistencia de actuación alguna de la Demandada que pudiera haber hecho

⁶⁴ Contestación a la Demanda párrs. 120 y 121.

⁶⁵ En referencia al caso *Roser Technologies Inc. v. Carl Schreiber GmbH*

⁶⁶ En referencia a la resolución del *Machinery case* de 31 de octubre de 2001.

⁶⁷ Cita nuevamente para sustentar su posición el *Machinery case*.

creer a la Demandante, más allá de toda duda razonable, que existía un acuerdo sobre la incorporación de las cláusulas estándar⁶⁸.

- 172.** Desmiente la Demandada que exista una práctica entre las Partes que pueda considerarse aplicable a este aspecto, sosteniendo esto bajo los mismos argumentos que lo hizo en la cuestión sobre la validez del contrato.
- 173.** Por último, concluye la Demandada que, la inclusión de las Condiciones Generales en el contrato debe considerarse nula en todo caso pues no se puede considerar suficiente la mera referencia a las Condiciones Generales en virtud de (i) los principios UNIDROIT⁶⁹ y (ii) la propia CISG⁷⁰.

iii. Análisis del Tribunal Arbitral

- 174.** El Tribunal Arbitral en esta última cuestión concurre mayoritariamente con la opinión de la Demandante, por cuanto estima la validez de la inclusión de las Condiciones Generales en el contrato, si bien ha de discrepar de la existencia de prácticas entre las Partes como justificación a la validez.
- 175.** De esta forma, el Tribunal entiende que las Condiciones Generales fueron debidamente incluidas bajo los estándares de la CISG, por tanto (i) no sólo la Demandada era consciente de la intención de aplicar las Condiciones Generales al contrato, sino que (ii) era concedora de su contenido y/o dispuso de los medios suficientes para serlo.
- 176.** Primero de todo, ha de entenderse que, en la actualidad, está aceptado de forma general por la doctrina y jurisprudencia que la inclusión de cláusulas estándar en los contratos de compraventa de mercadería entra dentro del ámbito de aplicación de la CISG y, por tanto, debe decidirse con arreglo a la CISG, en sus normas sobre interpretación y formación de los contratos⁷¹, en lugar del Derecho contractual nacional aplicable.
- 177.** El Tribunal estima que, en el presente caso, la referencia expresa de la Demandante a las Condiciones Generales en el contrato⁷² es suficiente para incorporar las mismas en virtud de los artículos 8 y 14 CISG. Esta estimación, no obstante, aplica a la inclusión de las Condiciones Generales, pero no al Acuerdo Arbitral por cuanto este Tribunal considera que la incorporación de un acuerdo o convenio arbitral requiere de un estándar de prueba de aceptación de mayor rigor que no queda suficientemente satisfecho con la demostración de conocimiento del contenido por las Partes.

⁶⁸ Contestación a la Demanda párrs. 128 y 129.

⁶⁹ Artículo 2.1.19 de los Principios UNIDROIT:

(...) las cláusulas estándar contenidas en un documento independiente (...) normalmente deberán ser mencionadas expresamente por la parte que pretenda utilizarlas. La incorporación implícita sólo podrá admitirse si existe una práctica establecida entre las partes o un uso a tal efecto.

⁷⁰ Contestación a la Demanda párrs. 149 a 153.

⁷¹ *Gear-cutting Machine Case* de 31 de octubre de 2001, Tribunal Supremo de Alemania.

⁷² En referencia al documento C3, contrato de fecha 8 de abril de 2020.

