

MEMORANDA DE CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA



EN NOMBRE DE:

**FRIGORÍFICO DEL
ATLÁNTICO S.A.**

Calle 54 N° 123, de la ciudad de Puerto Madre,
capital del Estado de Costa Dorada

DEMANDADA

EN CONTRA DE:

**IMPORTADORA DE
MARMITANIA S.A.**

Avenida Costanera, N° 2354, de la ciudad de
Peonia, capital de Marmitania

DEMANDANTE

ABOGADOS:

JORGE RODRÍGUEZ · VLADIMIR ALVARADO · CESAR ARTIGA
ALFREDO BONILLA · LUIS MARIO CORLETTI · JOSE ROBERTO DIAZ
HERMAN DUARTE · JOSE MANUEL IRAHETA
ELISA MENJIVAR · GUILLERMO MIRANDA · ROBERTO MIRANDA
HAZEL PINTO · DANIELLA RIVAS · DIEGO ALCAINE

TABLA DE CONTENIDOS

LISTADO DE ABREVIATURAS	4
LISTADO DE AUTORES	5
Listado de Casos	10
HECHOS	13
PARTE PROCESAL	16
ASUNTO 1: El Arbitraje no es procedente porque la cláusula arbitral ha sido resuelta	16
1.1 El documento que contenía la cláusula arbitral fue resuelto en su totalidad.....	16
1.2 No era necesaria una expresa manifestación de voluntad para resolver la cláusula arbitral.....	17
1.3 La resolución afecta de forma directa e individual a la cláusula arbitral.....	19
1.4 Al no existir cláusula arbitral los árbitros deben de declararse incompetente.....	20
Conclusión Asunto 1.....	21
ASUNTO 2: LA CONTROVERSIA NO SE ENCUENTRA DENTRO DEL ALCANCE DE LA CLÁUSULA ARBITRAL	22
2.1 Importancia de atender al alcance de la cláusula arbitral.....	22
2.2 La cláusula arbitral debe interpretarse estrictamente.....	24
2.3 Debe respetarse el principio pacta sunt servanda.....	25
Conclusión Asunto 2.....	25
ASUNTO 3: LA CLÁUSULA ARBITRAL NO ES APLICABLE	26
Conclusión Asunto 3.....	28

ASUNTO 4: NO SE HAN AGOTADO LAS ETAPAS PREVIAS AL	
ARBITRAJE.....	28
4.1 No se ha cumplido el requisito de la negociación directa entre las partes.....	29
4.2 La mediación también debe agotarse, atendiendo a la finalidad de los métodos alternos de resolución de disputas.....	30
Conclusión Asunto 4.....	32
PARTE SUSTANTIVA.....	32
ASUNTO 1: EL CONTRATO SE RESOLVIÓ EL 1 DE FEBRERO.....	32
1.1 En comunicación del 1 de febrero, la DEMANDANTE resolvió el contrato unilateralmente.....	32
1.2 IMSA tenía toda la intención de resolver.....	33
1.3 La resolución fue válida por existir un riesgo patente.....	36
Conclusión Asunto 1.....	38
ASUNTO 2: SI EL TRIBUNAL ARBITRAL SOSTIENE QUE EL	
CONTRATO SIGUE SIENDO VÁLIDO, LA DEMANDANTE INCURRIÓ	
EN UN INCUMPLIMIENTO ESENCIAL DEL CONTRATO.....	39
2.1 En la cláusula tres del contrato se pactó una condición esencial a favor de la DEMANDANDA.....	39
2.2 IMSA incumplió con el plazo esencial pactado.....	43
2.2.1 Al no cumplirse la nominación el 18 de febrero, no puede esperarse un cumplimiento futuro por parte de IMSA.....	43
2.2.2 La nominación del 26 de febrero por parte de IMSA no se ajusta a los diez días necesarios para que FASA pudiera cumplir con la entrega.....	45
2.3 IMSA pudo haber cumplido e intencionalmente decidió no hacerlo....	45

2.3.1 IMSA tenía que cumplir con sus obligaciones de nominar el buque con independencia de la prohibición a las exportaciones..... 46

Conclusión Asunto 2..... 47

PETITORIO..... 48

LISTADO DE ABREVIATURAS

§/ ¶ Párrafo

Art./Arts. Artículo / Artículos

Cap./ Capítulo

CCI Cámara de Comercio Internacional

CISG Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías de 1980

DEMANDANTE Importadora de Marmitania S.A.

DEMANDADA Frigorífico del Atlántico S.A.

Doc./Docs. Documento/Documentos

FASA Frigorífico del Atlántico S.A.

IMSA Importadora de Marmitania S.A.

Ley Modelo Ley Modelo de la UNCITRAL para el Arbitraje Comercial Internacional

No./Nos. Número/Números

Pág./Págs. Página/Páginas

PECL Principles of European Contract Law

RAE Real Academia Española

SCG Secretarial Comentary Guide to the CISG

UBA Memorial de Demanda, Universidad de Buenos Aires

UNCITRAL United Nations Commission on International Trade Law

UNCITRAL DIGEST UNCITRAL Digest of case law on the United Nations Convention on the International Sale of Goods. A/CN.9/SER.C/DIGEST/CISG/33 [8 June 2004]

UNIDROIT International Institute for The Unification Of Private Law.

UPICC UNIDROIT Principles of International Convention of Contracts

LISTADO DE AUTORES

Barona Vilar, Silvia (Coordinadora)

Comentarios a la ley de arbitraje (Ley 60/2003, de 23 de diciembre)

Publicación: Thomson Aranzadi

Citado como: **Barona**

Citado en: §3, 7, 10, 10, 35

Bennet, Trevor

Bianca-Bonell Commentary on the International Sales Law

Publicación: Giuffrè, Milan (1987)

Disponible en: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/bennett-bb72.html>

Citado como: **Bennet**

Citado en: §69

Bonell, Michael Joachim

Commentary on the International Sales Law

Publicación: Giuffrè, Milan (1987)

Disponible en: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/bonell-bb6.html>

Citado como: **Bonell**

Citado en: §79

Cabanellas, Guillermo

Diccionario Enciclopédico de Derecho Común 23° Edición

Publicación: Editorial HELIASTAR S.R.L

Citado como: **Cabanellas**

Citado en: §27

Cordero Alvarez, Clara Isabel

El arbitraje comercial internacional y la litispendencia jurisdiccional

Publicación: Anuario jurídico y económico escurialense

Citado como: **Cordero**

Citado en: §35

Fansworth, Allan

Bianca-Bonell Commentary on the International Sales Law, Giuffrè: Milan (1987) 95-102

Publicación: Dott. A Giuffrè Editore, S.p.A.

Disponible en: <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/farnsworth-bb8.html>

Citado como: **Fansworth**

Citado en: §56

Fernández Rozas, José Carlos

El Convenio Arbitral: Entre la Estabilidad y El desatino, Estudios de Arbitraje

Publicación: Jurídica de Chile

Citado como: **Fernández**

Citado en: §28, 32, 34

Fouchard, Philippe / Gaillard, Emmanuel / Goldman, Berthold

Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration

Publicación: Kluwer Law International

Citado como: **Fouchard/Gaillard/Goldman**

Citado en: §6, 7, 7, 8, 9, 9, 13, 14, 15, 22, 25, 32, 37

Graffi, Leonardo

Case Law on the Concept of "Fundamental Breach" in the Vienna Sales Convention

Publicación: International Business Law Journal (2003) No. 3, Págs. 338-349

Disponible en: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/graffi.html>

Citado como: **Graffi**

Citado en: §71, 74

Honnold, John O.

Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention, 3rd ed.
(1999)

Publicación: American Society of International Law

Disponible en: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/honnold.html>

Citado como: **Honnold**

Citado en: §56, 57, 60, 73

Koch, Robert

The Concept of Fundamental Breach of Contract under the United Nations Convention
on Contracts for the International Sale of Goods

Publicación: Review of the Convention on Contracts for the International Sale of Goods
(CISG) (1998), Kluwer Law International (1999)

Disponible en: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/koch.html>

Citado como: **Koch**

Citado en: §76, 89

Lew, Julian D.M. / Mistelis, Loukas A. / Kröll, Stefan

Comparative International Commercial Arbitration

Publicación: Kluwer Law International

Citado como: **Lew/Mistelis/Kröll**

Citado en: §18, 42, 48, 48

Liu, Chengwei

EFFECTS OF AVOIDANCE: Perspectives from the CISG, UNIDROIT

Disponible en: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/liu12.html>

Citado como: **Chengwei**

Citado en: §51

Remedies for Non-performance: Perspectives from CISG, UNIDROIT Principles & PECL

Disponible en: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/chengwei.html#intro>

Citado como: **Chengwei2**

Citado en: §71, 75, 77, 78, 79, 86

Additional Period (Nachfrist) for Late Performance: Perspectives from the CISG, UNIDROIT Principles, PECL and Case Law - 2nd edition: Case annotated update (March 2005)

Disponible en: <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/farnsworth-bb8.html>

Citado como: **Chengwei3**

Citado en: §83, 84

Lookofsky, Joseph

The 1980 United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (1984)

Publicación: J. Herbots editor / R. Blanpain general editor

Disponible en: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/lookofsky.html>

Citado como: **Lookofsky**

Citado en: §51, 55, 68, 89, 94

Merino Merchán, José F. / Chillón Medina, José M.

Tratado de Derecho Arbitral 3ra Edición

Publicación: Thomson Civitas

Citado como: Merino/Chillón

Citado en: §3, 10, 16

Perales Viscasillas, Maria del Pilar

El contrato de compraventa internacional de mercancías, 2001

Publicación: M^a del Pilar Perales Viscasillas (2001)

Disponible en: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/perales1.html>

Citado como: **Perales Viscasillas**

Citado en: §67, 52, 55, 56, 58, 60, 64, 70

Redfern, Alan / Hunter, Martin

Law and Practice of International Commercial Arbitration

Publicación: Sweet & Maxwell

Citado como: **Hunter/ Redfern**

Citado en: §18, 20, 23, 45

Schlechtriem, Peter

Uniform Sales Law - The UN-Convention on Contracts for the International Sale of Goods

Publicación: Manz, Vienna (1986)

Disponible en: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/schlechtriem.html>

Citado como: **Schlechtriem**

Citado en: §66

Ziegel, Jacob

Report to the Uniform Law Conference of Canada on Convention on Contracts for the International Sale of Goods, Comment on Art. 72

Disponible en: <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/wais/db/articles/english2.html>

Citado como: **Ziegel**

Citado en: §56, 66, 95

Listado de Casos

Alemania

Appellate Court Düsseldorf, 21 de abril 2004.

Disponible en: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/040421g3.html>

Citado como: **Düsseldorf (Alemania, 2004)**

Citado en: §80

Appellate Court Frankfurt, 17 de septiembre de 1991

Disponible en: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/910917g1.html>

Citado como: **Frankfurt (Alemania, 1991)**

Citado en: §89

Austria

Oberster Gerichtshof - Supreme Court, 29 de junio de 1999.

Disponible en:

<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/990629a3.html>

Citado como: **(Austria, 1999)**

Citado en: §51

CA Paris, le Ch. supp., July 11, 1980, Japan Time v. Kienzle France, No. H2827, 1987 REV. ARB. 225, 232-33

Citado como: **Japan Time v. Kienzle France**

Citado en: §13

Cass. Le civ., Dec. 14, 1983, Epoux Convert v. Droga, 1984 REV. ARB. 483, and M.-C. Rondeau-Rivier's note; JCP, Ed. G., PT. IV, at 60 (1984)

Citado como: **Epoux Convert v. Droga**

Citado en: §14

CCI

International Court of Arbitration, 18 de agosto de 1987

Disponible en: http://tldb.uni-koeln.de/php/pub_show_content.php?page=pub_show_document.php&pubdocid=205485&pubwithtoc=ja&pubwithmeta=ja&pubmarkid=919000

Citado como: **CCI, N°5485**

Citado en: §12

Estados Unidos

The Tenth Court of Appeals Texas, 1 de junio de 2005.

Disponible en: <http://bulk.resource.org/courts.gov/states/Tex.App.10/6546.html>

Citado como: **Texas (EE.UU, 2000)**

Citado en: §2

Francia

Appellate Court Grenoble, 22 de febrero de 1995. BRI Production "Bonaventure" v. Pan African Export

Disponible en: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/950222f1.html>

Citado como: **BRI Production "Bonaventure" v. Pan African Export**

Citado en: §76

Reino Unido

Queen's Bench Division, 6 de junio 1871.

Disponible en:
http://lawprc.com/HK_Contract_Law/HK_Contract_Law_Casenotes/Smith_v_Hughes.html

Citado como: **Smith vs Hughes**

Citado en: §56

Pennzoil Company v. Arnold Oil Company, 30 S.W.3d 494, 498 (Tex. App.--San Antonio 2000, orig. proceeding)

Citado como: **Pennzoil Company v. Arnold Oil Company**

Citado en: §19

Suiza

Commercial Court Zürich, 10 de julio de 1996

Disponible en: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/960710s1.html>

Citado como: **Zürich (Suiza, 1996)**

Citado en: §81

Civil Court Basel, 1 de marzo de 2002

Disponible en: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/020301s1.html>

