



COMILLAS
UNIVERSIDAD PONTIFICIA

ICAI

ICADE

CIHS

FACULTAD DE DERECHO

**TRABAJO FIN DE MÁSTER DE ACCESO A
LA ABOGACÍA
LAUDO DEL CASO DE LA 77ª EDICIÓN DEL
*MOOT DE VIENA***

Autor: Carlos Zaera Rodríguez

Tutor: Javier González Guimaraes da Silva

ÍNDICE

<u>I. OBJETO DEL PRESENTE TRABAJO</u>	6
<u>II. INTRODUCCIÓN</u>	6
A.- PARTES.....	6
B.- TRIBUNAL.....	6
C.- SUMISIÓN A ARBITRAJE	6
<u>III. ANTECEDENTES</u>	8
<u>IV. DOCUMENTOS APORTADOS POR LAS PARTES</u>	11
A.- DOCUMENTOS DE LA PARTE DEMANDANTE.....	12
B.- DOCUMENTOS DE LA PARTE DEMANDADA	12
<u>V. PRETENSIONES DE LAS PARTES</u>	13
<u>VI. HECHOS</u>	13
<u>VII. ANÁLISIS DE LOS MOTIVOS DE CONTROVERSIA Y DECISIÓN DEL TRIBUNAL</u>	17
A.- PRIMER MOTIVO DE CONTROVERSIA: COMPETENCIA DE ESTE TRIBUNAL PARA CONOCER DEL PRESENTE PROCEDIMIENTO	18
1. Competencia del Tribunal Arbitral para conocer del asunto bajo el principio <i>kompetenz-kompetenz</i>	19
2. Validez del consentimiento de las partes. Intención de resolver la disputa mediante arbitraje.	20
3. Igualdad de partes en el marco de la cláusula asimétrica.....	24
a. Validez de la cláusula asimétrica.....	24
b. Igualdad de partes	27
c. Inexistencia de vulneración de los principios de políticas públicas de Danubia y de la normativa internacional en materia de arbitraje.....	28
B.- SEGUNDO MOTIVO DE CONTROVERSIA: PETICIÓN DE EXCLUSIÓN DEL PROF. TIM JOHN	29
1. Relación del Prof. John con el Tribunal y con la Demandada.	29
a. Conexión con el árbitro designado por la Demandante, Dña. Burdin.....	29
b. Relación del Prof. John con la Demandada.	31
2. Competencia del Tribunal para excluir al experto.....	33
3. Derecho a presentar el caso ante el Tribunal.....	34
C.- TERCER MOTIVO DE CONTROVERSIA: SUPUESTO INCUMPLIMIENTO DE CONTRATO POR PARTE DE LA PARTE DEMANDADA	36
1. Conformidad según los términos del contrato.	37
2. Conformidad según el artículo 35 CISG.	38
3. Carga de la prueba de la conformidad o no conformidad de las turbinas entregadas.	39
4. Análisis de la prueba sobre la conformidad o no conformidad de las turbinas objeto del contrato	41
5. Conclusión sobre la prueba.	44

D.- CUARTO MOTIVO DE CONTROVERSIA: SI, EN CASO DE INCUMPLIMIENTO, LA PARTE DEMANDANTE TIENE DERECHO A EXIGIR LA SUSTITUCIÓN DE LAS TURBINAS.	46
1. Existencia de incumplimiento esencial por parte de la Demandada en relación con el contenido del contrato.....	47
2. Existencia de incumplimiento esencial por parte de la Demandada en relación con la CISG.	49
3. Necesidad de sustitución de las turbinas para cumplir con el fin esperado.	51
a. Imposibilidad de seguir usando las turbinas para el fin esperado.....	51
b. Inadecuación de la reparación como solución.	52
4. Sobre el cumplimiento del requisito de comunicación por parte del comprador.	55
5. Sobre la devolución de las turbinas en un estado sustancialmente idéntico como requisito para la resolución y sustitución.	56
6. Requisito de previsibilidad del artículo 25 CISG.....	57
<u>VIII. LAUDO.....</u>	59
<u>BIBLIOGRAFÍA.....</u>	61

TABLA DE ABREVIATURAS

<i>CISG</i>	Convención de las Naciones Unidas sobre Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías.
<i>CE. 1</i>	Prueba aportada por la Demandante consistente en la declaración testifical de Johanna Woods.
<i>CE. 2</i>	Prueba aportada por la Demandante consistente en el contrato de compraventa de las turbinas celebrado entre Demandada y Demandante (<i>Sales Agreement</i>).
<i>CE. 3</i>	Prueba aportada por la Demandante consistente en la noticia del diario Daily News, de 29 de septiembre de 2018.
<i>CE. 4</i>	Prueba aportada por la Demandante consistente en email remitido a la Demandada, de 3 de octubre de 2019.
<i>CE. 5</i>	Prueba aportada por la Demandante consistente en email remitido a la Demandada, de 4 de octubre de 2019.
<i>CE. 6</i>	Prueba aportada por la Demandante consistente en la declaración testifical de Michelle Faraday.
<i>CE. 7</i>	Prueba aportada por la Demandante consistente en email remitido a la Demandada, de 11 de diciembre de 2018.
<i>DAL</i>	Ley de Arbitraje de Danubia.
<i>IBA</i>	International Bar Association.
<i>IBA RULES</i>	Reglas de la International Bar Association.
<i>IBA GUIDELINES</i>	Directrices de la Asociación Internacional de Abogados.
<i>LCIA</i>	Corte de Arbitraje Internacional de Londres.
<i>LCIA Rules</i>	Normas de la Corte de Arbitraje Internacional de Londres.
<i>Letter Burdin</i>	Carta, de 23 de septiembre de 2019 remitido por la Demandante al Tribunal sobre la situación de Dña. Burdin.

<i>Letter Fasttrack</i>	E-mail de 27 de septiembre de 2019 remitido por Dña. Julia Fasttrack, tanto a la Partes como al Tribunal.
<i>NYC</i>	Convención de Nueva York.
<i>NYC Guidelines</i>	Reglas sobre la Convención de Nueva York.
<i>P.O. 1</i>	Orden procedimental de 4 de octubre de 2019.
<i>P.O. 2</i>	Orden procedimental de 1 de noviembre de 2019.
<i>RE. 1</i>	Prueba aportada por la Demandada consistente en noticia del diario <i>Greenacre Chronicle</i> , de 25 de agosto de 2013.
<i>RE. 2</i>	Prueba aportada por la Demandada consistente en la declaración testifical de Benoit Fourneyron.
<i>RE 3</i>	Prueba aportada por la Demandada consistente en email enviado a la Demandante de 6 de octubre de 2018.
<i>RE. 4</i>	Prueba aportada por la Demandada consistente en email enviado a la Demandante de 10 de octubre de 2018.
<i>RfA.</i>	Solicitud de arbitraje de 31 de julio de 2019.
<i>TQS</i>	Trusted Quality Steel

I. OBJETO DEL PRESENTE TRABAJO

La finalidad del presente Trabajo de Fin de Master es dar respuesta al caso planteado en la 77ª edición del *Anual Willian C. Vis International Commercial Arbitration Moot*.

La Universidad Pontificia Comillas me dio la oportunidad de formar parte del equipo que participó en el *Moot* mientras cursaba el Master Universitario de Acceso a la Abogacía durante el año académico 2019/2020. Aunque no fue posible acudir a las vistas orales en Viena debido al Covid-19, durante el año preparamos tanto la demanda como la contestación a la demanda del caso que se nos había planteado.

El caso que se nos planteaba contenía disputas sobre derecho procesal referentes a arbitraje y disputas de derecho mercantil en relación con la Convención de las Naciones Unidas sobre Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías. En este trabajo le he dado respuesta mediante la elaboración del siguiente laudo arbitral.

II. INTRODUCCIÓN

- **A- PARTES**

1. Es demandante la entidad HYDROEN PLC, con domicilio en Rue Whittle 9, Capital City, Mediterráneo, en adelante “**la Demandante**”.
2. Es demandada la entidad TURBINAENERGIA LTD, con domicilio en Lester-Pelton-Crescent 3, Oceanside, Equatoriana, en adelante “**la Demandada**”.

- **B.- TRIBUNAL**

3. El Tribunal Arbitral (en adelante, “**el Tribunal**”) se compone de los siguientes miembros:

- a) Árbitro nombrado a propuesta de HYDROEN PLC:
Claire Burdin

Johan Segner Avenida
Capital City
Mediterráneo

b) Árbitro nombrado a propuesta de TURBINAENERGIA LTD:

Pravin Deriaz
Chemtou Drive
Oceanside
Equatoriana

c) Preside el Tribunal el árbitro nombrado por LCIA:

Prof. Viktoria Kaplan
Mariahilfer Straße 212
1011 Vindobona
Danubia

4. Las Partes muestran su acuerdo con la composición de este Tribunal.

• C.- SUMISIÓN A ARBITRAJE

5. Rigen este procedimiento arbitral las Normas de la Corte Internacional de Arbitraje de Londres.

6. Son motivo de controversia entre las partes las cuestiones procesales y de fondo derivadas del contrato suscrito en fecha 22 de mayo de 2014.

7. Es, efectivamente, motivo de controversia la competencia o falta de competencia de este Tribunal para conocer del presente caso.

8. Según lo dispuesto en la cláusula 21 del contrato suscrito entre las Partes:

a) La sede de este arbitraje será Vindobona, Danubia.

b) El idioma empleado en este procedimiento de arbitraje será el inglés.

c) El Derecho sustantivo de Danubia será el aplicable en este procedimiento.

III. ANTECEDENTES

9. En fecha 31 de julio de 2019 se acusa recibo por el Registro de LCIA de la solicitud de arbitraje de la entidad HYDROEN PLC como parte demandante, enviada a través de su representante D. Joseph Lancaster. Designa como parte demandada a la entidad TURBINAENERGIA LTD. En su solicitud, la Demandante nombra árbitro a Dña. Claire Burdin. Por parte de LCIA, se requiere a la Demandada para confirmar la vía y datos de contacto, facilitar la identidad y el contacto de su representante legal y para informar a la Corte de todas aquellas circunstancias que estuvieran en su conocimiento y pudieran afectar al curso del procedimiento arbitral.
10. En fecha 30 de agosto de 2019 la Demandada emite respuesta a la solicitud de arbitraje, confirma sus datos de contacto y nombra árbitro a D. Pravin Deriaz.
11. En fecha 15 de septiembre de 2019, LCIA comunica a las partes el nombramiento de los árbitros, quedando designada por parte de la Corte para presidir el Tribunal el árbitro Dña. Viktoria Kaplan. En este escrito, LCIA emplaza a las partes para contestar en el plazo máximo de 21 días, y a la Demandante para que en el plazo de 28 días dé cumplimiento a lo dispuesto por el artículo 13.3 de las Normas de la Corte.
12. El mismo día 15 de septiembre de 2019 LCIA, en escrito aparte, recoge el convenio arbitral incluido en el contrato entre las partes y reitera el nombramiento de los componentes del Tribunal.
13. En fecha 21 de septiembre de 2019, Dña. Claire Burdin, designada árbitro por la parte Demandante, advierte de que por la Demandada se va a presentar un informe realizado por el Prof. Tim John, e informa de que el Prof. John y su marido se encuentran inmersos en un procedimiento judicial por derechos de patente.
14. En fecha 23 de septiembre de 2019, D. Joseph Lancaster remite correo electrónico a las partes y al Tribunal denunciando, en su opinión, la intención de la Demandada de dilatar el procedimiento de forma que la pretensión de la

Demandante devenga imposible por el paso del tiempo. Reclama la competencia del tribunal arbitral para conocer del litigio, oponiéndose a lo alegado de contrario, y expresa su rechazo hacia la consideración de experto en la materia del Prof. Tim John, por considerar tal nombramiento como parte de la estrategia dilatoria de la Demandada.

15. En fecha 27 de septiembre de 2019, Dña. Julia Fasttrack, representante de la Demandada, envía correo electrónico a las partes y al Tribunal y en el que:
 - a) Muestra su desacuerdo con lo manifestado por la Demandante acerca de la exclusión del Prof. Tim John como experto. Afirma que el Tribunal carece de competencia para excluir al Prof. John como perito en el procedimiento, supuesto en el que se vulneraría el derecho a la igualdad de trato a las partes, así como el derecho a ejercer su defensa del caso.
 - b) Reivindica al Prof. John como uno de los mayores expertos en la materia objeto de disputa. Afirma que su representada solamente contactó con el Prof. John cuando fue necesaria la presentación de un informe, y no antes, lo cual en todo caso había sido mencionado en las negociaciones entre las partes.
 - c) Recuerda que la Demandante también conocía las circunstancias existentes y aun así procedió al nombramiento de Dña. Claire Burdin, lo que podría posteriormente suponer la exclusión del Prof. John.
 - d) Manifiesta su no renuncia a la posibilidad de recusar a Dña. Claire Burdin por falta de independencia y reclama que su comportamiento sea objeto de escrutinio a estos efectos.
 - e) Rechaza las alegaciones vertidas de contrario acusando a la Demandada de mala fe, y afirmando precisamente que es la Demandante la que en todo caso estaría actuando de tal forma. Expone que Dña. Claire Burdin es defensora de una interpretación extensiva del artículo 35 CISG a la hora de considerar que la mera sospecha de defecto en el bien entregado es motivo

suficiente para considerarlo no conforme. Interpretación que la Demandada presenta como contraria al criterio mayoritario que se sigue en Mediterráneo, según el cual es necesaria la no conformidad efectiva y no la mera sospecha. Además, reclama su derecho a designar un experto que presente adecuadamente el caso, frente a la Demandante que ha nombrado árbitro a alguien que se encuentra en consonancia con sus intereses en la disputa.