- 178.** Comparte este Tribunal el razonamiento seguido por la Demandante al expresar que se puede afirmar la existencia de una clara inclusión de las Condiciones Generales en el Contrato alcanzado entre las partes, en base a que:
- 179.** En primer lugar, la Demandante dejó claro en múltiples ocasiones a la Demandada que el contrato estaría sujeto a sus Condiciones Generales, tanto verbalmente como por escrito. Así lo demuestran, entre otros, las negociaciones mantenidas entre el Sr. Chandra y la Sra. Bupati en la cumbre del aceite de palma⁷³ y el correo electrónico del Sr. Rain⁷⁴, donde se explicita el sometimiento del acuerdo a la de Ley Mediterráneo y a las Condiciones Generales.
- 180.** En segundo lugar, por existir una referencia explícita e inequívoca en la primera página del contrato que señal la aplicación de las Condiciones Generales.
- 181.** Y en tercer y última instancia, porque en ninguna de las múltiples ocasiones en las que el Demandante especificó la inclusión de las Condiciones Generales, la Demandada indicó objeción alguna a su inclusión en el contrato.
- 182.** El Tribunal estima que además la Demandada gozaba de conocimiento suficiente respecto de (i) la intención de la Demandante de someter el contrato a su Condiciones Generales y (ii) el contenido de dichas cláusulas estándar. Así, además este Tribunal sostiene que la Demandada no sólo tenía capacidad para conocer la inclusión de las cláusulas en el contrato, sino que podrí afirmarse que, en este punto, tenía casi una obligación de conocer la aplicabilidad de las Condiciones al contrato. Ello, habida cuenta de que Southern Commodities hubo suscrito un importante número de contratos desde 2010 siendo la actual directora de compras de la Demandada, la Sra. Bupati, fue quien dirigió personalmente las negociaciones de esos 40 contratos previos por lo que, sin duda, era conocedora del *modus operandi* empleado por la Demandante y del Contenido de las Condiciones Generales.
- 183.** Es el conocimiento personal de la Sra. Bupati, así como la disposición de medios para acceder a las Condiciones Generales de la Demandante en cualquier momento, y no la existencia de una práctica entre las partes, lo que hace a este Tribunal estimar que la Demandada conocía sobradamente de sus cláusulas, pues para más inri, es la propia Demandada quien aporta como documento R4 un extracto del contenido de las Condiciones Generales.
- 184.** Además, entiende este Tribunal que, aun adoptándose el prerequisite de puesta a disposición, alegado por la Demandada, la Demandante cumpliría con tal extremo al no necesitar poner a disposición de la contraparte el contenido de las Condiciones Generales debido al conocimiento previo de estas por la Demandada.

⁷³ Referido a la Contestación, párr. 10.

⁷⁴ Respecto del documento C4, esto es el correo del Sr. Rain de 9 de abril de 2020.

185. Finalmente, este Tribunal, ante los argumentos de la Demandada de la inaplicación de la CISG, que para el caso de que se aplicasen los Principios UNIDROIT, la inclusión de las Condiciones Generales continuaría siendo válida conforme al artículo 2.1.19 de los Principios UNIDROIT.

186. Es en vista de estos hechos que este Tribunal estima la válida inclusión de las Condiciones Generales de la Demandante en el contrato.

V. DECISIÓN

187. Por las razones expresadas con anterioridad, habiendo considerados las alegaciones de las Partes, que este Tribunal por unanimidad resuelve:

- i.** Que las Partes no alcanzaron un acuerdo válido sobre la jurisdicción del presente Tribunal.
- ii.** Que las partes no concluyeron válidamente un contrato en el año 2020.
- iii.** Que, en el supuesto de estimarse la existencia de un contrato entre las Partes, las Condiciones Generales se habrían incluido válidamente.
- iv.** En materia de costas, tiene el Tribunal en consideración el haberse decantado a favor de la Demandada en las dos primeras cuestiones y a favor de la Demandante en la última.
- v.** Por ello, determina, que la Demandante correrá cargo del 70% de las costas procesales, mientras que la Demandada lo hará del 30% restante.

En Vindobona, a 21 de diciembre de 2022.

VI. ANEXO I. CONTRATO DE COMPRAVENTA DE 8 DE ABRIL DE 2020

CONTRATO DE PRODUCTOS DE ACEITE PALMA Y ACEITE DE SEMILLA DE PALMA A GRANEL TÉRMINOS CIF

VENEDORES: ElGuP plc.....

COMPRADORES: JAJA Biofuel Ltd.....

Fecha8 de abril de 2020...