Citado como: **Basel (Suiza, 2002)**

Citado en: §91

HECHOS

DEMANDANTE	Importadora de Marmitania S.A. (IMSA), empresa que se dedica principalmente a la importación de productos alimenticios, para la posterior reventa del producto a cadenas de supermercados, y que funge el rol de compradora en el contrato.
DEMANDADO	Frigoríficos del Atlántico S.A. (FASA), del domicilio de Costa Dorada, que se encarga de la captura y procesamiento de productos del mar, vendedora en el contrato.
1 Agosto 2006	FASA dirige a IMSA una oferta irrevocable específica en cuanto a mercadería, cantidad y precio por el que, como oferente, mostraba la intención de quedar obligado. Además, la cláusula 3, establece el plazo de hasta el 28 de febrero para cumplir con la obligación de entrega de la mercadería, y se pacto como condición esencial del contrato la nominación del buque por parte de IMSA con al menos 10 días de antelación a su llegada [Doc. No. 1] . Asimismo, se establece una cláusula arbitral sobre la interpretación o ejecución de contrato, preexistiendo negociaciones directas o mediación, sometidos al reglamento de la UNCITRAL.
4 Agosto 2006	IMSA recibe la comunicación.
7 Agosto 2006	IMSA contesta aceptando la oferta irrevocable, perfeccionando el contrato [Doc. No. 2] .
10 Agosto 2006	FASA recibe dicha aceptación.
22 Noviembre 2006	Por medio de la ley N. 54/2006 se declara una prohibición a la exportación de merluzas en todas sus formas en un plazo de noventa días prorrogables (éste plazo termina el 20 de febrero de 2007) [Doc. No. 3] .
14 Diciembre 2006	IMSA expresa su conocimiento sobre la veda a la exportación y muestra su preocupación, por vía epistolar, por haber cerrado un contrato de reventa con Sur. S.A. en el que se obliga a entregar la merluza el día 16 de marzo de 2007 [Doc. No. 4] .
22 Diciembre 2006	FASA responde confirmando la existencia de dicha ley, dejando claro que no es preocupante, pues FASA tiene stock suficiente y confía en que el gobierno no prorrogará, por lo que el cumplimiento de la obligación no está en riesgo [Doc. No. 5] .

- 1 Enero 2007** IMSA, manifestando los motivos de su preocupación, muestra su intención de acordar con FASA la resolución del contrato **[Doc. No. 6]**.
- 5 Enero 2007** FASA acusa de recibo la carta anterior y enfatiza la seguridad que tiene en que el gobierno no prorrogará, expresa que el Directorio de FASA rechaza terminantemente cualquier resolución del contrato y señala que deben cumplir la obligación de nominar el buque **[Doc. No. 7]**.
- 12 Enero 2007** IMSA, lamentando la respuesta anterior, expresa su incomodidad detallando las condiciones (y posibles pérdidas) de su contrato con Sur S.A. e insiste en su intención de resolver el contrato **[Doc. No. 8]**.
- 22 Enero 2007** FASA reitera que ha recibido promesa verbal de fuentes cercanas al gobierno que aseguran que no habrá prórroga y ratifica la “indeclinable voluntad” de cumplir con el contrato existente **[Doc. No. 9]**. Asimismo, FASA ratifica su postura de apegarse a los términos del contrato e insiste que IMSA cumpla con lo suyo(nominar el buque.)
- 1 Febrero 2007** IMSA, por medio ahora de su gerente de asuntos legales, Roberto Esteban Izquierdo, resuelve el contrato de manera unilateral **[Doc. No. 10]**.
- 5 – 23 Febrero 2007** FASA guarda silencio.
- 20 Febrero 2007** Mediante el Decreto 432/2007 el gobierno confirma la no prorrogación de la veda a la exportación, pero sí prorroga el precio máximo, dejando el precio de mercado para la exportación por encima de los U\$S 6,00 **[Doc. No. 11]**.
- 23 Febrero 2007** IMSA, reanuda comunicaciones del contrato ya resuelto por su gerente legal, y procede a nombrar el buque Poseidón, que arribará a Puerto Madre el 2 de Marzo de 2007, un periodo totalmente fuera de los plazos. FASA pone a disposición la carta de crédito para efectuar el pago, pagadera el 28 de febrero de 2007**[Doc. No. 12]**.
- 26 Febrero 2007** FASA rechaza la comunicación por que estar resuelto el contrato desde el día 1 de febrero y declara que no procederá a la entrega. **[Doc. No. 13]**.
- 2 Marzo 2007** IMSA comunica por medio de acta notarial que el buque Poseidón se encuentra en el Puerto. FASA reiterara lo dispuesto en la correspondencia previa. La mercadería no se entrega. **[Doc. No. 14]**.
- 8 Marzo 2007** IMSA, por medio de telegrama internacional, envía otro comunicado de resolución del contrato **[Doc. No. 15]**.

- 12 Marzo 2007** FASA rechaza la comunicación por improcedente, ya que el contrato fue resuelto en 1 Febrero, además señala el incumplimiento del plazo para nominar el buque el cual habría incurrido IMSA de haber estado vigente el contrato **[Doc. No. 16]**.
- 22 Marzo 2007** IMSA da por cerrado todo intercambio epistolar **[Doc. No. 17]**.
- 31 Marzo 2007** Los presidentes de ambas empresas intentan resolver el diferendo por medio de negociación directa sin llegar a un acuerdo.
- 24 Abril 2007** IMSA remite notificación de arbitraje, anticipando su petición de declaración de incumplimiento de contrato por parte de FASA debido a la no entrega de la mercadería y que se condene a FASA a pagar la indemnización derivada de dicho incumplimiento. Además, se hace la designación del arbitro Dr. José María del Horno **[Doc. No. 18]**.
- 24 Mayo 2007** FASA inadmite la solicitud de arbitraje negando el incumplimiento del contrato y señalando que él mismo había sido resuelto unilateralmente por IMSA, misma que no había respetado los plazos establecidos en el contrato. Asimismo, se fundamentó la oposición al arbitraje en el incumplimiento del trámite previo de negociación, además de alegar la extinción de la cláusula arbitral como efecto de la resolución del contrato **[Doc. No. 19]**.
- 4 Junio 2007** IMSA solicita al Secretario General del Tribunal Permanente de Arbitraje de La Haya, el nombramiento del árbitro que omitió designar FASA.
- 28 Junio 2007** Secretario General del Tribunal Permanente de Arbitraje de La Haya, designa el presidente de la Cámara de Comercio de Costa Dorada como autoridad nominadora.
- 3 Julio 2007** IMSA solicita la designación del árbitro que omitió nombrar FASA al presidente de la Cámara de Comercio de Costa Dorada.
- 31 Julio 2007** El presidente de la Cámara de Comercio de Costa Dorada comunica a las partes la designación del Dr. Gustavo Ramondegui como árbitro
- 13 Agosto 2007** Los co-árbitros designados nombran a la Dra. María del Carmen Prieto como presidenta del tribunal.
- 29 Agosto 2007** Se declara formalmente constituido el tribunal y se fijan 20 días hábiles para la presentación de la demanda arbitraje.

PARTE PROCESAL

ASUNTO 1: El Arbitraje no es procedente porque la cláusula arbitral ha sido resuelta

1. El proceso arbitral que la DEMANDANTE desea iniciar es claramente improcedente porque no existe un convenio arbitral que sirva de base para la jurisdicción del Tribunal Arbitral. Como veremos a continuación, tanto el contrato como la cláusula arbitral celebrada por el DEMANDANTE y el DEMANDADA fueron resueltos en su totalidad. Si bien inicialmente existió un convenio arbitral, este ha dejado de existir. Ello haría claramente improcedente a este proceso arbitral y, por ende, llevarlo a cabo significaría un gasto de dinero y de tiempo para ambas partes.

1.1. El documento que contenía la cláusula arbitral fue resuelto en su totalidad

2. Tanto la DEMANDANTE como la DEMANDADA suscribieron un documento que contenía un contrato de compraventa de merluza y una cláusula arbitral **[Doc. No 1]**. El contrato se perfeccionó con el consentimiento expreso de las partes, por lo que podemos afirmar que inicialmente sí existió un convenio arbitral que podría haber sustentado un reclamo vía arbitral. Sin embargo, el primero de febrero el contrato fue resuelto por la DEMANDANTE, lo cual hizo perecer tanto el contrato de compraventa de Merluza como la cláusula arbitral **[Doc. No 10]**.