16. En fecha 4 de octubre de 2019 la Prof. Viktoria Kaplan agradece a las partes su cooperación en la conferencia telefónica mantenida y adjunta el documento Procedural Order No. 1 que recoge lo discutido en la conferencia y en el que:

a) Las partes acuerdan:

- Regir el procedimiento bajo las Normas de Arbitraje de 2014.
- Que la Demandada presentará el informe realizado por el Prof. John en los términos establecidos.
- Que la Demandada tomará las medidas necesarias para asegurar el cumplimiento del laudo en caso de que se ordene la sustitución de las turbinas, para finales del mes de abril.
- Que los costes de la adopción de tales medidas serán asumidos por la Demandante en caso de que su pretensión se desestime.
- Reservar la decisión acerca de los costes para un posterior pronunciamiento.

b) El Tribunal determina que las cuestiones en disputa a abordar por las partes son:

- ¿Tiene el Tribunal competencia para conocer del caso o es inválido el acuerdo de sumisión a arbitraje?
- ¿Debe el Tribunal determinar la exclusión del Prof. Tim John propuesto como perito de la Demandada?
- ¿Existe incumplimiento por parte de la Demandada en los términos del artículo 35 CISG?

- ¿En caso de incumplimiento, puede la Demandante exigir a la Demandada proceder a la sustitución de las turbinas?
- c) Se emplaza a la Demandante para interponer demanda antes del día 5 de diciembre de 2019 y la Demandada para presentar su contestación antes del 23 de enero de 2020, ambas en cumplimiento de las normas acordadas.
- d) No es discutido por las partes el Derecho aplicable.
- e) Se permite a las partes solicitar aclaración, con un límite de diez cuestiones sobre los siguientes extremos:
 - En relación a las partes y su negocio.
 - En relación al proyecto de instalación de la central hidroeléctrica en Greenacre.
 - En relación a las turbinas y concretamente a las dos turbinas de la central.
 - En relación a la negociación, redacción y conclusión del convenio arbitral.
 - En relación a la negociación, redacción y conclusión del resto del contrato.
 - En relación al coste y duración de la inspección, reparación o sustitución de la turbina incluyendo los costes asociados a la paralización de la central.
 - En relación al Derecho y las Normas aplicables.
 - Otros.
- f) Se invita a las partes a comparecer en la vista oral programada para los días 4 a 9 de abril de 2020 en Vindobona, Danubia (23 a 29 de marzo en Hong Kong).

IV. DOCUMENTOS APORTADOS POR LAS PARTES

- **A.- DOCUMENTOS DE LA PARTE DEMANDANTE**

17. Por parte de la Demandante, se ha aportado al procedimiento arbitral la siguiente documentación:

- a) Solicitud de arbitraje.
- b) Exposición de hechos, que acompaña al escrito de solicitud de arbitraje.
- c) Documento nº 1. Declaración testigo de Johanna Woods.
- d) Documento nº 2. Contrato suscrito entre las Partes.
- e) Documento nº 3. Noticia del Renewables Daily News sobre el fraude de las turbinas.
- f) Documento nº 4. Correo electrónico de Michelle Faraday dirigido a Benoit Fourneyron.
- g) Documento nº 5. Respuesta de Benoit Fourneyron a correo de Michelle Faraday.
- h) Documento nº 6. Declaración de testigo de Michelle Faraday.
- i) Documento nº 7. Correo electrónico de Benoit Fourneryon dirigido a Michelle Faraday.

- **B.- DOCUMENTOS DE LA PARTE DEMANDADA**

18. Por parte de la Demandada, se ha aportado al procedimiento arbitral la siguiente documentación:

- a) Correo electrónico de Julia Fasttrack dirigido a LCIA.
- b) Respuesta la solicitud de arbitraje.
- c) Documento nº 1. Noticia del Greenacre Chronicle sobre la central hidroeléctrica.
- d) Documento nº 2. Declaración de testigo de Benoit Fourneyon.
- e) Documento nº 3. Correo electrónico de Michelle Faraday dirigido a Benoit Fourneyron.
- f) Documento nº 4. Respuesta de Benoit Fourneyon a correo de Michelle Faraday.

V. PRETENSIONES DE LAS PARTES

19. La Parte Demandante solicita del Tribunal el dictado de los siguientes pronunciamientos:
- a) Que se condene a TURBINAENERGIA a la sustitución de dos Turbinas Francis R-27V, de manera que se cumpla con el propósito de lo pactado en el contrato.
 - b) Que se declare a TURBINAENERGIA responsable de todos los daños derivados de la sustitución de las turbinas hasta el límite estipulado.
20. La Parte Demandada, solicita del Tribunal el dictado de los siguientes pronunciamientos:
- a) Que se declare a este Tribunal carente de competencia para conocer del presente caso.
 - b) Que se desestime la pretensión de la Demandante que reclama la sustitución de dos turbinas.
 - c) Que se condene a la Demandante a abonar las costas de este arbitraje.

VI. HECHOS

21. Pasamos a recoger los hechos no discutidos que constituyen el marco de la presente disputa.
22. Surge la controversia a raíz del contrato de fecha 22 de mayo de 2014 suscrito entre las Partes por el cual la Demandante adquiere de la Demandada dos Turbinas Francis R-27V para el proyecto de la central hidroeléctrica de Greenacre.

23. Greenacre es una localidad de 100.000 habitantes situada en las colinas del oeste de Mediterráneo. Debido a la distribución montañosa de Mediterráneo, la región se encuentra separada del resto del país y únicamente conectada a la fuente energética de su país vecino Ruritania.
24. A lo largo de la última década, Greenacre ha avanzado hacia su objetivo de ser una comunidad sostenible, aumentando masivamente la producción de energía solar y eólica hasta el punto de poder satisfacer la demanda energética con el uso de estas fuentes. En el marco de esta estrategia de sostenibilidad, se entendía que sería fundamental la construcción de una central hidroeléctrica, de forma que la disponibilidad de energía renovable no estuviera sujeta a las condiciones climatológicas que afectan a la producción de energía solar y eólica. Así, además, podría emplearse el exceso de energía en tiempos de sobreproducción para estabilizar la red energética de Greenacre.
25. El 15 de julio de 2014, la Demandante ganó el concurso público para la construcción de la central hidroeléctrica. Ya durante la preparación de su candidatura para el concurso, inició los contactos con la Demandada para una posible adquisición de dos Turbinas Francis R-27V para ser instaladas en la planta de Greenacre. El interés con el que respondió la Demandada llevó a la firma del contrato el día 22 de mayo de 2014, según el cual, si la Demandante ganaba el concurso público, la Demandada enviaría e instalaría las dos turbinas.
26. La posibilidad que tenía la Demandante de incluir las Turbinas Francis R27-V en su proyecto fue un factor determinante para ganar el concurso, tanto porque permitía un diseño de la planta más respetuoso con el medio ambiente como por el hecho de que los plazos entre las necesarias revisiones podían ser más largos. Además, permitirían acortarse los tiempos de revisión, en los que la planta estaría al 50% de su capacidad, y en los que se necesitaría la energía proveniente de las otras fuentes, incluida la de la central de carbón cercana a la frontera de Ruritania.
27. Las autoridades locales de Greenacre dejaron claro durante todo el proceso de concurso que uno de los principales criterios para determinar el contratista sería la posibilidad de evitar o al menos minimizar la dependencia de la energía

proveniente del carbón. Para su aseguramiento, se incluyó en el contrato público entre el Ayuntamiento de Greenacre y la Demandante la introducción de una cláusula penal por la cual debería abonarse la cantidad de 40.000 USD por cada día en el que, por no estar la planta en funcionamiento, debiera hacer uso de la energía del carbón para cubrir un exceso de demanda que no pudiera ser satisfecho por la energía solar o eólica.

28. Para reducir al máximo la posibilidad de tener que adquirir energía de carbón, la Demandante planificó que las revisiones se llevarían a cabo durante los meses de septiembre y octubre, período en que previsiblemente podría satisfacerse la demanda energética con las otras fuentes renovables. Para determinadas horas durante la noche, podrían emplearse las baterías. Con todo ello, se evitaría tener que recurrir a la energía de carbón, excepto en situaciones imprevistas o de extrema necesidad.
29. El período del año de mayor demanda energética son los meses de julio-agosto y noviembre-diciembre. Durante este tiempo, la central funciona a máximo rendimiento dada la volatilidad de las otras fuentes renovables. Por ello, una parada supondría la necesidad de adquirir energía de carbón. Además, también en el resto del año, la capacidad de producción de la central es necesaria para cumplir con la demanda energética, por lo que en caso de parada también habría que comprar energía no renovable.
30. Tras ganar el concurso público el 15 de julio de 2014, la Demandante comenzó la construcción de la central hidroeléctrica, finalizando en menos de cuatro años. A finales de la primavera de 2018, la Demandada envió e instaló las dos Turbinas Francis R-27V. La central empezó a operar el 19 de septiembre de 2018, tras la inspección y el visto bueno de la autoridad local, que incluyó la prueba de las turbinas.
31. El 29 de septiembre de 2018, el Renewables Daily News, diario líder en información sobre energías renovables, publicó un artículo sobre la apertura de un caso por fraude contra el CEO de Trusted Quality Steel, uno de los principales proveedores de la Demandada. Trusted Quality Steel supuestamente había

facilitado a sus clientes documentación falsificada sobre los controles de calidad del acero. También se mencionaba en el reportaje que esta circunstancia podría ser la razón de un desconcertante hallazgo en una turbina producida por la Demandada y que había sido instalada en la planta de Riverhead Tidal. La turbina tuvo que ser sustituida tras solamente dos años dada la corrosión y cavitación que había sufrido. El daño era de tal naturaleza que requirió acción inmediata para evitar la completa destrucción de la turbina e incluso daños al generador de la propia planta. La sustitución tardó un tiempo de trece meses y supuso una paralización de la actividad de la planta hasta comienzos de junio de 2019.

32. El 3 de octubre de 2018, tras haber sido informada de esta circunstancia, Dña. Michelle Faraday, CEO de la Demandante, contactó inmediatamente con D. Eric Gilkes, responsable de negociación de la Demandada, para averiguar si las turbinas instaladas en la central de Greenacre podían estar afectadas por el fraude, de forma que su resistencia a la corrosión se viera comprometida. De acuerdo con la información disponible, parece ser que las características de la aleación empleada podrían haber sido alteradas por el calor durante el proceso de producción. Esta afectación de las características haría a las Turbinas Francis R27-V más susceptibles a la corrosión y al daño.
33. El 4 de octubre, D. Benoit Fourneyron, CEO de la Demandada respondió sugiriendo esperar a la primera inspección, que se adelantaría de septiembre de 2021 a septiembre de 2020 para poder cerciorarse de que el corredor o los álabes de la turbina no hubieran sido fabricados con acero de inferior calidad y así decidir qué acción tomar.
34. Dña. Faraday contactó con el responsable del Ayuntamiento de Greenacre, D. Gilbert Crewdson, para discutir el asunto y posibles medidas de contención. D. Crewdson, amenazó con resolver el contrato.
35. Finalmente, D. Crewdson requirió a la Demandante solicitar la instalación de dos nuevas Turbinas Francis R-27V, es decir, el corredor de la turbina adecuado y la nueva aleación para los álabes. La sustitución debería realizarse en septiembre-octubre de 2020 coincidiendo con las labores de mantenimiento programadas.

36. Dña. Faraday informó de ello a D. Fourneyron, y tras un intercambio de emails, las Partes se reunieron el 1 de diciembre de 2018 para alcanzar un acuerdo en relación a la imposibilidad de la Demandada de garantizar el uso de un acero de la calidad estipulada. El acuerdo no fue posible.
37. La Demandada pretendía adelantar un año la revisión programada para examinar el estado de la turbina y determinar el acero utilizado. En email de 11 de diciembre de 2018, D. Fourneyron se ofreció a la posibilidad de que, en caso de haber signos de corrosión, los álabes podrían ser reparados allí mismo, en caso de que fuera necesario, en la fábrica más cercana que tuviera su compañía. No se accedió a la sustitución de las turbinas que la Demandante reclamaba, siendo cierto que esta solución evitaría una parada de la actividad de la central similar a la sufrida en la planta de Riverhead Tidal.

VII. ANÁLISIS DE LOS MOTIVOS DE CONTROVERSI Y DECISIÓN DEL TRIBUNAL.

38. Tras haber analizado detenidamente las alegaciones realizadas por las partes en sus respectivos escritos, este Tribunal procede a resolver el conflicto que nos ocupa, decidiendo sobre las siguientes cuestiones:
 - a. Si este Tribunal tiene competencia de jurisdicción para conocer sobre el fondo del asunto;
 - b. Si se debe acordar la exclusión del testimonio prestado por el experto Prof. John, propuesto a instancia de la Demandada;
 - c. Si la Demandada ha incumplido los términos del contrato al haber hecho entrega de unas turbinas que no se adecúan a lo contemplado en el artículo 35 CISG;
 - d. Si, en caso de apreciarse incumplimiento del contrato por parte de la Demandada, la Demandante está legitimada a solicitar que se le entreguen

unas turbinas nuevas que se adecuen a lo pactado originalmente en el contrato.