*en caso de redacción alternativa se requiere una decisión de las partes.

Los vendedores han acordado vender y los compradores han acordado comprar:

Contrato No : 41

Fecha: 8 de abril de 2022

Producto : *aceite de palma certificado-RSPO*

Origen : Mediterráneo

Cantidad en toneladas

Periodo de envío

Puerto de descarga

Precio CIF

20,000 / *per annum*

2021 - 2025

Oceanside /

USD 900/t *primer año*

2021 – 2025

Hasta 6 veces al año

Equatoriana

Años 2 -5: *precio de mercado en el momento de envío menos 5%*

Condiciones especiales:

Se aplican las Condiciones Generales del Vendedor– con certificación RSPO, totalmente segregado

Pago en X

(i) de conformidad con lo dispuesto en el apartado (a) de la Cláusula de Pago;

(ii) de conformidad con lo dispuesto en el apartado (b) de la Cláusula de Pago;

(iii)

1. TOLERANCIA: El vendedor tiene la opción de enviar un 5% más o menos de la cantidad media del contrato. En caso de que se realice más de un envío, cada envío se considerará como un contrato independiente, pero la tolerancia sobre la cantidad media del contrato no se verá afectada por ello.

2. CALIDAD Y ESPECIFICACIONES:

Aceite de palma totalmente segregado con certificación RSPO.....

En el momento y lugar del embarque, el aceite deberá ser de buena calidad comercial de la descripción y especificaciones acordadas.

No contendrá sustancias que no sean de origen de palma aceitera o materiales utilizados en su procesamiento y que no se encuentren habitualmente en el aceite de la descripción del contrato.

Si el aceite se carga en más de un tanque del mismo buque, los detalles del análisis del aceite en cada tanque separado se ajustarán a lo anterior.

3. AJUSTE POR CALIDAD A LA LLEGADA: El precio será objeto de ajuste en función del análisis de llegada comprobado de conformidad con lo dispuesto en la

Cláusula de Muestreo y Análisis apartado d) contenida en las Condiciones Generales de Venta.

4. DECLARACIÓN DE DESTINO: Las mercancías se venden para su envío aOceanside/Equatoriana..... pero los Compradores tienen la opción de declararcualquier otro puerto de Equatoriana
.....
como puerto/s de destino con un mínimo de ... 500... toneladas métricas a cualquier puerto.

Para ejercer esta opción, los Compradores deberán declarar el/los puerto/s de destino a los Vendedores por cualquier medio de comunicación rápida y por escrito no más tarde de las 16.00 horas del ...día siguiente al día en que el vendedor declare la disponibilidad para el embarque.....

La Cláusula de Notificaciones y la Cláusula de Días Inhábiles no se aplicarán a dicha declaración.

5. EMBARQUE Y CLASIFICACIÓN: Embarque en buen estado en buque(s) que cumpla(n) con las Cualificaciones y Procedimientos Operativos de FOSFA para Buques dedicados al Transporte de Aceites y Grasas a Granel para Uso Comestible y Oleoquímico en vigor en la fecha del Conocimiento de Embarque. El aceite se embarcará en un buque que, después de cargar en uno o más puertos de origen, procederá directa o indirectamente, en una ruta geográficamente normal desde el/los puerto/s de embarque hasta el/los puerto/s de destino.

6. SEGURO:

[no previsto]

7. PAGO Y DOCUMENTOS DE EMBARQUE: El pago se efectuará en el lugar arriba indicado, según lo estipulado en el Preámbulo, por el 99% de la factura provisional del Vendedor (o por el 100% en caso de que los pesos expedidos sean definitivos) contra un juego completo de documentos de expedición:

a. por carta de crédito irrevocable y confirmada sin restricción de negociación establecida a favor del Vendedor a través de un banco reconocido por el 105% de la cantidad media del contrato. Salvo acuerdo en contrario entre las partes, dicho crédito será advertido y a disposición de los Vendedores a más tardar 10 días después de la fecha del contrato o el día laborable anterior al comienzo de la carga, según lo que ocurra primero. Si el crédito se abre en condiciones no conformes con el contrato, el vendedor podrá exigir su modificación, que será organizada por el comprador y notificada al vendedor en un plazo de 7 días a partir de la recepción de la demanda, pero en ningún caso más tarde del día hábil anterior al inicio de la carga. El banco negociador podrá reclamar el reembolso por

télex/cable al banco que abre el crédito, previa confirmación de que todos los documentos se ajustan a los requisitos del crédito:

b. por pago contra reembolso:

c. como se indica en el Preámbulo:

Si el vendedor opta por presentar los documentos al comprador a través de un banco, todos los gastos bancarios, incluidos los del banco del comprador, correrán a cargo del vendedor, a menos que el comprador exija la presentación a través de un banco de su elección, en cuyo caso los gastos bancarios correrán a cargo del comprador.

Los gastos de envío telegráfico de fondos al vendedor correrán a cargo del comprador. El documento de expedición se compone de

(1) Factura comercial;

(2) Juego completo de Conocimiento/s de Embarque "a bordo" limpio/s y/u Orden/es de Entrega del Buque y/u otra/s Orden/es de Entrega en forma negociable y transferible, dicha/s otra/s Orden/es de Entrega garantizada/s por un banco reconocido si así lo requiere el Comprador;

(3) Póliza/s y/o Certificado/s de Seguro y/o Carta/s de Seguro en la moneda del contrato e identificando el paquete asegurado. La(s) carta(s) de seguro deberá(n) especificar la(s) compañía(s) aseguradora(s) y/o el/los suscriptor(es) y el/los número(s) de póliza y deberá(n) estar garantizada(s) por un banco reconocido si así lo exigen los Compradores. Una vez efectuado el pago, la/s carta/s de seguro será/n sustituida/s por la/s póliza/s y/o certificado/s si así se solicita;

(4) Certificado FOSFA de Conformidad, Limpieza e Idoneidad del Tanque del Buque de los superintendentes en la forma vigente en la fecha del/de los Conocimiento/s de Embarque;

(5) Certificado de Análisis, basado en muestras selladas de forma independiente tomadas del/de los tanque/s del buque en el momento de la carga, y emitido por un analista certificado independiente;

(6) Un Certificado de Origen y/u otros documentos conforme a la Cláusula de Aranceles, Impuestos, etc., del contrato, cuando proceda;

(7) Certificado de producción conforme a la RSPO y segregación adecuada.

Los compradores deberán aceptar fotocopias o copias certificadas de los puntos (4), (5) y (7) relativos a la totalidad del paquete.

Los Compradores se comprometen a aceptar los Conocimientos de Embarque que contengan la Cláusula de Riesgo de Guerra de la Cámara Naviera y/o cualquier otra Cláusula de Riesgo de Guerra reconocida.

En caso de que se presenten documentos con juegos incompletos de Conocimiento/s de Embarque, el pago se efectuará siempre que se garantice la entrega de dicho/s Conocimiento/s de Embarque, garantía que deberá estar firmada, si así lo exigen los Compradores, por un banco de primera clase. La aceptación de esta garantía no perjudicará los derechos del Comprador en virtud del presente contrato. En caso de que los Vendedores no hayan presentado los documentos de embarque a la llegada del buque

a destino, los Compradores se harán cargo de la entrega bajo una garantía aceptable para los armadores que deberá ser proporcionada por los Compradores, dicha garantía deberá estar firmada por un banco de primera clase si así lo exigen los armadores. Los Compradores pagarán los documentos en el momento de su presentación. Todos los gastos suplementarios razonables, incluidos los costes de dicha garantía o los gastos suplementarios de manipulación en los que se incurra por el hecho de que el Vendedor no haya proporcionado dichos documentos, correrán a cargo del Vendedor y se incluirán en el precio de la factura final.