3. Es muy conocido por la doctrina la importancia del convenio arbitral, al punto de considerarlo como la neurona del arbitraje. Este constituye una pieza esencial de la jurisdicción arbitral, su motor de arranque **[Merino/Chillón, Pág. 249]**. Por ello es que sin convenio arbitral no hay arbitraje **[Barona, Pág. 316]**.

1.2. No era necesaria una expresa manifestación de voluntad para resolver la cláusula arbitral

4. Cuando la DEMANDANTE resolvió el contrato **[Doc. No 10]**, no hizo mención expresa respecto de la cláusula arbitral. Sin embargo, bastó con esta manifestación de su voluntad para que se entienda resuelto no solo el contrato principal, sino también la cláusula arbitral.

5. La DEMANDANTE alega que debido al principio de separabilidad, el convenio arbitral es un contrato separado, por lo que el convenio sobrevive a la resolución del contrato. No obstante, como a continuación se comprobará, dichos argumentos distan de ser correctos.

6. El principio de la autonomía de la cláusula arbitral es el que permite que esta reciba un tratamiento separado del contrato en el que se encuentra inserta. Esto acarrea dos efectos principales. Por un lado, el estado del contrato principal no afecta al convenio arbitral; por el otro, que dicho convenio puede ser gobernado por una ley distinta a la que regula el contrato principal. Sin embargo, dicha autonomía del convenio arbitral es un concepto legal y no una determinación de hecho **[Fouchard/Gaillard/Goldman, Pág. 209]**. Esto significa que a pesar que al convenio arbitral se le considera como un contrato separado, en realidad no pierde su carácter de cláusula cuando se encuentra inserto en un contrato principal, si no que dicha separación solo es con el fin que se produzcan ciertas consecuencias legales explicadas anteriormente.

7. El hecho que la autonomía del convenio arbitral no sea una determinación de hecho implica que el consentimiento al momento de celebrar la cláusula no es un aspecto separado en relación al contrato principal **[Fouchard/Gaillard/Goldman, Pág. 198]**. La autonomía del convenio arbitral no implica que al momento de celebrar el contrato, aquella deba de ser aceptada separadamente. La firma en un contrato que contiene una cláusula arbitral implica una aceptación del contrato principal y de la cláusula **[Fouchard/Gaillard/Goldman, Pág. 428]**. Ciertos autores refuerzan esta idea al manifestar que, aunque el contrato principal y la cláusula sean hipotéticamente separables, cuando la sumisión a arbitraje se constituye en una cláusula arbitral

contenida en un contrato, como en el presente caso, no se requiere de una específica manifestación de voluntad **[Barona, Pág. 323]**. Lo que afirma la doctrina es perfectamente lógico y razonable ya que cuando las partes subscriben un determinado contrato y prestan su consentimiento, en ningún momento realizan una manifestación de voluntad separada respecto de la cláusula arbitral, sino que con una sola firma del documento se entiende aceptada la cláusula arbitral.

8. Si es claro que el consentimiento al momento de celebrar la cláusula arbitral no es independiente y no implica una expresa manifestación de voluntad, tampoco la manifestación al momento de resolver la cláusula arbitral tiene que ser separada. No existe ningún argumento válido para afirmar que la DEMANDANTE solo tenía la intención de resolver el contrato principal. Si la DEMANDANTE resuelve el contrato es lógico afirmar que esta deseaba resolver todo el contrato y no solo alguna de sus partes, por lo que la resolución no es un aspecto que sea separable. Es más, la DEMANDANTE expresó mediante documento que esta se consideraba exonerada y liberada de sus obligaciones contractuales en relación con el contrato de venta de merluza celebrado en el mes de agosto **[Doc. No. 10]**. Es conocido por la doctrina que el convenio arbitral también produce obligaciones contractuales, más específicamente la obligación de someter a arbitraje todas las disputas cubiertas por el acuerdo arbitral (*Pacta sunt Servanda*) **[Fouchard/Gaillard/Goldman, Pág. 382]**. Si la DEMANDANTE uso un lenguaje genérico al decir que se consideraba exonerada de sus obligaciones contractuales, esto incluye también las obligaciones generadas del acuerdo arbitral.

9. Un ejemplo análogo que nos puede ilustrar que el convenio arbitral y el contrato no son separables en el consentimiento es la cesión del contrato a una tercera persona. La cesión del contrato principal a una tercera persona también puede crear la interrogante, al igual que con la resolución, de si es necesario hacer una manifestación expresa respecto de la cláusula arbitral, para que dicha figura produzca sus efectos jurídicos. Al tratar este punto, la doctrina manifiesta que al aceptar la cesión de un contrato que contenga una cláusula arbitral, salvo indicación en contrario, el cesionario acepta el contrato en conjunto, incluyendo la provisión de resolución de controversias **[Fouchard/Gaillard/Goldman, Pág. 428]**. Esto se debe a que el principio de autonomía

de la cláusula arbitral no requiere prueba de que las partes tienen dos intenciones separadas, una respecto del contrato principal y otra respecto de la cláusula arbitral **[Fouchard/Gaillard/Goldman, Pág. 428]**.

10. Otros autores manifiestan que si el convenio se ha plasmado en un acuerdo independiente al contrato principal, sí será necesaria de este tercero una manifestación de aceptación de la sumisión a arbitraje, para que se vea vinculado. Pero si el convenio arbitral se ha plasmado en una cláusula del contrato principal, basta la modificación subjetiva del contrato principal, para que podamos hablar de voluntad de someterse a arbitraje **[Barona, Pág. 325]**. Cuando se trata de forma específica el tema de la cesión del contrato principal, Barona manifiesta que la cesión del contrato principal implica la cesión de todo su contenido, sin que fuera necesaria en absoluto la manifestación individualizada de esta o aquella cláusula **[Barona, Pág. 342]**. En el mismo sentido además se expresan los autores Merino y Chillón **[Merino/Chillón Pág. 1291]**.

11. Estos ejemplos nos pueden ayudar a establecer una regla general. Cuando el convenio arbitral forma parte de una cláusula arbitral, cualquier tipo de modificación o terminación del contrato que provenga de la voluntad de la partes afecta al contrato en general, sin que sea necesario una manifestación expresa respecto de la cláusula arbitral. Esto también aplica para resoluciones como la que realizó la DEMANDANTE el primero de febrero. El principio de autonomía del convenio arbitral no tiene relevancia en situaciones como la resolución del contrato, ni tiene que llevarnos a la conclusión de que la cláusula arbitral debe ser resuelta expresamente.

1.3. La resolución afecta de forma directa e individual a la cláusula arbitral

12. Uno de los efectos del principio de separabilidad es que el estado del contrato principal no afecta el estado del convenio arbitral. Afirmar que el convenio arbitral ha quedado extinguido debido a que el contrato principal se extinguió sería atentar claramente contra dicho principio; sin embargo, en el presente caso la resolución afectó de forma individual y directa a la cláusula arbitral.