- **A.- PRIMER MOTIVO DE CONTROVERSA: COMPETENCIA DE ESTE TRIBUNAL PARA CONOCER DEL PRESENTE PROCEDIMIENTO.**

39. Son hechos probados al respecto, los siguientes:

- a) Que, en el contrato celebrado entre las partes el 22 de mayo del 2014, se acuerda que los tribunales de Mediterráneo tienen jurisdicción, en exclusiva, sobre cualquier controversia que pueda surgir sobre el contrato o en conexión con él.
- b) Que la Demandante, HydroEn Plc, tiene la opción de someter a arbitraje cualquier controversia referida al contrato, bajo las Reglas de la Corte Internacional de Arbitraje de Londres.
- c) Que el número de árbitros que compongan el Tribunal de Arbitraje será de tres. Cada una de las partes tendrá derecho a nombrar a un árbitro, siendo el tercero nombrado de siguiendo las Reglas de la Corte Internacional de Arbitraje de Londres.
- d) Que se dispone que el lugar donde deba tener lugar el procedimiento arbitral será Vindobona (Danubia).
- e) Que la ley sustantiva aplicable el contrato firmado entre las partes será la ley de Danubia.

40. La cuestión por resolver en este punto consiste en determinar si, efectivamente, este Tribunal Arbitral tiene competencia para conocer del presente conflicto, así como determinar si el convenio arbitral en cuestión es válido, no lesionando los derechos de ninguna de las partes.

1. Competencia del Tribunal Arbitral para conocer del asunto bajo el principio *kompetenz-kompetenz*.

41. En primer lugar, cabe abordar el planteamiento realizado por la Demandada en relación con la idea de que el propio Tribunal Arbitral tiene competencia suficiente para decidir, *motu proprio*, si tiene o no competencia de jurisdicción para poder conocer de asunto en cuestión.
42. El conocido como principio *kompetenz-kompetenz*, originalmente acuñado en el año 1955 por el Tribunal Superior de Justicia de la República Alemana, aunque traspuesto posteriormente a la normativa de arbitraje internacional¹, permite que sean los propios árbitros los que puedan apreciar, por sí mismo, si efectivamente ostentan competencia para el conocimiento de la controversia que se va a someter a arbitraje.
43. Dicho principio ha ido abriéndose camino entre las normas de arbitraje internacional a lo largo de los años, siendo hoy uno de los principios más asentados en el ámbito del arbitraje. Actualmente, se entiende que este principio es inherente a todos aquellos organismos de justicia con capacidad para resolver conflictos mediante la emisión de resoluciones amparadas en Derecho.
44. Por su parte, las Reglas de la LCIA recogen dicho principio en su artículo 23, el cual apunta, en su apartado 1, lo siguiente:

“El Tribunal Arbitral tendrá competencia para decidir sobre su propia jurisdicción y autoridad, incluyendo cualquier objeción sobre la existencia inicial o continuidad, validez, efectividad o alcance del acuerdo de arbitraje”

45. A mayor abundamiento, el principio *kompetenz-kompetenz* ha tenido largo recorrido en la jurisprudencia internacional. Resulta necesario traer a colación algunos supuestos, como el caso *First Options Chicago v. Kaplan*², donde el

¹ Art.21 Principios Unidroit y Art. 16 DAL.

² The United States Court of Appeals for the Third Circuit. *First Options Chicago v. Kaplan*. 1995.

tribunal hace uso del ya mencionado principio, pues las partes lo otorgan de forma implícita en el propio convenio arbitral. Así, los tribunales de Estados Unidos, por ejemplo, sostienen que salvo que no se especifique lo contrario por las partes, se establece la presunción de que los árbitros tienen capacidad para poder decidir sobre su propia jurisdicción.

46. Otros ejemplos de la presencia de este principio en distintas jurisdicciones lo podemos encontrar en Francia, cuyo ordenamiento ha asumido el principio *kompetenz-kompetenz*, concretamente en la legislación procesal civil. Dicho texto legal, en su artículo 1448 establece que el tribunal arbitral posee capacidad exclusiva para poder determinar su jurisdicción, así como para contestar a cualquier objeción sobre la misma.
47. También la Corte Suprema de Hong Kong ha reconocido el principio *kompetenz-kompetenz* en numerosas ocasiones, como en el caso *Fung Sang Trading Ltd. v. Kai Sun Sea Products & Food Co. Ltd*³, entendiéndose que los tribunales de arbitraje siempre tendrán la capacidad, inherente a su condición, de determinar su existencia o falta de jurisdicción para poder conocer de la controversia traída por las partes.
48. Así, tal y como han traído a colación las partes en este procedimiento y siguiendo los principios de la LCIA de aplicación a la presente disputa, así como habiendo comprobado la presencia del ya mencionado principio en distintas jurisdicciones, resulta fuera de toda duda que, efectivamente, los árbitros disponen de competencia para pronunciarse sobre la validez o la pertinencia del convenio arbitral en cuestión.

2. Validez del consentimiento de las partes. Intención de resolver la disputa mediante arbitraje.

49. Una vez abordada la cuestión planteada sobre el principio *kompetenz-kompetenz*, resulta necesario atender a la naturaleza del convenio arbitral en cuestión, así

³ Supreme Court of Hong Kong. *Fung Sang Trading Ltd. v. Kai Sun Sea Products & Food Co. Ltd.* 1992

como a su integración dentro del contrato de compraventa celebrado entre las partes.

50. El conflicto sobre el convenio arbitral que permite a este Tribunal Arbitral radica en lo dispuesto en la cláusula 21 del contrato, y en especial en el apartado 2, la cual establece lo siguiente:

“1. Los Tribunales de Mediterráneo tienen competencia de jurisdicción exclusiva sobre cualquier conflicto que surja, tanto de forma directa como indirecta en relación con el contrato, incluyendo cualquier cuestión que guarde relación con su existencia, validez o finalización, contemplando la posibilidad de que el COMPRADOR acuda a un arbitraje, como se detalla en el apartado 2.

2. El COMPRADOR tiene derecho a someter cualquier conflicto que pueda surgir, tanto de forma directa como indirecta, sobre el contrato, incluyendo cualquier cuestión sobre su existencia, validez o finalización, a arbitraje de acuerdo con las reglas de la Corte Internacional de Arbitraje de Londres, cuyas normas se incorporan a este clausulado.

El número de árbitros será de tres. Cada una de las partes tiene derecho a designar un árbitro, mientras que el árbitro encargado de presidir será designado de acuerdo con la Corte Internacional de Arbitraje de Londres.”

51. Cabe señalar que la Ley sustantiva aplicable es la de Danubia; mientras que, de la lectura de la cláusula en cuestión, se desprende de forma inequívoca que las normas que rigen el procedimiento son las Reglas de la Corte Internacional de Arbitraje de Londres, sin que haya obstáculo alguno a aplicar los principios rectores que rigen los procedimientos arbitrales y que han sido emanados de los organismos de derecho internacionales.

52. La Ley de Danubia ha recogido los principios referidos al arbitraje internacional promovidos por UNCITRAL, interesándose en este caso el Tribunal por el

principio de voluntad de partes, así como el de interpretación de los contratos; principios que ambas partes del conflicto consideran protagonistas a este respecto.

53. En primer lugar, cabe apuntar que la autonomía de la voluntad de las partes se consagra como uno de los presupuestos rectores del derecho mercantil internacional, facilitando la celebración de negocios entre distintos sujetos. Dicho principio es un pilar fundamental de las relaciones jurídico-privadas, habiendo quedado consagrado en la legislación moderna.
54. En cuanto a la prevalencia de la autonomía de la voluntad de las partes en el ámbito internacional en las relaciones entre sujetos de derecho privado, ésta queda recogida en el artículo 1.1 Principios Unidroit, donde se avala la libertad de contratación de la que gozan las partes en materia contractual, teniendo total autonomía para acordar el contenido del contrato.
55. Sin embargo, la libertad en materia contractual no es ilimitada, pues el contenido de los contratos no puede contravenir normas de Derecho imperativo, así como aspectos de políticas públicas o garantías en el ámbito de la justicia. Ello se consagra en la legislación referente a contratos de Danubia, así como en los Principios Unidroit⁴.
56. Así, todo ello se ha interpretado con la intención de mantener ante todo lo pactado entre las partes, limitando a determinados casos los aspectos donde dicha voluntad debe quedar limitada.
57. A la vista de los hechos del caso, no existe ningún motivo para modular la voluntad de las partes en cuanto al contenido del convenio arbitral. Ambas partes tuvieron libertad para acordar el contenido del contrato en el momento de su celebración. La manifestación de voluntades fue completamente libre, no incurriendo ningún vicio que pudiera coartar la autonomía de las partes. Por ello, resulta clara la voluntad de las partes de resolver el conflicto mediante la celebración del arbitraje⁵.

⁴ Artículo 1.4 Principios Unidroit.

⁵ RE.2, p. 32.

58. Para llegar a la anterior conclusión es necesario hacer una reflexión sobre la intención de las partes, en cuanto a la celebración del contrato, y más concretamente, en lo referido al contenido de la cláusula en cuestión.
59. Así, todas aquellas manifestaciones realizadas por las partes deben ser interpretadas atendiendo a la intención de las mismas, cuando la otra parte era conocedora de ésta, o bien no podría haberla ignorado sin incurrir en mala fe. Tal y como contempla el artículo 8.1 CISG, “*las declaraciones realizadas por una de las partes deben interpretarse de acuerdo con su intención cuando la otra parte sabía o no podía ignorar cuál era dicha intención*”. Para poder conocer cuál era la intención de las partes, el estándar a seguir viene reflejado en el artículo 8.3 CISG, el cual apunta a que “*al determinar la intención de una de las partes o el entendimiento de una persona razonable hubiera tenido, se debe dar la debida consideración a todas las circunstancias relevantes del caso, incluidas las negociaciones, cualquier práctica que las partes han establecido entre ellas, usos y cualquier conducta posterior de las partes.*”
60. En las pruebas aportadas, se pone de manifiesto que la negociación del convenio arbitral fue minuciosa, dilatándose en el tiempo, lo cual evidencia que existía interés por parte, tanto de la Demandada como de la Demandante, de llegar a un acuerdo a este respecto y, por ende, habilitar la posibilidad de someter un eventual conflicto a arbitraje.
61. Dicha cláusula se incluyó mediante la cesión por parte de la Demandante hacia la Demandada de algunos derechos en el contrato, con la finalidad de que los intereses de ambas partes quedaran debidamente compensados y satisfechos⁶. De esta forma, la Demandada acordó finalmente que el convenio arbitral quedara redactado en el sentido actual, siempre y cuando su marco de responsabilidad en el contrato fuese modulado, aceptando la Demandante, y firmando ambas el contrato, mostrando por ello consentimiento inequívoco⁷.

⁶ The United States Court of Appeals for the Third Circuit). Harris v. Green Tree Financial. 1999.

⁷ P.O. 2, p. 47

62. A mayor abundamiento, carece de sentido que, si la Demanda tal y como plantea actualmente, hubiese sabido que el convenio arbitral era inválido por los motivos alegados, o que este incurría en algún tipo de prohibición, haya consentido su inclusión en el contrato; poniendo de manifiesto una eventual actuación de mala fe de la Demandada, en el caso de que fuese así.
63. Junto a todo ello, existe una presunción inequívoca de que ambas partes se encuentran en una posición de igualdad, en la medida en que estamos antes dos sociedades de gran tamaño, entendiendo que existe por ello equivalencia entre ambas. Así ha quedado acreditado en varias resoluciones internacionales, como por ejemplo en *Mauritius v. United Kingdom*⁸, o también en *NB Three Shipping Ltd. v Harebell Shipping Ltd*⁹. A este respecto, cabe prestar especial atención al primero de los supuestos, en el cual el UK Supreme Court confirmó una cláusula unilateral de resolución de controversias, según la cual los tribunales de ingleses tenían jurisdicción exclusiva para resolver sobre las controversias entre las partes, teniendo una de ellas el derecho adicional de acudir a arbitraje, si así lo consideraba oportuno. Así, el Tribunal consideró la efectiva existencia de igualdad en cuanto al acceso a la justicia como un derecho procesal, cuya vulneración no podía ser alegada en el contexto de la vigencia de una cláusula asimétrica, ya que ésta garantiza el acceso a la justicia dentro del foro que las partes hubiesen elegido libremente.
64. Por todo ello, queda debidamente argumentado y probado que el convenio arbitral fue fruto de la libre voluntad de las partes, mostrando ambas su consentimiento al respecto y quedando conformes con su inclusión en el contrato de compraventa.

3. Igualdad de partes en el marco de la cláusula asimétrica.

a. Validez de la cláusula asimétrica

⁸ Permanent Court of Arbitration (PCA). *Mauritius v. United Kingdom*. 2011.

⁹ England and Wales High Court. *NB Three Shipping Ltd. v Harebell Shipping Ltd*. 2004.