En caso de que el Comprador reciba la mercancía en las condiciones anteriormente descritas y el Vendedor no presente los documentos de expedición, y en caso de que la garantía proporcionada por el Comprador en las condiciones anteriormente descritas sea ejecutada por el armador, el Vendedor será responsable de todos los daños, gastos y consecuencias que se deriven de la no presentación de los documentos. El Comprador informará inmediatamente al Vendedor de la existencia de una reclamación contra la garantía y el Vendedor tendrá derecho a ser parte en cualquier acción judicial derivada de la misma.

Las sumas debidas por una de las partes del contrato a la otra en concepto de facturas definitivas y/o cuentas de los artículos de los envíos en cumplimiento del presente contrato, deberán ser liquidadas por cualquiera de las partes en un plazo máximo de 21 días a partir de la fecha de la factura, (salvo que se disponga lo contrario en virtud de laudos arbitrales o recursos regulados por las demás disposiciones del contrato), y en caso de no ser liquidadas se considerará que ha surgido un litigio que podrá ser sometido a arbitraje.

8. DERECHOS, IMPUESTOS, ETC: Todos los derechos de exportación, impuestos, gravámenes, etc., presentes o futuros en el país de origen/puerto de embarque correrán por cuenta del Vendedor. Todos los derechos de importación, impuestos, gravámenes, etc., presentes o futuros en el puerto de descarga/país de destino serán por cuenta del Comprador. Cuando las mercancías tengan derecho a la entrada libre o a derechos preferenciales en el puerto de destino designado en el presente contrato, el Vendedor proporcionará, junto con los documentos de embarque, un Certificado de Origen y/o los documentos necesarios en la forma válida en el momento del embarque; en caso contrario, el Vendedor será responsable de cualquier derecho adicional en que incurra el Comprador por la no presentación de dicho Certificado y/o documento/s.

A petición y a costa del Comprador, el Vendedor se esforzará por suministrar cualquier certificado de origen y/u otros documentos alternativos o adicionales, pero no se retendrá el pago por cualquier retraso incurrido en el cumplimiento de dicha solicitud.

Firmas

Vendedor

Comprador

.....

(James Chandra)

8 April 2020

.....

VII. ANEXO II. EXTRACTO DE LAS CONDICIONES GENERALES

Condiciones generales de venta (antes de los cambios de 2016)

Artículo 9: Cláusula de arbitraje

9 ARBITRAJE: Cuando ambas partes, en la fecha del contrato o con posterioridad al mismo, así lo acuerden, cualquier controversia derivada del presente contrato o relacionada con el mismo se someterá a arbitraje en Malasia, de conformidad con la Ley de Arbitraje de Malasia de 1952 (revisada en 1972) y de acuerdo con el Reglamento de Arbitraje y Apelación de la PORAM vigente en la fecha del contrato.

En todos los demás casos, cualquier controversia derivada del contrato, incluida cualquier cuestión de derecho que surja en relación con el mismo, se someterá a arbitraje en Londres (o en otro lugar si así se acuerda) de conformidad con el Reglamento de Arbitraje y Apelación de la Federation of Oils, Seeds and Fats Associations Limited, en vigor en la fecha del presente contrato y del que se considerará que ambas partes tienen conocimiento.

Ninguna de las partes del presente contrato, ni ninguna de las personas que reclamen en nombre de cualquiera de ellas, podrá emprender ninguna acción o cualquier otro procedimiento legal contra la otra de ellas con respecto a cualquiera de dichas disputas hasta que dicha disputa haya sido oída y resuelta previamente por los árbitros, compromisarios o la Sala de Recurso (según sea el caso), de conformidad con las Reglas de Arbitraje y Recurso que rigen la disputa, y por la presente se acuerda y declara expresamente que la obtención de un Laudo de los árbitros, compromisario o Sala de Recurso (según sea el caso), será una condición previa al derecho de cualquiera de las partes del presente o de cualquier persona que reclame en virtud de cualquiera de ellas a iniciar cualquier acción u otro procedimiento legal contra la otra parte con respecto a dicha disputa.

Condiciones generales de venta (tras las modificaciones de 2016)

Artículo 9: Cláusula de arbitraje

Cualquier disputa, controversia o reclamación derivada o relacionada con el presente contrato, o con el incumplimiento, la resolución o la invalidez de este, se resolverá mediante arbitraje de conformidad con el Reglamento de Arbitraje de la AIAC.