13. La doctrina ha reconocido que existen circunstancias en que un solo evento puede afectar la existencia o incluso la validez tanto del contrato como de la cláusula arbitral. Si el evento que causa que el contrato principal sea nulo o inexistente, también afecta la cláusula arbitral (consentimiento inválido, por ejemplo), ambos deben de ser declarados nulos, y el resultado es que los árbitros estarán inhabilitados para conocer otros aspectos de la disputa **[Fouchard/Gaillard/Goldman, Pág. 201]**. Estos ejemplos pueden ser aplicados analógicamente para ilustrarnos sobre los efectos de una resolución sobre el documento que contiene el contrato principal y la cláusula arbitral. En el presente caso se puede ver que la intención de las partes es de resolver el documento entero, y por ende extinguir todo tipo de vinculación contractual entre ambas partes, por lo que la cláusula arbitral fue extinguida junto con el contrato principal. Existen antecedentes jurisprudenciales en los cuales se le ha denegado existencia al convenio arbitral **[Japan V. Kienzle France]**, lo cual es procedente en este caso porque a pesar de que no hablamos de una inexistencia inicial (*ab initio*), la cláusula arbitral ha dejado de existir porque fue resuelta.

14. En un antecedente jurisprudencial, *la cour de cassation*, al enfrentarse ante un caso en el que se cuestionaba la validez de la cláusula arbitral, según el principio de separabilidad, esta manifestó que en algunas ocasiones el principio de la autonomía de la cláusula arbitral es irrelevante. Tal irrelevancia ocurre si la validez de convenio arbitral no es cuestionada en base a los defectos del contrato principal **[Expoux Convert v. Droga]**. Esta irrelevancia del principio de separabilidad en esos casos se debe a que dicho principio no requiere prueba de dos intenciones distintas de las partes, una respecto de la cláusula arbitral y otra respecto del contrato principal **[Fouchard/Gaillard/Goldman, Pág. 428]**. Por los motivos explicados anteriormente, no era necesario resolver de forma expresa la cláusula arbitral.

1.4. Al no existir cláusula arbitral los árbitros deben de declararse incompetente

15. Debido a la gran importancia del convenio arbitral en el proceso arbitral, a falta de este los árbitros carecen de jurisdicción y por ende deben de declararse incompetentes. Los árbitros solo deben declinar su jurisdicción si ellos encuentran que

el convenio arbitral por si mismo es nulo o inexistente **[Fouchard/Gaillard/Goldman, Pág. 200]**. En adición a estos supuestos debemos incluir que el Tribunal Arbitral se debe declarar incompetente cuando este encuentre que el convenio arbitral ha sido resuelto por si mismo, puesto que dicho convenio ha dejado de existir.

16. Es bien conocido en materia arbitral el principio de *Kompetence-Kompetence*, según el cual los árbitros tienen la facultad de juzgar su propia competencia. Sin embargo, esta facultad de juzgar su propia competencia, también incluye la facultad de declararse incompetentes. Con relación a determinar su propia competencia, el Tribunal Arbitral está facultado para resolver dicho aspecto ya que la intención de las partes es alejar cualquier tipo de solución de la sede judicial. El convenio arbitral produce en el plano procesal, correlativamente la competencia de los árbitros, lo que lleva implícito el poder para juzgar acerca de su propia competencia” **[Merino/Chillón Pág. 1313]**

17. El presente Tribunal Arbitral no solo tiene plena capacidad para declararse incompetente, sino que además puede resolver todas las cuestiones que afecten su competencia como una cuestión previa. Esta facultad le está reconocida expresamente por el reglamento de la UNCITRAL en el artículo 21.4, e incluso la ley modelo de la UNCITRAL lo reconoce en su artículo 16.3. En el presente caso es conveniente que el Tribunal Arbitral utilice ejerza esta facultad para declararse incompetente como cuestión previa, puesto que sería un desgaste de tiempo y dinero para la partes desarrollar un proceso arbitral cuando los árbitros carecen de jurisdicción. El Tribunal Arbitral no solo puede conocer como cuestión previa la referente a la resolución de la cláusula arbitral, sino que, además, las siguientes alegaciones que desarrollaremos a continuación que también afectan su jurisdicción.

Conclusión Asunto 1

No existe un convenio arbitral valido que pueda dotar de jurisdicción a los árbitros por lo que el proceso arbitral es claramente improcedente. En el presente caso para que la resolución abarque la cláusula arbitral no era necesario que se resolviera expresamente dicha cláusula. La resolución afecta individualmente el convenio arbitral, por lo que el convenio arbitral no se extinguió porque el contrato principal se haya extinguido, sino

porque dicho evento afecta tanto al contrato como al convenio arbitral. Como consecuencia de que la cláusula ha dejado de existir, el tribunal carece de jurisdicción, por lo que es procedente que los árbitros declinen de su jurisdicción. Los árbitros deben declararse incompetentes como una cuestión previa y no hasta el laudo final, para que no se produzca un gasto innecesario de tiempo y dinero.

ASUNTO 2: LA CONTROVERSIA NO SE ENCUENTRA DENTRO DEL ALCANCE DE LA CLÁUSULA ARBITRAL

2.1 Importancia de atender al alcance de la cláusula arbitral

18. Anteriormente se constató que la cláusula arbitral fue resuelta. Sin embargo, aún cuando esta alegación no fuere estimada por el Tribunal Arbitral, la controversia no se encuentra dentro del alcance de la cláusula arbitral. El acuerdo arbitral tiene como finalidad la de otorgarle jurisdicción al Tribunal Arbitral. Es decir, se pretende que este decida sobre todas y cada una de las controversias que queden comprendidas en el ámbito de dicho acuerdo [**Hunter/Redfern, Pág. 247**]. De esta forma, deben identificarse las disputas que las partes han convenido en someter a conocimiento del Tribunal Arbitral [**Lew/ Mistelis/ Kroll, Pág. 167**].

19. Por consiguiente, para que la DEMANDANTE pueda iniciar un proceso arbitral debe existir un convenio arbitral en el que ambas partes así lo hayan consentido. De esta forma, *las peticiones de la demanda deben encontrarse dentro del ámbito de aplicación del acuerdo arbitral* [**Pennzoil Company v. Arnold Oil Company**]. Por lo tanto, para determinar si una petición entra o no en el alcance del convenio arbitral se deben tomar en cuenta los términos establecidos en dicho acuerdo, ya que el mismo cuenta con la aquiescencia inequívoca de ambas partes [**Docs. Nos. 1 y 2**].

20. En la cláusula pactada entre la DEMANDADA y la DEMANDANTE, es evidente que las partes no pretendían incluir la indemnización por daños y perjuicios entre las pretensiones que pudieran ser sometidas al conocimiento del Tribunal Arbitral. Prueba de ello es que las cláusulas modelos, por lo general, utilizan expresiones amplias. Para el caso, la UNCITRAL establece el siguiente modelo de cláusula arbitral: “*todo litigio,*

controversia o reclamación resultante de este contrato, su incumplimiento, resolución o nulidad, se resolverá mediante arbitraje". Por lo tanto, estas cláusulas modelo comprenden un amplio margen de supuestos en los que el Tribunal Arbitral tendrá jurisdicción. Sin embargo, *cuando las partes pactan el convenio arbitral en otros términos, debe considerarse que estas pretendieron imponer algún tipo de limitación a la clase de controversias que debían someter a arbitraje* [Hunter/Redfern, Pág. 246].