65. Otro aspecto central de la controversia radica en la naturaleza del convenio arbitral y de cómo éste podría lesionar los derechos de las partes dentro del marco del procedimiento de arbitraje.
66. Habiendo quedado clara la voluntad de las partes en cuanto a la inclusión del convenio arbitral, queda evaluar la validez de las cláusulas unilaterales de sometimiento de controversias a procedimientos arbitrales. Sin embargo, la Demandada sostiene que la cláusula beneficia de forma injustificada a la Demandante¹⁰.
67. Atendiendo a la amplia jurisprudencia internacional, no se puede entender que las cláusulas unilaterales, como la que nos ocupa, sean inválidas *per se*. Así ha quedado patente en distintas resoluciones judiciales, entre ellas, cabe mencionar las más destacadas. El Tribunal Supremo Británico ha reconocido la validez de las cláusulas asimétricas de sometimiento a arbitraje en multitud de casos, tales como *NB Three Shipping Ltd. v. Herebell Shipping Ltd*¹¹, *Deutsche Bank AG v. Tungkum Harbour Public Company Ltd*¹² y *Pittalis v. Sherefettin*¹³, entre otros. También encontramos otros ejemplos en distintos países como el caso *Sport Italia v. Microsoft Corporation*¹⁴, de la Corte de Casación de Italia, o en Rusia, en el caso *ING Bank NV v. Eurokommerz*¹⁵.
68. Cabe hacer especial énfasis en *NB Three Shipping Ltd. v. Harebell Shipping Ltd.* En este caso, el Tribunal Supremo de Inglaterra confirmó una cláusula de resolución de controversias, la cual brindaba a ambas partes la posibilidad de acceder a la jurisdicción ordinaria y solamente a una de las partes la opción de acudir a arbitraje. Así, el Tribunal concluyó que el hecho de que las partes hubiesen convenido una cláusula unilateral de arbitraje era válida puesto que no se requiere reciprocidad en cuanto a las elecciones del foro, sobre todo en el ámbito de las transacciones comerciales. En dicho supuesto, ambas partes eran

¹⁰ R. RfA, p. 27.

¹¹ England and Wales High Court. *NB Three Shipping Ltd. v. Harebell Shipping Ltd.* 2004.

¹² England and Wales High Court. *Deutsche Bank AG v. Tungkum Harbour Public Company Ltd.* 2011.

¹³ England and Wales High Court. *Pittalis v. Sherefettin.* 1986.

¹⁴ Corte Suprema di Cassazione (Italia). *Sport Italia v. Microsoft Corporation.* 2013.

¹⁵ Federal Arbitrazh Court for the Moscow District. *ING Bank NV v. Eurokommerz.* 2010.

solidas sociedades mercantiles, las cuales aceptaron y convinieron la mencionada cláusula.

69. El eventual principio de derecho lesionado por una cláusula asimétrica sería el de igualdad de partes en el procedimiento, de forma que una de ellas estuviese en una posición manifiestamente inferior o que pudiese resultar perjudicial para sus intereses. Más adelante, este Tribunal reflexionará sobre el quebrantamiento del principio de igualdad de partes en el procedimiento¹⁶.
70. Debemos entender este derecho procesal como la oportunidad de la que gozan las partes de poder presentar su caso en igualdad de oportunidades, sin que haya ninguna clase de elemento que pueda colocar a una de las partes en una situación manifiestamente desventajosa.
71. Así, en el propio acuerdo firmado entre las partes, se da la posibilidad a ambas de acudir tanto a los Tribunales de Justicia para resolver cualquier tipo de conflicto que pueda nacer en el marco de ejecución del contrato; existiendo la posibilidad pactada de que únicamente el Demandante podrá someter a arbitraje determinadas controversias. Dicha cláusula de arbitraje unilateral fue adoptada de forma libre por ambas partes, siendo claramente inequívoca en cuanto a su intención.
72. Cabe señalar que el convenio arbitral permite activar un modo alternativo de resolución de conflictos a instancia de una de las partes, pero el procedimiento arbitral se seguirá con todas las garantías estandarizadas, respetando la igualdad de trato, así como el resto de derechos procesales inherentes a las partes en todo procedimiento.
73. Cabe señalar que, por ejemplo, en Francia, la Corte de Casación ha señalado que no habría objeción en que las partes acordasen una cláusula asimétrica en materia de arbitraje, siempre que la misma haya sido pactada libremente, en atención a la voluntad de las partes¹⁷.

¹⁶ Vid. infra. par. 73 y ss.

¹⁷ Cour de Cassation (France). *Mme. X c. société Dubus v. Banque Privée Edmond de Rothschild*. 2013.

74. Junto a ello, cabe destacar que la jurisprudencia británica entiende que otorgar una posición distinta a una de las partes, no entraña de por sí colocar a una de las partes en una posición mejor, más aún cuando dicha aparente mejoría se ha compensado en otro plano del contrato a la otra parte, tal y como es el caso que nos ocupa.¹⁸ Tal y como ha quedado probado, la Demandada mostró su conformidad en cuanto al convenio arbitral, a cambio de que se limitase en el contrato su responsabilidad.

b. Igualdad de partes

75. El principio de igualdad de partes, o mejor llamado, igualdad de armas, resulta crucial en todo procedimiento. Así, en el presente caso, el propio artículo 18 DAL, que sigue lo expresado en la Ley Modelo Uncitral (“UNICITRAL”), recogiendo las bases de este principio:

“Deberá tratarse a las partes con igualdad y darse a cada una de ellas plena oportunidad de hacer valer sus derechos.”

76. La relevancia del principio de igualdad opera desde el momento en el que se inicia el procedimiento judicial o, en este caso, el arbitral. Cada una de las partes ha de tener las mismas oportunidades de presentar su caso ante el Tribunal, sin que exista ninguna situación de desventaja injustificada y lesiva.

77. El hecho de que la Demandada no pueda iniciar un procedimiento arbitral frente a la Demandante, no la coloca en una posición de inferioridad, ya que cuenta con la posibilidad de acudir a los tribunales civiles correspondientes, entendiendo por tanto que existe una equivalencia de jurisdicción en este caso. Ello es así porque el resultado que se podría obtener en el seno de un tribunal civil sería el mismo que el que podría emanar de un tribunal arbitral, en la medida en que ambos adoptarían una decisión vinculante para las partes, fundada en Derecho y que resolvería sobre el conflicto propuesto.

¹⁸ England and Wales High Court. *NB Three Shipping Ltd. v Harebell Shipping Ltd.* 2004.

78. Así, no es posible entender que se esté vulnerando el principio de igualdad en el convenio arbitral contenida en el contrato.

c. Inexistencia de vulneración de los principios de orden público de Danubia y de la normativa internacional en materia de arbitraje

79. La Demandada indica en su escrito de contestación que el convenio arbitral estaría incurriendo en una violación de la normativa aplicable al caso, en concreto, del artículo 18 DAL y, por consiguiente, se estarían vulnerando los principios internacionales de aplicación en los procedimientos arbitrales.

80. El mencionado artículo 18 DAL, consagra la igualdad de partes en el procedimiento arbitral, afirmando que “*deberá tratarse a las partes con igualdad y darse a cada una de ellas plena oportunidad de hacer valer sus derechos*”. El contenido de este artículo, como bien indica la Demandante, no resulta de aplicación al convenio arbitral en sí; es decir, no atiende a contenido del mismo y a su validez, sino que la finalidad es la preservación de la igualdad de armas durante el transcurso del procedimiento de arbitraje.

81. En consecuencia, no es posible afirmar que se estén vulnerando normas de derecho internacional en materia de arbitraje, ya que la permisibilidad de las cláusulas asimétricas ha sido confirmada por los tribunales internacionales, además de que se ha respetado el principio de igualdad de partes, no apreciándose vulneración ni limitación alguna al respecto.

82. De esta forma, en el supuesto de que los Tribunales de Equatoriana tuviesen que proceder a la ejecución del laudo arbitral, no habría motivo legal que impidiera hacerlo, pues la única posibilidad existente para negar la aplicación de un laudo sería que éste infringiese el “orden público” del Estado en el que resulta de aplicación¹⁹; que, como ya se ha argumentado, no existe.

83. Así, por ejemplo, lo ha establecido el Tribunal Constitucional de España en su sentencia de 15 de junio de 2020 al anular una sentencia del Tribunal Superior de

¹⁹ Artículo V.2.b) NYCG

Justicia de Madrid 33/2017 de 4 de mayo de 2017, que entró a valorar el fondo de un asunto que ya había sido resuelto mediante un laudo arbitral.

84. En atención a todo lo expuesto anteriormente, este Tribunal entiende que sí tiene competencia para poder conocer del conflicto planteado entre la Demandante y la Demandada, al ser válido el convenio arbitral incluido en el contrato de compraventa por las partes.

• **B.- SEGUNDO MOTIVO DE CONTROVERSIA: PETICIÓN DE EXCLUSIÓN DEL PROF. TIM JOHN.**

85. Son hechos probados al respecto, los siguientes:

- a. Que, con fecha de 31 de julio de 2019, se emitió solicitud de arbitraje en la que se nombró a Dña. Burdin como árbitro designada por la parte Demandante.
- b. Que, el 20 de agosto de 2019, tras haber sido constituido el presente Tribunal de Arbitraje, la Demandada procedió a citar como experto al Profesor John.
- c. Que, el 21 de septiembre de 2019, Dña. Burdin informó sobre el hecho de que existía un procedimiento judicial en los que estaban implicados su marido y el profesor John.

1. Relación del Prof. John con el Tribunal y con la Demandada.

a. Conexión con el árbitro designado por la Demandante, Dña. Burdin.

86. En primer lugar, todo experto designado para prestar testimonio ante un Tribunal Arbitral debe cumplir con determinados parámetros que garanticen la utilidad procesal de su testimonio. Al margen de las condiciones de imparcialidad y

objetividad²⁰ que debe reunir, también se le exige un deber de colaboración y transparencia para con el Tribunal, informando a éste sobre los eventuales hechos que puedan poner de manifiesto su falta de imparcialidad, de la misma forma que se le exige a las partes y a los miembros del Tribunal.²¹ Este mismo estándar de independencia e imparcialidad se exige también a los miembros que componen el Tribunal, siendo una prerrogativa esencial en el procedimiento arbitral.²²

87. Mientras que Dña. Burdin informó, en cuanto tuvo constancia de que la Demandada había designado al Prof. John como experto, sobre el procedimiento judicial entre éste y el marido de Dña. Burdin²³; no fue así en el caso del Prof. John ni de la Demandada, los cuales no informaron sobre el hecho anterior y que, razonablemente, podría crear un conflicto de intereses entre la Demandada y el Tribunal. Es cierto que el Prof. John, al no ser parte en el procedimiento, desconoce la composición del Tribunal, pero la Demandada tendría que haber informado de los hechos anteriormente relatados, cumpliendo con las premisas del procedimiento²⁴.
88. En este sentido, cabría traer a colación el principio de inmutabilidad de los tribunales, en el sentido en que el nombramiento de un experto que presenta un conflicto de intereses con uno de los miembros del Tribunal no puede traer como consecuencia la remoción de dicho árbitro, más aún cuando el testimonio del experto puede ser aportado por un experto distinto, de idénticas cualificaciones. Además, una vez conformado el Tribunal Arbitral, las partes deben de abstenerse de generar conflictos con el Tribunal mediante la creación de eventuales problemas.
89. Tal y como recoge la Demandante en su escrito, podría entenderse que ha existido mala fe por parte de la Demandada en cuanto a la designación del Prof. John, en dos sentidos. En primer lugar, habiendo quedado patente la disconformidad de la Demandada con la celebración del presente procedimiento de arbitraje y

²⁰ Artículo 21.2 LCIA.

²¹ Artículo 5.2.c IBA Rules y artículo 7 IBA Guidelines.

²² Artículos 5.4 y 5.5 LCIA.

²³ Letter Burdin, p. 40; P.O. 2, p. 48.

²⁴ CE. 2, p. 13.

conociendo la necesidad de la Demandante de dar solución al conflicto a la mayor brevedad posibles dados los costes económicos que ésta asumiendo a raíz del mismo, la designación del Prof. John podría considerarse que ha sido llevada a cabo para dar pie a la remoción de Dña. Burdin, con el fin de dilatar el proceso en el tiempo, debido a la necesidad de volver a designar un nuevo árbitro y retrasar por ello, una decisión que ponga fin al conflicto. En segundo lugar, la Demandada habría propuesto al Prof. John, conociendo los hechos que le relacionan con Dña. Burdin, para recusar al árbitro que ha sido designado por la Demandante, forzando a ésta a escoger un nuevo árbitro que pueda cumplir con las expectativas de la Demandante²⁵.

90. Dado que la designación de Dña. Burdin fue anterior al nombramiento del experto²⁶, y, además, respetando la jerarquía en el procedimiento, colocándose los árbitros en una posición superior respecto de las partes²⁷, resulta acorde con los principios inherentes al arbitraje la exclusión del Prof. John, más aún con la mala fe que ha desplegado la Demandante.

b. Relación del Prof. John con la Demandada.

91. En adición a lo expuesto anteriormente, atendiendo a la información que han aportado las partes en sus respectivos escritos, el Prof. John parece no reunir las cualidades de independencia e imparcialidad que debe reunir todo experto para que su informe pueda ser tenido en consideración por un Tribunal.
92. Ha quedado probado que el Prof. John ha desempeñado las funciones de portavoz de la Demandada²⁸, emitiendo comunicaciones sobre la calidad de las turbinas en cuestión, así como de su funcionamiento. Ello indica que ha existido una relación, ya sea de tipo mercantil o laboral, entre la Demandada y el Prof. John, lo que pone de manifiesto que habría existido un intercambio económico, habiendo percibido el experto alguna clase de compensación económica por los servicios prestados a la Demandada.

²⁵ Arbitration Court (ad hoc). *Hrvatska Elektroprivreda v. Republic of Slovenia*. 2005.

²⁶ RE. 2, p. 42

²⁷ P.O. 2, p. 48; RfA, p. 2; R. Ex. 2, p. 31.

²⁸ RE. 1, p. 13.