La sede del arbitraje será Danubia.

El idioma utilizado en el procedimiento arbitral será el inglés.

El presente contrato se regirá por el derecho sustantivo de Danubia.

Antes de someter el litigio a arbitraje, las partes buscarán una solución amistosa de dicho litigio por mediación, de conformidad con el Reglamento de Mediación de la AIAC en vigor en la fecha de inicio de la mediación.

VIII. ANEXO IV. BIBLIOGRAFÍA

LEGISLACIÓN

Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, 1980.

Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras de Nueva York, 1958.

Ley Modelo de UNCITRAL sobre Arbitraje Comercial Internacional con las enmiendas de 2006.

Principios UNIDROIT de Contratos Comerciales Internacionales, 2016.

Reglamento de Arbitraje del Centro Asiático Internacional de Arbitraje, 2021.

SENTENCIAS

Caso *Achilles (USA) v. Plastics Dura Plastics (1977) Itée/Ltd.*, Corte de Apelación de Québec (Canada), 23 de noviembre de 2006.

Caso *CLOUT n.º 176*, Tribunal Supremo de Austria, 2 de febrero de 1995.

Caso *CLOUT n.º 365*, Saskatchewan Court of Queen's Bench (Canada), 1 de octubre de 1996.

Caso *CLOUT n.º 417*, Tribunal de Distrito de EE. UU., Distrito Norte de Illinois, 7 de diciembre de 1999.

Caso *CLOUT n.º 605*, Tribunal Supremo de Austria, 22 de octubre de 2011.

Caso *CLOUT n.º 904*, Tribunal cantonal de Jura (Suiza), 3 de noviembre de 2004.

Caso *CLOUT n.º 1744*, (*Roser Technologies Inc. v. Carl Schreiber GmbH*), District Court for the Western District of Pennsylvania, 10 de septiembre de 2013.

Caso *Enka Insaat Ve Sanayi AS v OOO "Insurance Company Chubb" & Ors EWCA Civ 574*, Tribunal Supremo del Reino Unido, 9 de octubre de 2020.

Caso *Gear-cutting Machine*, Tribunal Supremo de Alemania, 31 de octubre de 2001.

Caso *Gosset v. Carapelli*, Corte de Casación de Francia, 7 de mayo de 1967.

Caso ICC n.º 11405.

Caso *Macedonian lambskin coats*, del Tribunal de Comercio del Cantón de Zúrich, noviembre de 1998.

Caso *Machinery*, Tribunal Supremo de Alemania, 31 de octubre de 2001.

Caso *Netherlands Arbitration Institute Interim Award*, febrero de 2005.

Caso *Prima Paint Corp. v. Flood & Conklin Mfg. Co.*, Tribunal Supremo de los Estados Unidos, 12 de junio de 1967.

Caso *Propane gas case* del Tribunal Supremo de Austria, 6 de febrero de 1996.

Caso *Sulamerica v. Enesa Engenharia*, Corte de Apelaciones de Inglaterra y Gales, 16 de mayo de 2012.

Caso *Tantalum powder case II*, Tribunal Supremo de Austria, 31 de agosto de 2005.

Caso *Turkish beach towels and bath robes case*, Tribunal de Apelaciones de Dresde, 9 de julio de 1998.

DOCTRINA

CISG-AC Opinion No 6, Calculation of Damages under CISG Article 74. Rapporteur: Professor John Y. Gotanda, Villanova University School of Law, Villanova, Pennsylvania, Estados Unidos. Adoptada por el CISG Advisory Council tras su reunión en Estocolmo, Suecia, en primavera de 2006.

CISG-AC Opinion No. 16, Exclusion of the CISG under Article 6. Rapporteur: Doctor Lisa Spagnolo, Monash University, Australia. Adoptada por el CISG Advisory Council tras su 19ª reunión, en Pretoria, Sudáfrica, 30 mayo 2014.