21. En este orden de ideas, es claro que si la intención de las partes hubiese sido que la cláusula incluyera una extensa gama de controversias, la habrían redactado en los términos amplios, tal como en las cláusulas modelos. Sin embargo, las partes no la redactaron de esa forma; por el contrario, especificaron su voluntad de someter a la jurisdicción de los árbitros solamente lo referente a la *interpretación* y a la *ejecución* del contrato principal, limitando así el alcance de la cláusula.

22. Así, si las controversias suscitadas en el presente caso son completamente ajenas a las acordadas por las partes en el convenio arbitral, la pretensión no debe someterse a un proceso arbitral, salvo que las partes así lo dispongan en un acto posterior. Admitir lo contrario implicaría ir en contra de la voluntad de las partes. Se va en contra del principio de buena fe contractual [Fouchard/Gaillard/Goldman, Pág. 257], ya que, para el presente caso, tanto la DEMANDADA como la DEMANDANTE *delimitaron el alcance del acuerdo arbitral a la interpretación o ejecución del contrato* [Doc. No. 1]. Por ende, no se puede colegir que este tipo de controversia se encuentre dentro del ámbito de aplicación de la cláusula, dado que en ningún momento fue esta la intención de las partes.

23. Si el Tribunal Arbitral conoce de controversias que se encuentran fuera del alcance del convenio arbitral, este correría el riesgo de que se niegue el reconocimiento y la ejecución del laudo [Hunter/Redfern, Pág. 246]. Esto se encuentra establecido en el Art. V.1 (c) de la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales (Convención de Nueva York), la cual señala que puede negarse el reconocimiento y la ejecución del laudo arbitral si se demuestra que *"la sentencia se refiere a una diferencia no prevista en el compromiso o no comprendida en las disposiciones de la cláusula compromisoria..."*. De igual manera, la Ley Modelo expresa en su Art. 34.2 que el laudo sólo podrá ser anulado por el Tribunal Arbitral

cuando la parte que interpone la petición pruebe que este “*se refiere a una controversia no prevista en el acuerdo de arbitraje...*”

24. Por tanto, lo que se pretende mediante el convenio arbitral es delimitar las atribuciones del Tribunal Arbitral. Queda a voluntad de las partes fijar las controversias que deseen someter a arbitraje. En consecuencia, para el caso en análisis, el ámbito de aplicación del acuerdo se limita a los términos de interpretación o ejecución del contrato, quedando fuera cualquier otro tipo de conflictos que se podrían presentar. En el siguiente apartado, se mencionan las razones por las cuales la indemnización por daños y perjuicios pedida por la DEMANDANTE no se encuentra dentro de la esfera de la *ejecución* ni de la *interpretación* del contrato.

2.2 La cláusula arbitral debe interpretarse estrictamente

25. La interpretación que se haga de la cláusula arbitral debe ser estricta, es decir, *debe atender precisamente a la voluntad de las partes que la han pactado*. Se afirma que *la jurisdicción conferida a los árbitros deberá estar limitada por el seguimiento de la clara intención expresada por las partes [en el convenio arbitral]* **[Fouchard/Gaillard/Goldman, Pág. 259]**.

26. En este caso, la voluntad, tanto de la DEMANDANTE como de la DEMANDADA, ha sido la de someter a arbitraje cualquier “diferencia o conflicto sobre la *interpretación o ejecución* del presente contrato” **[Doc. No. 1]**. Siguiendo una interpretación estricta, el Tribunal Arbitral no debe entrar a conocer sobre un aspecto indemnizatorio, pedido en este caso por la DEMANDANTE, pues esta materia no encaja en ninguno de los dos supuestos para los cuales se pactó el convenio arbitral.

27. La expresión “*ejecución del presente contrato*” debe entenderse como *el cumplimiento de la obligación contractual*. Por “*ejecución*” se entiende “*efectuación, realización; manera de ejecutar algo, de llevarlo a la práctica o de ponerlo por obra*” **[Cabanellas, pág.382]**. Así, de lo que se trata con la *ejecución* es de la realización de las prestaciones respectivas por las partes contratantes. En consecuencia, la DEMANDANTE, al petitionar una indemnización por daños y perjuicios, se extralimita del ámbito de “*ejecución*” estipulado en el convenio arbitral, pues tal petición no tiene como objeto el cumplimiento de obligación nacida directamente del contrato principal.

28. En adición a lo anterior, se debe destacar que una interpretación estricta es necesaria para determinar la finalidad de las partes al momento de pactar el acuerdo arbitral. La doctrina sostiene esta postura, en cuanto a que “debe tenerse en cuenta que la interpretación de la cláusula de arbitraje por el árbitro debe tener carácter estricto, lo que se reitera en numerosa práctica arbitral”. La relevancia de la interpretación estricta radica en la importancia que tiene el convenio arbitral, en cuanto a que implica una intención conjunta de someter los conflictos determinados a arbitraje, emigrando del ámbito de justicia estatal o pública **[Fernández, Pág. 703]**.

2.3 Debe respetarse el principio *pacta sunt servanda*

29. El Tribunal Arbitral no debe conocer sobre la petición de la DEMANDANTE, puesto que ello implicaría una violación al principio del *pacta sunt servanda* **[Art. 1.3 UNIDROIT]**. En efecto, *lo acordado por las partes en la cláusula arbitral es de naturaleza obligatoria para ellas*. Así lo entiende la CCI al expresar que el principio del *pacta sunt servanda* implica que el contrato es ley para las partes, lo cual genera la obligación de cumplir lo convenido de buena fe **[LAUDO CCI, No. 5485]**.

30. Por ende, al establecer las partes de forma delimitada las causas que pueden promover un arbitraje (interpretación y ejecución), deben atenerse estrictamente a estos supuestos, respetando su voluntad inicial. En consecuencia, la petición indemnizatoria hecha por la DEMANDANTE viola este principio rector del Arbitraje Comercial Internacional, por lo que el Tribunal Arbitral no debe conocerla.

Conclusión Asunto 2

Por tanto, de acuerdo a los supuestos antes planteados, la interpretación que este honorable tribunal debe brindar a tal cláusula es la estricta, atendiendo a la literalidad de la misma, ya que es la voluntad de las partes la que debe prevalecer en este caso. Siguiendo tal interpretación, este tribunal no debería entrar a conocer tal aspecto indemnizatorio alegado por LA DEMANDANTE, ya que de hacerlo estaría atentando contra los supuestos para los que las partes establecieron dicha cláusula, es decir, “cualquier diferencia o conflicto sobre la interpretación o ejecución del contrato”.

Además, no se puede dejar de lado que tal cláusula arbitral es de naturaleza obligatoria para los contratantes, y dar una diferente interpretación atentaría contra el principio *pacta sunt servanda* ya que las partes han delimitado las causas para las que tendrá efecto dicha cláusula. De atender el supuesto planteado por la DEMANDANTE violaría tal principio rector del Arbitraje Comercial Internacional.