93. Dicha relación entre ambos se basa en la condición de experto del Prof. John en materia de energía hidráulica²⁹; misma condición de la cual pretende servirse la Demandada en el presente conflicto.
94. Junto a ello, el Prof. John ha llevado a cabo una serie de actividades relacionadas con la promoción de las turbinas en distintos ámbitos³⁰, como en ferias del sector energético³¹, así como la publicación de artículos científicos que, aun no haciendo referencia al modelo concreto de turbinas sobre el que versa el contrato entre las partes, sí que hacía referencia a los nuevos modelos de las mismas y a su gran eficiencia, analizando el elemento de la corrosión en las turbinas³², cuestión central del asunto que nos ocupa.
95. En cuanto al hecho presentado por la Demandante, sobre que dos de los asistentes del Prof. John han trabajado para la Demandada y que actualmente, ocupan puestos directivos en la misma³³, sí que puede ser un elemento más para argumentar la falta de imparcialidad del Prof. John, aunque no es argumento suficiente para que, por sí solo, sirva para que este Tribunal excluya el testimonio del experto del presente caso. Este elemento, una vez más, establece que existe una relación previa entre el experto y la Demandada.
96. Evidentemente, dada la relación entre la Demandada y el Prof. John, cabría esperar que el testimonio de este último favoreciese la posición de la Demandada, en tanto que existe interés del experto en el procedimiento por su vinculación no solo con la Demandada, sino con el objeto de a controversia: las turbinas. Puesto que el Prof. John ha realizado tareas de divulgación y publicidad de dichos aparatos, si el sentido del laudo fuese favorable para los intereses de la Demandante, la reputación en el sector del experto podría quedar comprometida³⁴. De ahí que el experto tenga interés en que la Demandada vea estimada sus pretensiones, para lo cual su testimonio tendría una relevancia fundamental.

²⁹ Letter Langweiler 1, p. 3.

³⁰ PO 2, p. 47.

³¹ RE. 1, p. 30.

³² Letter Fastrack, p. 42; P.O. 2, p. 49.

³³ P.O. 2, p. 48.

³⁴ Letter Fastrack, p. 42.

97. La jurisprudencia así lo ha recogido, como en el caso *Dulong v. Merrill Lynch Canada Inc*³⁵, en el cual la admisibilidad de uno de los expertos propuestos fue discutida. Finalmente, el tribunal concluyó que para que la opinión del experto pueda ser considerada como imparcial, éste debe considerar todas las pruebas en juego de forma equilibrada, y fundamentarla la misma en los documentos aportados por las partes.
98. Por tanto, no es posible garantizar la independencia e imparcialidad del experto, Prof. John, tal y como exigen las Reglas del LCIA, debido no solo a la relación previa existente con la Demandada, sino por el procedimiento legal en el que este está inmerso contra el marido de Dña. Burdin³⁶.

2. Competencia del Tribunal para excluir al experto.

99. Antes de que un Tribunal pueda tomar como referencia el informe o el testimonio aportado por el experto, es necesario garantizar que éste goza de independencia suficiente para no emitir una valoración subjetiva, que pueda dar como resultado una solución injusta al conflicto. Compete por tanto al Tribunal la posibilidad de inadmitir el testimonio prestado por un experto, en caso de que aprecie que se vulnera el principio de imparcialidad.
100. De esta forma, el artículo 21.2 de las Reglas de la LCIA, expresa el siguiente deber de cara a los expertos intervinientes en cualquier procedimiento:

“Cualquier experto deberá ser y permanecer imparcial e independiente respecto de las partes; y él o ella deberá firmar una declaración escrita a tal efecto, remitiéndosela al Tribunal Arbitral, así como haciendo entrega de copias a las partes.”

³⁵ Superior Court of Justice of Ontario (Canada). *Dulong v. Merrill Lynch Canada Inc*. 2006.

³⁶ Letter Burdin, p. 40; P.O. 2, p. 48.

101. De lo anterior se desprende la obligación inequívoca de imparcialidad e independencia que debe reunir el experto, tanto en relación con el Tribunal como de las partes que intervienen en el procedimiento.
102. En caso de que se pusiese de manifiesto la falta de imparcialidad del experto, el Tribunal sí tendría competencia para su exclusión. Dicha competencia no viene expresamente atribuida en las Reglas de la LCIA, pero sí que se entiende implícita en el marco del arbitraje. Esto es así debido a la autoridad de la cual está dotada el Tribunal Arbitral, el cual ha sido compuesto de acuerdo con las reglas pactadas por las partes en el convenio arbitral y en aplicación de la legislación pertinente.
103. La intención de partes de configurar un ente capaz de decidir por encima de la voluntad de ésta, de forma equitativa y atendiendo a los argumentos presentadas por éstas, dota al Tribunal de competencias y autoridad para dirimir sobre la cuestión controvertida.
104. Junto a ello, corresponde a este tercero, vigilar a lo largo del procedimiento que se están cumpliendo todas las garantías establecidas³⁷, y que no se lesiona en ningún momento el interés de las partes, ni su posición en el conflicto.
105. Es por ello que resulta lógico y acorde con la naturaleza del arbitraje, que el Tribunal tenga competencia para poder excluir el testimonio de un experto³⁸, en caso de que existan dudas manifiestas de que su testimonio puede estar comprometido, siendo incapaz de garantizar un estatus de independencia e imparcialidad que permitan al Tribunal llegar a una solución a la controversia adecuada y correctamente fundamentada.

3. Derecho a presentar el caso ante el Tribunal

106. Otro de los motivos alegados por la Demandada es que, en caso de excluir al experto propuesto, su derecho a presentar el caso ante el Tribunal en igualdad de trato frente a la Demandante y con todas las garantías debidas, quedaría afectado.

³⁷ Artículo 17 DAL.

³⁸ Arbitration Tribunal Ad Hoc. *Flughafen Zürich A.G. and Gestión e Ingeniería IDC S.A. v. Bolivarian Republic of Venezuela*. 2019.

Sin embargo, este derecho quedaría salvaguardado en caso de que, excluyendo al Prof. John, se designase otro experto, el cual reuniese las mismas condiciones que éste último.

107. A pesar de que la experiencia y conocimientos del Prof. John resultan de gran interés para el caso, debido a su grado de conocimiento sobre la cuestión que nos ocupa, es cierto que ha quedado probada la existencia de otros expertos, concretamente, tres expertos de alta cualificación³⁹, que serían capaces de prestar testimonio ante el Tribunal, en las mismas condiciones que lo haría el Prof. John y, sobre los cuales, no pesa ninguna causa de conflicto aparente.
108. De esta forma, el derecho a presentar el caso en igualdad de condiciones de la Demandada no se ve lesionado de ninguna manera, en cuanto a la exclusión del Prof. John, pudiendo designar a otro experto que sí reúna los requisitos necesarios para que su testimonio pueda gozar de la independencia e imparcialidad necesarias.
109. Por otro lado, la exclusión del experto no podría servir como base a la Demandada para intentar evadir la aplicación del laudo, ya que no se lesiona su derecho de igualdad en el procedimiento, ni tampoco la posibilidad de presentar su caso y, por ende, no se quebranta ninguna norma imperativa, por lo que resultaría inviable alegar causa para negarse al cumplimiento del contenido del laudo. Así lo indica el Artículo V.1.b del NYC Guidelines:

“1. El reconocimiento y ejecución del laudo podrá ser denegado, a solicitud de la parte contra quien se invoca, solo si esa parte aporta a la autoridad competente donde se solicita el reconocimiento y ejecución, prueba de que: (...)

b) La parte contra la que se invoca el laudo no recibió la debida notificación del nombramiento del árbitro o del procedimiento de arbitraje o no pudo presentar su caso debidamente; (...)”

³⁹ P.O. 2, pp. 49-50.

110. Basándose en todo lo argumentado al respecto, este Tribunal entiende que el testimonio del experto, Prof. John, no puede ser aceptado, debiendo de abstenerse de intervenir en la medida en que su participación supondría una intervención parcial en el procedimiento, y que además crearía un conflicto evitable con el Tribunal, comprometiendo no solo su composición sino la adopción de una decisión justa.

• **C.- TERCER MOTIVO DE CONTROVERSIA: SUPUESTO INCUMPLIMIENTO DE CONTRATO POR PARTE DE LA PARTE DEMANDADA.**

111. Son hechos probados al respecto, en resumen:

- a) Que el proyecto de Greenacre tenía su razón de ser en la posibilidad de construir una central hidroeléctrica que asegurara la disponibilidad de energía renovable y evitara la necesidad de adquirir energía de carbón.
- b) Que una de las principales razones para que la Demandante ganara el concurso público fue la posibilidad de instalar Turbinas Francis R-27V, que contaban con unas características gran resistencia a la corrosión y que permitían que los plazos entre las revisiones fueran más largos, y los tiempos para cada revisión más cortos.
- c) Que la Demandada entregó a finales de la primavera de 2018 dos Turbinas Francis R-27V para ser instaladas en la central de Greenacre.
- d) Que en septiembre de ese mismo año se hizo público el fraude cometido por Trusted Quality Steel, empresa que proveía de acero a la Demandada.
- e) Que el acero defectuoso no contaba con las características de resistencia a la corrosión que eran esperadas, y que eran la principal virtud de las Turbinas Francis R-27V.
- f) Que no puede asegurarse que el acero con el que se produjeron las turbinas instaladas en el proyecto era el acero defectuoso. Por tanto, existe la posibilidad de que el acero de las Turbinas Francis R-27V fuera un acero con las características referidas.

- g) Que sin, embargo, sabemos que la Demandada adquirió en esa época el 70% del acero de Trusted Quality Steel.
- h) Que la Demandada no puede determinar con qué acero se produjeron las turbinas instaladas en Greenacre debido a una pérdida de información por parte de uno de sus empleados.
- i) Que en la planta construida en Riverhead Tidal, y donde fueron instaladas también Turbinas R-27V de la Demandada, se descubrieron graves daños debido a la corrosión, y que tras dos años de funcionamiento hubo que sustituir la turbinas.

112. La cuestión a resolver en este punto gira en torno al concepto de no conformidad, interpretado a la luz del contrato, del artículo 35 CISG y de los hechos, tal y como se nos presentan.

1. Conformidad según los términos del contrato.

113. El contrato suscrito entre las partes recoge la obligación del vendedor de entregar las turbinas de las características referidas. En concreto, la Cláusula Segunda, que establece las obligaciones del vendedor, dispone en su apartado b) que *“el vendedor se compromete a producir y entregar dos Turbinas Francis modelo R-27V, de 300 MW de potencia cada una, con las características especificadas en el Anexo A, en caso de que el proyecto sea adjudicado a la compradora.”*⁴⁰

114. Por tanto, es claro que el contrato prevé expresamente, no sólo la entrega de las turbinas, sino la entrega de las turbinas con unas características específicas. Estas características eran conocidas por la Demandada, ya que tuvo conocimiento del concurso público al que optaba la Demandante y precisamente eran las características de las Turbinas Francis R-27V las que las hacían adecuadas para el proyecto.⁴¹

⁴⁰ The problem. p.11. a.2

⁴¹ Analysis of the problem for the use of arbitrators. p.4

115. La conformidad o falta de conformidad de las turbinas entregadas se reduce a una cuestión de prueba, que será la que determine si las turbinas entregadas son de la calidad esperada, según el acero empleado en la producción.

2. Conformidad según el artículo 35 CISG.

116. En lo referente al artículo 35 CISG, alegado por las Partes, dispone:

“1. El vendedor deberá entregar mercaderías cuya cantidad, calidad y tipo correspondan a los estipulados en el contrato y que estén envasadas o embaladas en la forma fijada por el contrato.

2. Salvo que las partes hayan pactado otra cosa, las mercaderías no serán conformes al contrato a menos:

a) Que sean aptas para los usos a que ordinariamente se destinen mercaderías del mismo tipo.

b) Que sean aptas para cualquier uso especial que expresa o tácitamente se haya hecho saber al vendedor en el momento de la celebración del contrato, salvo que de las circunstancias resulte que el comprador no confió, o no sea razonable que confiara, en la competencia y el juicio del vendedor.

c) Que posean las cualidades de la muestra o modelo que el vendedor haya presentado al comprador.

d) Que estén envasadas o embaladas en la forma habitual para tales mercaderías o, si no existe tal forma, de una forma adecuada para conservarlas y protegerlas.

3. El vendedor no será responsable, en virtud de los apartados a) a d) del párrafo precedente, de ninguna falta de conformidad de las mercaderías que el comprador conociera o no hubiera podido ignorar en el momento de la celebración del contrato.”

117. En cuanto a la interpretación del contrato en el presente caso, el apartado primero del precepto se remite a lo pactado por las partes en el contrato. Como hemos visto, el contrato preveía que las turbinas contaran con unas características determinadas, y tales características eran conocidas por la Demandada.

118. El apartado segundo es subsidiario del primero. En todo caso, parece que apunta en la misma dirección. Si bien según el apartado a) podrían ser conformes, puesto que la central se encuentra en funcionamiento, el apartado b) se refiere a usos especiales que fueran conocidos por el vendedor, como podría ser mayor la resistencia a la corrosión de las Turbinas Francis R27-V. En caso de que el bien no fuera apto para tales usos especiales, se incurriría en incumplimiento. No entramos en este momento en el debate de si las características anticorrosión son usos especiales como un elemento accesorio, o si por el contrario forman parte de una finalidad conjunta dadas las intenciones de las Partes y en especial de la Demandante cuando decidió adquirir las turbinas.

119. Como decíamos cuando tratábamos la conformidad según el contrato, será la prueba sobre la calidad de las turbinas y el acero empleado la que determinará el incumplimiento.

3. Carga de la prueba de la conformidad o no conformidad de las turbinas entregadas a las especificaciones del contrato.

120. Analizaremos en este punto cuál de las partes es la que tiene el deber de probar la conformidad o no conformidad alegadas, cuestión que tendrá repercusión en la valoración de la prueba respecto del resto de cuestiones planteadas en este primer motivo.

121. Expone la Demandante compradora que es la Demandada vendedora la que tiene la carga de la prueba de la conformidad de las turbinas.

122. Sustenta tal afirmación en el artículo 36 CISG, que establece que *el vendedor será responsable, conforme al contrato y a la presente Convención, de toda falta de conformidad que exista en el momento de la transmisión del riesgo al comprador, aun cuando esa falta sólo sea manifiesta después de ese momento.*

123. Por su parte, la Demandada vendedora sostiene que es la Demandante compradora la que debe probar la no conformidad.

124. Aduce para ello el principio que afirma que cada parte deberá probar el objeto de su pretensión, y dado que la Demandante es la que alega la no conformidad, es la que debe probarla.

125. Por otra parte, el artículo 79 CISG, que no ha sido traído a debate por ninguna de las partes, establece que:

“1) Una parte no será responsable de la falta de cumplimiento de cualquiera de sus obligaciones si prueba que esa falta de cumplimiento se debe a un impedimento ajeno a su voluntad y si no cabía razonablemente esperar que tuviese en cuenta el impedimento en el momento de la celebración del contrato, que lo evitase o superase, o que evitase o superase sus consecuencias.

2) Si la falta de cumplimiento de una de las partes se debe a la falta de cumplimiento de un tercero al que haya encargado la ejecución total o parcial del contrato, esa parte sólo quedará exonerada de responsabilidad:

a) si está exonerada conforme al párrafo precedente, y

b) si el tercero encargado de la ejecución también estaría exonerado en el caso de que se le aplicaran las disposiciones de ese párrafo.

3) La exoneración prevista en este artículo surtirá efecto mientras dure el impedimento.

4) La parte que no haya cumplido sus obligaciones deberá comunicar a la otra parte el impedimento y sus efectos sobre su capacidad para cumplirlas. Si la otra parte no recibiera la comunicación dentro de un plazo razonable después de que la parte que no haya cumplido tuviera o debiera haber tenido conocimiento del impedimento, esta última parte será responsable de los daños y perjuicios causados por esa falta de recepción.

5) Nada de lo dispuesto en este artículo impedirá a una u otra de las partes ejercer cualquier derecho distinto del derecho a exigir la indemnización de los daños y perjuicios conforme a la presente

Convención.”

126. Entendemos que, para determinar a quién le corresponde la carga de la prueba, es de aplicación el principio según el cual debe probarse lo que se alega. “*Ei incumbit probatio, qui dicit non qui negat or actori incumbit probatio*”, incumbe la prueba al que afirma, no al que niega. Este criterio de asignación de la carga de la prueba se entiende implícito en la CISG, y se desprende de preceptos a lo largo del texto como el artículo 79.2.a) y el artículo 25 que en relación con lo que dispone el artículo 7, nos lleva a concluir que en el presente la carga de la prueba es de la Demandante que afirma la no conformidad.
127. En relación a la cuestión de la carga de la prueba se han dictado pronunciamientos que avalan este criterio. Por ejemplo, en el caso *Chicago Prime Packers, Inc. v. Northam Food Trading Co.*, se establece que el comprador, que denuncia el incumplimiento del vendedor, es el que debe probar la no conformidad⁴². En la misma línea se pronuncia la Corte Supremo Suiza en el caso *Wire and Cable*⁴³.
128. En cuanto a la aplicabilidad del artículo 36 CISG a este respecto, no es un precepto cuyo propósito sea regular la asignación de la carga de la prueba, sino en todo caso la asignación de responsabilidad ante la no conformidad. Por tanto, su aplicación queda sometida a la declaración de no conformidad, lo cual como hemos reiterado es una cuestión relativa a la valoración de la prueba. Además, para una interpretación integral del precepto, habrá que tener en cuenta que el párrafo segundo del artículo, que se refiere a la falta de conformidad ocurrida tras el momento de la entrega, que dice que debe ser imputable al incumplimiento de sus obligaciones.
129. Por tanto, determinamos que la Demandante tiene la carga de probar la no conformidad de las turbinas. Por otro lado, la Demandada tiene la carga de probar su exoneración de responsabilidad.

4. Análisis de la prueba sobre la conformidad o no conformidad de las turbinas

⁴² Chicago Prime Packers v. Northam Food Trading case

⁴³ Wire and Cable case

130. Como acabamos de apuntar, con relación a la no conformidad de las turbinas es el Demandante el que tiene la carga de la prueba. Por ello, tenemos que determinar si la prueba que el Demandante ha traído al procedimiento se antoja suficiente para probar la no conformidad de las turbinas y sustentar sobre ella la petición de condena a la Demandada con el deber de sustituir las turbinas.
131. Gran parte de la argumentación de la Demandante en su escrito de demanda a la hora de defender su pretensión parte de la no conformidad de los bienes entregados como premisa y no como aspecto principal a probar. Se centra en afirmar que era obligación de la Demandada entregar unas turbinas acordes con lo pactado y previsto en el contrato y conforme a los preceptos de la CISG, cuando el objeto de prueba es que las turbinas no cuentan con las características esperadas.
132. En relación a sus alegaciones al respecto de la carga de la prueba, nos remitimos íntegramente a lo expuesto anteriormente sobre la asignación de la carga de la prueba a la Demandante y la aplicación del principio general por el cual el que alega una determinada circunstancia tiene la responsabilidad de probarla.
133. En el escrito de demanda, tras concluir que era obligación de la demandante entregar unas turbinas acordes al propósito pactado en relación con el proyecto de Greenacre, expone como base de la no conformidad la sospecha de que el acero no tiene las características esperadas supone la no conformidad de las turbinas.
134. Así, declara que las sospechas comenzaron cuando el CEO de Trusted Quality Steel, uno de los principales proveedores de la Demandada, fue acusado de haber falsificado los certificados de calidad del acero. Además, denuncia la imposibilidad de la Demandada para determinar la procedencia del acero con el que se produjeron las turbinas, y recuerda el caso de la planta de Riverhead Tidal, donde las turbinas tuvieron que ser sustituidas tras dos años.
135. Considera que sus sospechas están basadas en hechos concretos. Argumenta que las turbinas instaladas en Riverhead Tidal pudieron ser construidas entre

diciembre de 2014 y mayo de 2016, y la pérdida de información afectó al período 2015-2017, por lo que la producción de las turbinas instaladas en Greenacre se corresponde con ese mismo período.

136. Por otra parte, la Demandante apunta a la incapacidad de la Demandada de disipar las sospechas expuestas. Cita el correo aportado como documento n° 4⁴⁴ en el que se pide a la Demandada alguna explicación sobre el fraude de Trusted Quality Steel. Y en el correo aportado como documento n°5⁴⁵, la Demandada no pudo asegurar que el acero fuera de la calidad y de las características esperadas.
137. La Demandada expone una argumentación totalmente opuesta. Explica que la mera sospecha es insuficiente para considerar los bienes no conformes, y menos aún si la sospecha se refiere al origen de los bienes. Afirma que el incidente en la planta de Riverhead Tidal no es comparable a las circunstancias en Greenacre. Considera que la Demandante no ha conseguido basar sus sospechas en hechos concretos y que además las turbinas son aptas para el uso que se espera de ellas.
138. En relación a la comparativa entre los hechos de la central de Riverhead Tidal y los del Greenacre, explica que, incluso sin tener en cuenta el informe del Prof. John, no son susceptible de comparación, ya que las turbinas de Riverhead Tidal habían sido personalizadas durante el proceso de construcción para alterar sus propiedades.
139. La planta de Riverhead Tidal fue construida en un entorno de agua salada, mientras que la de Greenacre lo fue en un entorno de agua dulce. Es un hecho validado científicamente que el agua salada corroe el metal al menos cinco veces más rápido que el agua dulce.
140. Por otro lado, como antes se indicaba, todas las turbinas se personalizan para adecuarlas a cada proyecto, lo cual hace imposible una comparación. En opinión de la Demandada, lo ocurrido en Riverhead Tidal en ningún caso puede constituir

⁴⁴ CE. 4, p. 15

⁴⁵ CE. 5, p. 16

un precedente para predecir el resultado del funcionamiento de las turbinas en Greenacre.

141. En cuanto a los hechos en los que la Demandante basa su sospecha, la Demandada considera que tales hechos no son concretos, sino meras posibilidades, por lo que en base a ellos no puede sostenerse la no conformidad. Además de afirmar que no es seguro que las turbinas se hubieran fabricado con el acero objeto del fraude, contabiliza en un 5% las probabilidades de que las turbinas puedan suponer algún daño o efecto negativo para la planta.
142. Por último, recalca que las turbinas son aptas para el uso que se esperaba de ellas, puesto que la planta está en funcionamiento. Rechaza la jurisprudencia citada por la Demandante por considerar que no es aplicable al caso.
143. Respecto de la prueba documental, el documento n°3 aportado por la Demandante, recorte de prensa del Renewables Daily News, prueba sobre la que se basa la Demandante, afirma que al menos la mitad fueron falsificados. Esta es otra muestra de incertidumbre sobre la prueba de la no conformidad del acero. Sobre el dato de que Turbina Energía adquiriría el 70% del acero de Trusted Quality Steel, habría hasta otro 50% de probabilidades de que el acero fuera legítimo.

5. Conclusión sobre la prueba.

144. El análisis del conjunto de la prueba traída por las Partes al procedimiento nos lleva a acoger la pretensión de la Demandada en cuanto a la falta de incumplimiento.
145. Habiendo declarado que la carga de la prueba es de la Demandante, entendemos que la prueba se basa en una sospecha cuyo fundamento es un reportaje de prensa y una pretendida asimilación entre los incidentes de la planta de Riverhead Tidal y lo que prevé que podría suceder en la de Greenacre. Entendemos que no es base suficiente para poder fundamentarse una declaración de incumplimiento.

146. La jurisprudencia citada por ambas Partes es unánime a la hora de exigir que las sospechas de incumplimiento sean fundadas. Por tanto, deben existir hechos concretos y bastantes que puedan constituir una base probatoria sólida. La Demandante considera que tales hechos concretos concurren en el caso, y la Demandada alega en sentido contrario. En el presente caso, en base a los argumentos traídos por ambas este Tribunal no advierte una sospecha que justifique la solicitud de incumplimiento y las consecuencias a sufrir por la Demandada.
147. Como casos citados por la demandante, “*Argentinian Rabbit*⁴⁶” y “*Belgian Pork*⁴⁷”, debe entenderse que son de aplicación al presente, ya que el primero, del año 1969, 19 años antes de la CISG, no puede ser interpretado a la luz de ésta. Por otra parte, el segundo caso tampoco es de aplicación ya que estaba probada la imposibilidad de uso de los bienes.
148. Como hecho no discutido que hemos apuntado a lo largo de esta resolución, si bien Trusted Quality Steel era el principal proveedor de la Demandada, ésta adquiría de otros proveedores el 30% del acero que empleaba en su producción. Además, parece también que no todas las certificaciones de acero de Trusted Quality Steel habían sido falsificadas, sino una cantidad indeterminada que se estima en al menos la mitad⁴⁸.
149. Además, debemos acoger los argumentos de la Demandada en cuanto a la imposibilidad de establecer una comparación cierta entre lo sucedido en la central de Riverhead Tidal y lo que podría suceder en Greenacre. Se ha explicado que la fabricación de cada turbina puede diferir en función de las necesidades del proyecto.
150. También la diferencia entre la exposición de las turbinas al agua salada de Riverhead Tidal y al agua dulce de Greenacre es una cuestión a tener en cuenta. En vista del estudio científico citado por la Demandada, consideramos probado

⁴⁶ Argentinian Rabbit Case.

⁴⁷ Belgian Pork Case.

⁴⁸ CE 3, p. 14.

que el agua salada corroe el metal cinco veces más rápido que el agua dulce. Ello tiene gran relevancia, ya que, en relación a los tiempos de revisión, cuestión fundamental en el debate, incomparable con el resultado de la corrosión producido en Riverhead Tidal tras dos años de funcionamiento con lo que podría suceder en la central de Greenacre.

151. Entendemos que lo afirmado por la Demandante únicamente puede ser adverado a través de una inspección exhaustiva de las turbinas que se realizaría en septiembre de 2020. La prueba practicada no justifica una declaración sobre el estado de las turbinas y sobre su eventual incumplimiento en un momento previo a la revisión.
152. Es, por tanto, la decisión del Tribunal, declarar que no se ha producido incumplimiento de contrato por no contar con los elementos probatorios necesarios para el dictado de una resolución acorde con la demanda.
153. Cuestión aparte será, como ya hemos dicho, el resultado que arroje la inspección que se realizará en septiembre de 2020. Si quedara evidenciado que el acero con el que se produjeron las turbinas es el mismo que fue objeto de fraude, podríamos entonces concluir que se habría acreditado el incumplimiento alegado por la Demandante, y quedaría por debatir la cuestión de si tal incumplimiento es o no esencial.
154. La decisión que adoptamos en este día se basa en una falta de prueba sobre la conformidad o no conformidad de las turbinas. A día de hoy, únicamente puede alegarse la sospecha de que el acero no es el pactado y el adecuado para el fin con que se adquirieron las turbinas. Y consideramos que ese único argumento, la alegación de sospecha, no tiene la solidez ni se basa en hechos absolutamente concretos, lo cuales además han podido ser contradichos.
155. Entendemos que acoger la pretensión de la Demandante antes de conocer la certeza de la composición del acero tendría unas irreversibles consecuencias económicas de enorme magnitud. Existe la posibilidad, cuya probabilidad ya hemos estimado, de que el acero pueda ser el previsto en el contrato.