ASUNTO 3: LA CLÁUSULA ARBITRAL NO ES APLICABLE

31. En los párrafos anteriores se deja claro que se resolvió la cláusula arbitral y además que la actual controversia no se encuentra circunscrita dentro del ámbito delimitado por el convenio arbitral. La DEMANDANTE, no obstante, señala en su demanda que el presente conflicto se encuentra dentro del alcance de la cláusula arbitral. Esta discrepancia, en todo caso, nos llevaría a afirmar que la cláusula arbitral es equívoca. De acuerdo a la RAE, una expresión es equívoca cuando “puede entenderse o interpretarse en varios sentidos, o dar ocasión a juicios diversos”, lo que en este caso sucede con la cláusula arbitral pactada por las partes.

32. Doctrinariamente, es aceptado que *una cláusula arbitral en la que no esté plasmada de forma inequívoca la voluntad de las partes es patológica y, por lo tanto, deviene inaplicable*. Así, se ha afirmado que “nos encontramos ante una cláusula patológica cuando incluya una expresión equívoca de la voluntad de las partes de someterse al arbitraje, acerca de la identificación de la institución arbitral competente o respecto de la auténtica renuncia a la jurisdicción estatal” **[Fernández, Pág. 710]**. Un ejemplo propuesto por la doctrina en que la cláusula arbitral es patológica cuando se ha pactado que sólo ciertos asuntos serán conocidos por los árbitros, aunque existan cuestiones estrechamente relacionadas con estos que el convenio arbitral excluye (como en este caso lo es la indemnización por daños y perjuicios). En estas situaciones, de acuerdo a la doctrina, la cláusula arbitral es equívoca y patológica **[Fouchard/Gaillard/Goldman, Pág. 263]**.

33. En el presente caso, no existe en la cláusula una *voluntad clara y terminante* de las partes de someterse al arbitraje, ya que existen dudas acerca de la verdadera

intención que estas tuvieron en el momento de celebrar el convenio arbitral, acerca de los conflictos que estas querían someter al arbitraje. Por lo tanto, se puede afirmar que la cláusula pactada por la DEMANDADA y la DEMANDANTE es patológica.

34. La patología de una cláusula deriva en la inaplicabilidad del convenio, pues “la ausencia de cualquier clase de ambigüedad en la voluntad de las partes para someterse a arbitraje constituye una condición *sine qua non* para que los árbitros se sientan dotados de competencia”. En otras palabras, “el arbitraje sólo puede ponerse en marcha cuando es inequívoca la voluntad de las partes en someterse a este procedimiento de arreglo de controversias” **[Fernández, Pág. 702-703]**.

35. Por lo tanto, de reconocerse que la controversia se encuentra dentro del alcance del convenio arbitral pactado por LA DEMANDADA y la DEMANDANTE, este sería, en todo caso, patológico e inaplicable al caso concreto. Ello es porque la inaplicabilidad se da en supuestos en los que el convenio arbitral es válido, existente y eficaz pero que resulta imposible su aplicación al caso por adolecer de defectos en su estructura **[Cordero, Pág. 150]**. Este defecto estructural se da en el caso en que es imposible inferir una intención suficientemente coherente y efectiva para poner en funcionamiento el arbitraje **[Fouchard/Gaillard/Goldman, Pág. 263]**. Entonces, las cláusulas patológicas no implican que el convenio sea radicalmente nulo o inexistente, sino que el acuerdo arbitral, aún siendo válido en lo esencial, presenta ciertas imprecisiones que impiden que el arbitraje se lleve a cabo **[Barona, Pág. 390]**.

36. La posibilidad de inaplicabilidad del convenio arbitral no sólo está contemplada doctrinariamente, pues se encuentra establecida en el Artículo II de la Convención de Nueva York, el cual señala, en su último inciso, que “el tribunal de cada uno de los Estados Contratantes a los que se someta un litigio respecto del cual las partes hayan concluido un acuerdo en el sentido del presente artículo, remitirá a las partes al arbitraje, a instancia de una de ellas, *a menos que compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o inaplicable*”.

37. En los apartados anteriores ya se han explicado suficientemente las razones por las que la presente controversia no se encuentra dentro del alcance del convenio arbitral, pues está claro que la indemnización por daños y perjuicios no está dentro del ámbito señalado por las expresiones “interpretación” o “ejecución”. No obstante, si la

DEMANDANTE discrepa con la DEMANDADA sobre este último punto, es evidente que la cláusula arbitral adolece de defectos estructurales, que hacen que su sentido sea equívoco. Consecuencia de esto es que la cláusula arbitral pactada por la DEMANDADA y la DEMANDANTE es inaplicable, por lo que el Tribunal Arbitral debe declararse incompetente para conocer del caso.

Conclusión Asunto 3

Por los argumentos antes expuestos, de considerar que es procedente la aplicación de la cláusula, esta adolece de defectos que hacen imposible su aplicación. Resulta difícil poder determinar la intención de las partes al momento de celebrar el convenio arbitral, convirtiéndose dicha cláusula en equívoca y patológica, siendo posible realizar distintas interpretaciones de la misma. Por tal razón es que dicha cláusula es inaplicable para el caso en concreto, sin importar la validez de la misma.

Al establecer una cláusula arbitral, la voluntad de las partes tiene que ser clara y terminante, es de esta manera que el tribunal arbitral podrá determinar los supuestos en los cuales será aplicable la misma. Si este honorable tribunal considerara que la controversia se encuentra dentro del alcance del convenio arbitral, estaríamos frente a una cláusula inaplicable, aunque el convenio sea válido y existente, ya que adolece de defectos estructurales por no ser posible inferir la voluntad de las partes, resultando imposible llevar a cabo el arbitraje.

ASUNTO 4: NO SE HAN AGOTADO LAS ETAPAS PREVIAS AL ARBITRAJE

38. En adición a las pretensiones anteriores, otro argumento por el cual el Tribunal Arbitral carece de jurisdicción es que no se han agotado las etapas previas al arbitraje. En el convenio arbitral pactado por la DEMANDANTE y la DEMANDADA, estas estipularon ciertos requisitos que debían cumplirse antes del inicio del proceso arbitral. En él, es clara la voluntad de las partes de tratar de resolver la disputa de manera amistosa, o al menos cordial, antes de iniciar un proceso contencioso, como lo es el

proceso arbitral. La cláusula arbitral se expresa en los siguientes términos: “Ante cualquier diferencia o litigio sobre la interpretación o ejecución del presente contrato, las partes se comprometen a intentar resolverlas por negociaciones directas o con la asistencia de un mediador que designen de común acuerdo, por un plazo que no excederá de sesenta días. En caso contrario, podrá ser sometida a arbitraje (...)” [Doc. No. 1].

39. Por consiguiente, aún en el supuesto de que la actual controversia se encontrara dentro del alcance de la cláusula arbitral, el arbitraje sería, de todas formas, improcedente. En las siguientes líneas, se demostrará que las partes *no han agotado los requisitos previos necesarios para el arbitraje*.

4.1 No se ha cumplido el requisito de la negociación directa entre las partes

40. Las partes no han cumplido el trámite de negociación previsto en la cláusula arbitral. La reunión que los presidentes de ambas empresas sostuvieron en un hotel de Puerto Madre, si bien se trató de una negociación, *no revistió el carácter necesario para que el requisito previo al arbitraje pactado por las partes en el convenio arbitral pueda calificarse como agotado*, debido a la informalidad con que esta reunión fue realizada. *Cuando la negociación directa ha sido pactada en un convenio arbitral, debe entenderse que esta es una etapa previa de procesabilidad, para que el arbitraje pueda llevarse a cabo y, como tal, debe revestir de ciertas solemnidades*, aunque estas sean mínimas.