- **D.- CUARTO MOTIVO DE CONTROVERSIA: SI, EN CASO DE INCUMPLIMIENTO, LA PARTE DEMANDANTE TIENE DERECHO A EXIGIR LA SUSTITUCIÓN DE LAS TURBINAS.**

156. En este apartado se va a tratar, de forma independiente a los anteriores, si apreciando incumplimiento por parte de la Demandada respecto del contrato de compraventa llevado a cabo con la Demandante, ésta última tiene derecho a exigir la sustitución de las dos turbinas objeto del mismo.

157. Para ello, se analizará si concurren o no los elementos necesarios para poder apreciar incumplimiento esencial por parte de la Demandada, siendo ésta la única posibilidad con la que cuenta la Demandante, en este contexto, para poder exigir la sustitución de las turbinas en el hipotético caso de que se acreditara que el acero utilizado fue el que se vio afectado por el fraude antes reseñado.

1. Existencia de incumplimiento esencial por parte de la Demandada en relación con el contenido del contrato.

158. Aun encontrándonos ante un incumplimiento contractual, en virtud de lo dispuesto en la CISG, aplicable en el presente supuesto, el mero incumplimiento no genera automáticamente un derecho a favor de la Demandante para exigir la sustitución íntegra de las turbinas, sino que es necesario que dicho incumplimiento sea esencial.

159. En el contrato de compraventa celebrado entre las Partes el estándar para considerar que efectivamente existe incumplimiento esencial es menor, como argumenta la Demandante, en el sentido de que en su clausulado (Cláusula 20.d)⁴⁹ no se contempla, como posibilidad para apreciar éste, que el Demandante sufra una privación sustancial, entendiéndose por ello que el sentido que quisieron otorgarle las Partes fue el de entender que habrá incumplimiento esencial cuando

⁴⁹ CE. 2, pp.11-12.

se aprecie cualquier privación del uso esperado que la Demandante podría esperar al contratar con la Demandada.

160. Conviene analizar la noción de qué era lo que la Demandante podía esperar tras la celebración del contrato de compraventa con la Demandada. Así, el modelo de turbina escogido por la Demandada tenía una especial relevancia atendiendo al proyecto de la central de Greenacre⁵⁰, pues cualquier retraso o inconveniente que obligase a Greenacre a hacer uso de recursos no renovables para la producción de energía conllevaría que la Demandante tuviese que abonar una elevada suma económica. Por ello, se optó por la compra de dichas turbinas, constituyendo uno de los modelos más avanzados y de mayor calidad del mercado⁵¹.
161. Es más que razonable entender que la Demandante esperase adquirir unas turbinas capaces de cumplir con el cometido esperado para el proyecto en Greenacre⁵², más aún cuando la Demandada tuvo acceso a elementos del mencionado proyecto sobre las características que debían de cumplir las eventuales turbinas para la generación de electricidad suficiente; siendo conocedora de todo ello en el momento de la firma del contrato de compraventa⁵³.
162. La expectativa por parte de la Demandante, así como de cualquier otro comprador, es la de que la mercancía adquirida cumplirá con la función esperada, atendiendo a sus características. De la misma forma que resulta completamente inadecuado que la Demandada pueda garantizar el funcionamiento correcto de las turbinas durante un largo periodo de tiempo ininterrumpido, no resulta tampoco procedente entender que las turbinas puedan fallar en cualquier momento, teniendo consecuencias altamente gravosas para la Demandada, dado que de este modo se estaría pervirtiendo la confianza de los compradores en la adquisición de mercaderías.

⁵⁰ CE. 2, p. 11; R. Ex. 2, p. 31.

⁵¹ RE. 1, p. 30; Rfa p. 5 y 6.

⁵² CE. 1, p. 10.

⁵³ RE. 2, p 11.

163. A mayor abundamiento, las Partes establecieron en el clausulado del contrato, concretamente en la Cláusula 2 (b)⁵⁴, que los términos del mismo debían de ser interpretados siempre en relación con las características del proyecto de Greenacre. En este sentido, no habría controversia en cuanto al conocimiento por parte de la Demandada de la imperiosa necesidad de que las turbinas reuniesen las características esperadas por la Demandante⁵⁵, siendo el fin la producción de energía verde de forma ininterrumpida, pues de lo contrario la Demandante soportaría graves penalizaciones.

164. La posibilidad de desterrar dicha sospecha no es posible en la medida en que, como alega la Demandante, para ello se requeriría proceder al desmontaje de ciertas partes de las turbinas, su posterior análisis y, en el supuesto de que no existiesen alteraciones en las características constructivas de éstas, se deberían volver a montar, restaurando las piezas destruidas para el anterior fin⁵⁶. Así, se generarían daños a la Demandante, pues no podría cumplir con su acuerdo con Greenacre durante el periodo de desmontaje, análisis y montaje. Es por ello, que si se acreditase la existencia de acero defectuoso o fraudulento en contradicción con las características exigidas por contrato, cabría apreciar la no conformidad de la Demandante respecto de las turbinas entregadas.

2. Existencia de incumplimiento esencial por parte de la Demandada en relación con la CISG.

165. En primer lugar, para que pueda valorarse la posibilidad de solicitar la sustitución de las mercaderías defectuosas (en este caso, de las dos Turbinas Francis R-27V), es necesario que el comprador haya mostrado su disconformidad con éstas. Ello viene contemplado en el artículo 35 CISG, el cual establece una serie de asunciones en carácter negativo, entendiéndose que las mercancías no serán conforme salvo que operen una serie de premisas, que no se aprecian en el caso que nos ocupa.

⁵⁴ CE. 2, p.11.

⁵⁵ CE 4, p. 15.

⁵⁶ PO 2, Appendix 1, p. 55.

166. Atendiendo a lo dispuesto en el citado precepto, es claro que las Partes no habían pactado en el contrato de compraventa ninguna excepción en cuanto a la eventual conformidad de la Demandante respecto de las turbinas, habiendo sido comunicada la misma de forma inequívoca a la Demandada.

167. Por su parte, en el artículo 46.2 CISG dispone lo siguiente sobre la posibilidad de sustitución de las mercancías en caso de existir incumplimiento esencial:

“2) Si las mercaderías no fueren conformes al contrato, el comprador podrá exigir la entrega de otras mercaderías en sustitución de aquéllas sólo si la falta de conformidad constituye un incumplimiento esencial del contrato y la petición de sustitución de las mercaderías se formula al hacer la comunicación a que se refiere el artículo 39 o dentro de un plazo razonable a partir de ese momento.”

168. Sobre la comunicación de la disconformidad, la Demandante comunicó debidamente a la Demandada la falta de conformidad con las turbinas entregadas, tan pronto como tuvo conocimiento de la estafa perpetrada por el proveedor de acero de la Demandada⁵⁷, y que ésta no había informado a la Demandante al respecto. La comunicación de la disconformidad fue realizada por escrito, mediante el envío de un correo electrónico⁵⁸, detallando los elementos sobre los cuales la Demandante no se mostraba conforme con las turbinas entregadas. Este elemento se tratará posteriormente, de forma más detallada en un apartado independiente⁵⁹.

169. Tras el elemento de la disconformidad, habría que atender a qué se entiende por incumplimiento esencial. Éste reviste una serie de características que lo diferencian del mero incumplimiento, pues los remedios contemplados para su subsanación suelen tener condiciones más gravosas para la parte incumplidora. Así, la CISG define en su artículo 25 el incumplimiento esencial de la siguiente forma:

⁵⁷ CE 4, p. 15.

⁵⁸ RE 3, p. 33.

⁵⁹ Apartado 4. *Vid.* ¶ 49.

“El incumplimiento del contrato por una de las partes será esencial cuando cause a la otra parte un perjuicio tal que la prive sustancialmente de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato, salvo que la parte que haya incumplido no hubiera previsto tal resultado y que una persona razonable de la misma condición no lo hubiera previsto en igual situación.”

170. En este sentido, la CISG es clara en admitir el incumplimiento esencial cuando el fin para el que se van a destinar las mercaderías no puede ser alcanzado, habiendo sido privado la Demandada de lo que esperaba obtener respecto de las turbinas entregadas. Sí es cierto que se contempla una excepción a la declaración del incumplimiento esencial, siempre y cuando la Demandante no hubiese podido prever el resultado, es decir, la calidad de fabricación de las turbinas.
171. En cuanto a la estimación temporal de cuándo se va a generar la privación del uso esperado de las turbinas, éste no tiene por qué ser preciso o concreto, basta con que, en un futuro próximo, las mercancías no puedan cumplir con el fin esperado. Ello, en el presente caso, viene reforzado con la sospecha fundada de que los materiales de las turbinas pueden colapsar próximamente.
172. Por otro lado, en cuanto a la exoneración que contempla la CISG para el vendedor, está debe ser tenida en cuenta para poder apreciar definitivamente, sí ha existido incumplimiento esencial. En líneas generales, los tribunales se han mostrado favorables en cuanto a la apreciación de esta exoneración, siempre y cuando el estándar de diligencia que se le exige al vendedor es adecuado y proporcional; aunque sí es cierto que la falta de observancia de elementos relevantes de las mercaderías o de la falta de control sobre las mismas, sí que permiten omitir la aplicación de esta exoneración.
173. La cuestión de la previsibilidad se analizará posteriormente, en el apartado 6 de esta misma sección.

3. Necesidad de sustitución de las turbinas para cumplir con el fin esperado.

174. Para solucionar la controversia en cuestión, la Demandada habría propuesto a la Demandante la posibilidad de llevar a cabo la reparación de las turbinas, con el fin de analizar las mismas y subsanar los eventuales defectos⁶⁰, para así poder dar por zanjada la controversia y resolver el incumplimiento existente.

d. Imposibilidad de seguir usando las turbinas para el fin esperado.

175. Las características de las turbinas no constituyen un elemento accesorio, sino que se entienden esenciales en relación con las mismas. La Demandante adquirió estas teniendo en cuenta sus características⁶¹, las cuales resultaban idóneas para el fin al cual iban a ser dedicadas⁶².

176. De esta forma, habría que entender que el mero funcionamiento adecuado de las turbinas no es suficiente motivo para entender que la sustitución o reparación de las mismas no es necesaria⁶³. La Demandante tiene un contrato suscrito con Greenacre, que, en caso de que las turbinas experimenten cualquier alteración en su funcionamiento, se generarán una serie de recargos económicos a los que tendrá que hacer frente la Demandante⁶⁴.

177. Ello pone de relieve la importancia no solo de que las turbinas funcionen adecuadamente, sino que éstas lo hagan el mayor tiempo posible, con las menores perturbaciones esperables. Más aun, cuando la propia Demandada especificaba en el contrato de compraventa que la vida útil estimada de las turbinas es de 40 años⁶⁵.

178. El hecho de que haya una sospecha lógica y racional de que, posiblemente, las turbinas puedan sufrir un fallo en su funcionamiento en un periodo de tiempo incierto, evidencia el riesgo potencial que enfrenta la Demandante, a pesar de que

⁶⁰ CE.5, p. 17; R. Ex.2, p.31

⁶¹ CE. 2, p. 11

⁶² Memo. for CLAIMANT, ¶ 3.1.1.

⁶³ District Court Lugano (Switzerland). *Children's play structure case*. 2007.

⁶⁴ CE 6, p. 19.

⁶⁵ CE 2, p. 12.

ésta no haya obrado en ningún momento de forma inadecuada⁶⁶, recayendo la responsabilidad en la Demandada.

b. Inadecuación de la reparación como solución.

179. Uno de los posibles remedios frente al incumplimiento sería la reparación de las mercancías entregadas, a la cual se ha ofrecido la Demandante⁶⁷, habiéndoselo comunicado debidamente a la Demandada.

180. La CISG contempla en su artículo 46.3 la posibilidad de que el vendedor subsane el incumplimiento mediante la reparación de las mercancías entregadas:

“3) Si las mercaderías no fueren conformes al contrato, el comprador podrá exigir al vendedor que las repare para subsanar la falta de conformidad, a menos que esto no sea razonable habida cuenta de todas las circunstancias. La petición de que se reparen las mercaderías deberá formularse al hacer la comunicación a que se refiere el artículo 39 o dentro de un plazo razonable a partir de ese momento.”

181. En sentido estricto, la posibilidad de que las mercancías sean reparadas recae de forma unilateral en el comprador, es decir, en este caso la Demandante sería quien puede solicitar o no la reparación de las mercancías, siempre que la misma sea posible, independientemente de la voluntad de la Demandada de ofrecerse a reparar las mercancías.

182. Sí es cierto que la Demandada hace referencia al artículo 82.1 CISG, el cual sostiene que:

“El comprador perderá el derecho a declarar resuelto el contrato o a exigir al vendedor la entrega de otras mercaderías en sustitución de

⁶⁶ Artículo 82.1 CISG.

⁶⁷ CE. 5, p. 16.

las recibidas cuando le sea imposible restituir éstas en un estado sustancialmente idéntico a aquél en que las hubiera recibido.”

183. Sin embargo, habida cuenta de que la esperanza media de las turbinas, según asegura la Demandada en el contrato de compraventa, es de 40 años⁶⁸, es difícil entender que éstas no vayan a estar en un estado sustancialmente idéntico al que tenían cuando fueron entregadas tras 2 años de uso, permitiendo, por tanto, que puedan ser entregadas a la Demandada a cambio de unas nuevas. Dicho apartado se desarrolla más detenidamente en el punto 5 de la presente sección.
184. Los Tribunales han entendido que la reparación debe desarrollarse de forma rápida y sin provocar perturbaciones a la actividad de la compradora, puesto que los defectos de las mercancías no deben de ser asumidos por el comprador y, por ende, debería soportar las menores molestias posibles⁶⁹. Sin embargo, la reparación de las turbinas no parece ser, en ningún caso, sencilla. Habría que paralizar las turbinas para someterlas a una inspección minuciosa capaz de detectar las partes afectadas, para después retirarlas y, a continuación, volver a montar unas nuevas, sin defectos. Durante el tiempo de reparación la planta de energía hidroeléctrica de la Demandante no estaría operativa o lo estaría al 50% de su capacidad, por lo que ésta, en cumplimiento del contrato con Greenacre del cual tenía conocimiento la Demandada, tendría que hacer frente a una serie de penalizaciones económicas muy elevadas que podrían llegar a comprometer su viabilidad como sociedad mercantil, como sostiene la Demandante⁷⁰.
185. Resultaría desproporcionado que la Demandante deba soportar los elevados costes económicos que le generaría someter a reparación las turbinas adquiridas, ya que implicaría, en cualquier caso, que la planta no pudiese estar funcionando a plena capacidad y, por ello, debería hacer frente a las penalizaciones económicas impuestas por Greenacre⁷¹.

⁶⁸ CE 2, p. 12.

⁶⁹ Cour de Cassation (France). *Marques Roque Joachim v. Manin Riviere*. 1995.

⁷⁰ CE. 6, pp. 18-19.

⁷¹ PO 2, Appen. I.

186. A pesar de que, como señala la Demandada, la fabricación de unas turbinas nuevas podría alargarse hasta 1 año⁷², sí es cierto que la planta de energía podría seguir funcionando, a pesar del posible riesgo de colapso de los materiales, no interrumpiéndose el suministro eléctrico más que en el momento de intercambio de las turbinas, por lo que los costes económicos que debería asumir la Demandante serían mucho menores que si se optase por la reparación de las turbinas actuales.
187. Sí es cierto que la Demandada alega la desproporción de la eventual sustitución de las turbinas, entendiendo que le supondría un elevado coste económico⁷³. Sin embargo, siempre podría hacer uso de cuantas acciones legales estén a su alcance para exigir responsabilidad contractual a su proveedor de acero, en la medida en que lo crea conveniente, por la entrega de material defectuoso.
188. En cualquier caso, en el supuesto de que no se apreciaran todos los elementos que precisa la CISG para que la Demandante pueda exigir la sustitución de las turbinas (los cuales van a ser analizados en los apartados siguientes), la Demandante y la Demandada tendrían que acordar una solución alternativa, que pasará por la previa inspección y análisis de las turbinas.
189. Cabe añadir que los tribunales entienden que, cuando la reparación de los bienes no sea factible, la comunicación de la falta de conformidad por parte del comprador al vendedor será fundamental. Así sucedió en el caso *Saltwater isolation tank*⁷⁴, donde el tribunal entendió que la ausencia de conformidad era esencial puesto que llevar a cabo la reparación de la maquinaria comprada por la demandante no era viable.

4. Sobre el cumplimiento del requisito de comunicación por parte del comprador.

⁷² CE.7, p.20.

⁷³ CE. 7; R. Ex. 2.

⁷⁴ Switzerland Commercial Court. *Saltwater isolation tank case*.1995

190. Entramos a analizar si la Demandante compradora ha satisfecho el requisito de previa comunicación a la Demandada vendedora de la no conformidad de los bienes entregados.
191. Son de aplicación los artículos 39, 40 y 46.2 de la CISG.
192. Se condiciona el derecho del comprador a invocar la no conformidad de los bienes a la necesaria comunicación de la misma al vendedor, en un plazo razonable desde el momento en que descubrió o pudo descubrir la circunstancia que da lugar a la no conformidad, estableciendo en todo caso un plazo máximo de dos años. Por otro lado, se establece la imposibilidad del vendedor de invocar la falta de comunicación si los hechos constitutivos de la no conformidad le eran o le debían ser conocidos, y no los hubiera comunicado a su vez al comprador. Y, por último, se ofrece la posibilidad al comprador de exigir la sustitución de los bienes en caso de que el incumplimiento sea esencial, habiendo realizado la comunicación en los términos del artículo 39 o en todo caso dentro de un plazo razonable.
193. En el caso de haber considerado que la sospecha sobre la calidad del acero constituye la no conformidad del mismo, el momento en que se pudo conocer, y se conoció, fue cuando el 29 de septiembre de 2018 el Renewables Daily News publicó el reportaje sobre la apertura de un caso por fraude contra el CEO de Trusted Quality Steel⁷⁵. Sería esta fecha el momento que contaría a efectos de comunicación al vendedor.
194. El 3 de octubre de 2018 Michelle Faraday, CEO de HydroEn envía un correo electrónico dirigido a Benoit Fourneyron cuestionándole acerca del supuesto fraude publicado⁷⁶. A partir de ese momento, comienza una cadena de emails entre Demandante y Demandada tratando las posibles soluciones, proponiendo la Demandante la sustitución de las turbinas.
195. Entendemos, por tanto, que la oportuna comunicación de la Demandante sobre la no conformidad ha sido satisfecha, con independencia de la posible aplicación del

⁷⁵ CE. C 3, p.10.

⁷⁶ CE. 4, p. 15.

artículo 40 CISG, en relación con el hecho de que la Demandada hubiera conocido la no conformidad y no hubiera procedido a informar a la Demandante compradora.

5. Sobre la devolución de las turbinas en un estado sustancialmente idéntico como requisito para la resolución y sustitución.

196. Analizamos la aplicación del artículo 82 CISG, que dispone que el comprador perderá el derecho a declarar resuelto el contrato o a exigir al vendedor la entrega de otras mercaderías en sustitución de las recibidas cuando le sea imposible restituir éstas en un estado sustancialmente idéntico a aquél en que las hubiera recibido. Por otra parte, afirma que lo anterior no será de aplicación cuando la imposibilidad de restituir las mercaderías o de restituir las en un estado sustancialmente idéntico a aquél en que el comprador las hubiera recibido no fuere imputable a un acto u omisión de éste

197. En un planteamiento similar al del anterior punto sobre el requisito de comunicación, afirma la Demandante que la vida útil estimada de las Turbinas Francis R-27V es de 40 años⁷⁷, y que en el momento en el que se llevaría a cabo la sustitución de las mismas, en septiembre de 2020, se habrían utilizado durante apenas dos años⁷⁸. Por tanto, afirma, que el estado de las turbinas es esencialmente el mismo, lo que supone el cumplimiento de lo establecido en el precepto. Además, alega que, en todo caso, podría exigir la sustitución de las turbinas ya que la diferencia en el estado de las turbinas nuevas y después de dos años de uso no es imputable a su acción u omisión, sino a la no conformidad de las turbinas.

198. Tiene razón la Demandante. Dos años de uso en comparación con cuarenta años de funcionamiento estimado de las turbinas no supone una diferencia sustancial en el estado de las mismas, sumado a que, como igualmente se apunta en la demanda, sería de aplicación el punto segundo, apartado a) del precepto, puesto que esta circunstancia no puede imputarse a acción y omisión alguna de la Demandante.

⁷⁷ CE 2, p. 12.

⁷⁸ PO 2, p. 52.

6. Requisito de previsibilidad del artículo 25 CISG.

199. En el presente caso, el problema se centra en determinar si la Demandada, desplegando una serie de comportamientos esperables, y atendiendo a las circunstancias del caso, podría haber detectado las deficiencias constructivas de las turbinas.
200. Fue en el mes de agosto de 2018 cuando se tuvo conocimiento de que el proveedor de acero que la Demandada empleaba en la fabricación de las turbinas estaba inmerso en acusaciones de fraude en cuanto a su labor industrial⁷⁹. La entrega de las turbinas a la Demandante se habría producido a finales de la primavera de 2018, es decir, antes de que se tuviesen noticias del fraude perpetrado por el proveedor de a Demandada.
201. Cabe apuntar también la imposibilidad de la Demandada de determinar si la partida de acero dañada habría sido empleada en la fabricación de las dos turbinas adquiridas por la Demandante⁸⁰. Parece razonable exigir al comprador llevar un registro mínimo de la procedencia concreta de los materiales empleados para la fabricación de sus productos y si sería éste una circunstancia imputable a la Demandada. Sin embargo, en el supuesto de contar con el registro en cuestión, éste únicamente permitiría conocer de forma segura que la partida de acero empleada para la fabricación de las dos turbinas entregadas a la Demandante sería defectuosa. A efectos de determinar si existe o no el elemento de la previsibilidad del artículo 25 CISG, dado que no se conoció los problemas con el acero hasta después de haber entregado las turbinas, no sería relevante a este respecto.
202. Así, podemos encontrar algunos ejemplos en la jurisprudencia internacional. Uno de ellos sería el caso *FCF S.A. v. Adriafile Commerciale S.R.L.*⁸¹, en el cual la Corte Suprema de Suiza entendió que el demandado desconocía que la calidad del material sería tan esencial para el demandante, pues éste último habría rechazado el contrato si hubiera sabido de tal incumplimiento futuro.

⁷⁹ CE. 3, p. 14.

⁸⁰ CE. 3, p. 14.

⁸¹ Switzerland Supreme Court. *FCF S.A. v. Adriafile Commerciale S.R.L.* .2000.

203. Todo ello demuestra que no existió posibilidad racional de que la Demandada pudiese conocer que los materiales con los que se fabricaron las turbinas en cuestión presentaban cualquier tipo de defecto. Entiende este Tribunal que la Demandada habría actuado con una diligencia media esperada y, por ende, no resulta posible apreciar la existencia del elemento de la previsibilidad previsto por la CISG, lo cual impide a la Demandante exigir la sustitución de las dos turbinas.

VIII. LAUDO

POR TODO LO EXPUESTO, ESTE TRIBUNAL ARBITRAL ESTIMA Y DECIDE LO SIGUIENTE:

- Que sí tiene jurisdicción para poder conocer de la controversia suscitada entre HYDROEN PLC y TURBINAENERGIA LTD.
- Que acuerda excluir al Prof. John como experto perito propuesto por TURBINAENERGIA LTD.
- Que no ha existido incumplimiento por parte de TURBINAENERGIA LTD en relación al contrato de compraventa.
- Que, en el caso de apreciarse incumplimiento del contrato de compraventa, HYDROEN PLC no está legitimada para solicitar la sustitución de las dos Turbina Francis R-27V entregadas por TURBINAENERGIA LTD.
- Que se desestima cualquier otra petición formulada por las partes.

Lo dispuesto en este Laudo ha sido acordado por MAYORÍA y es de OBLIGADO cumplimiento por las Partes.

Lugar del arbitraje: Vindobona, Danubia

Fecha:

Dña. Claire Burdin

D. Pravin Deriaz

Dña. Viktoria Kaplan

BIBLIOGRAFÍA

- Analysis of the problem for the use of arbitrators.
- Arbitral Tribunal Ad Hoc. *Flughafen Zürich A.G. and Gestión e Ingeniería IDC S.A. v. Bolivarian Republic of Venezuela*. 2019.
- Arbitration Court (ad hoc). *Hrvatska Elektroprivreda v. Republic of Slovenia*. 2005.
- Corte Suprema di Cassazione (Italia). *Sport Italia v. Microsoft Corporation*. 2013.
- Corte Suprema Suiza Wire and Cable Case. 2004.
- Cour de Cassation (France). *Marques Roque Joachim v. Manin Riviere*. 1995.
- Cour de Cassation (France). *Mme. X c. société Dubus v. Banque Privée Edmond de Rothschild*. 2013.
- District Court Lugano (Switzerland). *Children's play structure case*. 2007.
- England and Wales High Court. *Deutsche Bank AG v. Tungku Harbour Public Company Ltd*. 2011.
- England and Wales High Court. *Pittalis v. Sherefettin*. 1986.
- English High Court. *NB Three Shipping v. Harebell Shipping*. 2004.
- Federal Arbitral Court for the Moscow District. *ING Bank NV v. Eurokommerz*. 2010.
- Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado. Principios Unidroit sobre los contratos comerciales internacionales. Roma, 2016.

- International Bar Association. Directrices sobre representación de las partes en el arbitraje internacional. Londres, 11 de junio de 1999.
- International Bar Association. Reglas sobre práctica de pruebas en el arbitraje comercial internacional. Londres, 11 de junio de 1999.
- LCIA. Normas de la Corte Internacional de Arbitraje de Londres. Londres, 2014.
- ONU. Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías. Viena, 11 de abril de 1980.
- ONU. Convención sobre el reconocimiento y la ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras. Nueva York, 1958.
- Permanent Court of Arbitration (PCA). *Mauritius v. United Kingdom*. 2011.
- Superior Court of Justice of Ontario. *Dulong v. Merrill Lynch Canada Inc.* 2006.
- Suprema Corte Federal Alemana. Argentinian Rabbit Case. 1969.
- Suprema Corte Federal Alemana. Belgian Pork Case. 2005
- Supreme Court of Hong Kong. *Fung Sang Trading Ltd. v. Kai Sun Sea Products & Food Co. Ltd.* 1992.
- Switzerland Commercial Court. *Saltwater isolation tank case*. 1995.
- Switzerland Supreme Court. *FCF S.A. v. Adriafile Commerciale S.R.L.* 2000.
- The problem.
- United States Court of Appeals for the Third Circuit. *First Options Chicago v. Kaplan*. 1995.

- United States Court of Appeals for the Third Circuit. *Harris v. Green Tree Financial*. 1999.

- United States District Court, N.D. Illinois, Eastern Division en Chicago Prime Packers v. Northam Food Trading. 2004.