41. Prueba de esta falta de formalidades de la que adoleció la reunión entre los presidentes de la entidad DEMANDANTE y de la entidad DEMANDADA es que no consta en ningún documento lo tratado en esa reunión, ni el resultado de esta. Por lo tanto, no existe garantía suficiente de que la negociación se llevó a cabo de forma apropiada. Esta no estaba encaminada al cumplimiento de su finalidad, la cual es evitar que la DEMANDANTE y la DEMANDADA tuviesen que enfrentarse a un proceso contencioso que implicaría para ellas un desgaste de esfuerzos y un derroche innecesario de dinero y de tiempo.

42. Por lo tanto, si bien es cierto que la negociación directa se caracteriza por su informalidad en relación a otros medios alternos de resolución de disputas, no por ello

debe entenderse que carece totalmente de formalidades. La doctrina ha señalado que la negociación como medio alternativo de resolución de conflictos, requiere que las partes señalen el lugar de negociación, el tiempo durante el cual se va a negociar, los participantes, los puntos a tratar, la agenda, entre otros **[Lew/Mistelis/Kroll, Pág.13]**. Dentro de estas formalidades también se debe de incluir el levantamiento de actas para dejar constancia de lo tratado en dichas reuniones, y hasta tener certeza del desarrollo y culminación. Esto evidencia que la negociación no puede carecer totalmente de formalidades.

43. La negociación directa siempre debe cumplir con ciertas formalidades mínimas, sobre todo cuando la negociación ha sido pactada en una cláusula arbitral como etapa previa al arbitraje. En casos como este, *las formalidades son instrumentos para demostrar fehacientemente que esta etapa previa se ha agotado en realidad*, y de manera que permita afirmar que este método alternativo de resolución de disputas ha cumplido su finalidad. No es necesario un acta en el que de forma expresa diga que se ha culminado la etapa de negociación, pero sí es imprescindible que existan actas de las que se pueda deducir se ha agotado la posibilidad de concluir el conflicto mediante negociaciones directas y, por ende, sea necesario proseguir a la etapa arbitral. Por consiguiente, la carencia de estas formalidades mínimas debe llevar al Tribunal Arbitral a abstenerse de conocer de la controversia, hasta que las etapas previas acordadas sean agotadas efectivamente por las partes.

4.2 La mediación también debe agotarse, atendiendo a la finalidad de los métodos alternos de resolución de disputas

44. Como se explicó en los párrafos anteriores, el requisito de negociación directa no ha sido agotado por las partes, por lo que el arbitraje no puede ser iniciado. Sin embargo, aunque este requisito hubiese sido cumplido, la mediación también debe agotarse en este caso, para que los medios alternos de resolución de conflictos cumplan cabalmente su finalidad.

45. Los medios alternos de resolución de disputas, como la mediación y las negociaciones directas, son métodos para intentar resolver conflictos entre las partes sin necesidad de recurrir a las cortes o al arbitraje **[Hunter/Redfern, Pág. 102]**. Con los medios alternos de resolución de disputas, las partes se comprometen a hacer lo

posible para evitar un proceso contencioso, con la finalidad de evitar el conflicto entre ellas, y así mantener relaciones amistosas o, al menos, buenas relaciones de negocios. Asimismo, las partes desean evitar el desgaste de tiempo y dinero que implica un proceso judicial o arbitral **[Hunter/Redfern, Pág.102]**.

46. En la cláusula arbitral, la DEMANDADA y la DEMANDANTE establecieron que la mediación y la negociación serían requisitos previos al inicio del arbitraje. Este acuerdo debe interpretarse en el sentido que la voluntad de las partes era, precisamente, que la negociación y la mediación cumplieran con su finalidad. La DEMANDADA y la DEMANDANTE deseaban que, ante un posible conflicto que surgiera entre ellas, se tratara de mantener las relaciones amistosas y de evitar los costos que implicaría un arbitraje. Es necesario para que sea procedente el arbitraje que se haya procurado por todos los medios el cumplimiento de dicha finalidad, en atención a la voluntad de las partes plasmada en el convenio arbitral.

47. Como se explicó en el apartado anterior, el requisito de las negociaciones directas no ha sido agotado por las partes, pues no se cumplieron las formalidades mínimas necesarias para ello. No obstante, *aún si se aceptara que las negociaciones directas se llevaron a cabo, es necesario que se cumpla también el requisito de la mediación para cumplir a cabalidad la voluntad de las partes.*

48. En el presente caso la negociación directa no han cumplido con la finalidad que persiguen los medios alternos de resolución de disputas. No se ha logrado con esta mantener una relación amistosa entre las partes. En la doctrina sobre arbitraje ya se ha reconocido que *las negociaciones no son la manera más fácil de que las partes lleguen a un consenso*, y que pueden fallar debido a una relación débil, o a posiciones intransigentes o poca preparación de las partes **[Lew/Mistelis/Kroll, Pág. 13]**. En este sentido, se ha aceptado que la mediación es un medio de resolución de disputas mucho más efectivo que las negociaciones directas, ya que el mediador es un tercero neutral que ayuda realmente a las partes a llegar a un acuerdo, incluso sugiriendo alternativas de solución **[Lew/Mistelis/Kroll, Pág. 14]**.

49. Por lo tanto, atendiendo a la finalidad de los medios alternos de resolución de controversias, y en respeto a la mejor realización de la voluntad de las partes, debe optarse por un método realmente efectivo. En este caso, ese medio es la mediación.

Conclusión Asunto 4

Debido a que no se han cumplido los requisitos previos de una negociación directa entre las partes, tampoco es posible llevar el presente conflicto a arbitraje. La DEMANDANTE, sabiendo que era necesario realizar tales negociaciones directas e intentos de mediación antes de realizar acciones tendientes a resolver el conflicto por medio de arbitraje, presento la demanda haciendo caso omiso a lo pactado entre las partes. Al no cumplirse tal requisito previo a arbitraje, el tribunal arbitral debe determinar que es improcedente iniciar arbitraje por las circunstancias antes expuestas

PARTE SUSTANTIVA

ASUNTO 1: EL CONTRATO SE RESOLVIÓ EL 1 DE FEBRERO

1.1. En comunicación del 1 de febrero, la DEMANDANTE resolvió el contrato unilateralmente

50. En la fecha indicada, en el Doc. No. 10, la DEMANDANTE comunica formalmente y de manera explícita que se considera “exonerado y liberado” de sus obligaciones derivadas del contrato que nació el 7 de agosto de 2006. Dicha comunicación fue emitida por Roberto Esteban Izquierdo, Gerente de Asuntos Legales de la DEMANDANTE. Por ello, en atención al Art. 8 CISG el sentido que debe buscársele al documento como “persona razonable” ya no es el que le hubiera impreso un hombre de negocios, sino que es el de un abogado que habla en un sentido técnico y conoce el significado legal de sus palabras.

51. La palabra "liberación" resulta clave pues sintetiza los efectos de la resolución contractual [**Perales Viscasillas, Capítulo VI; Lookofsky, pág. 167; Chengwei, 4; SCG Art. 81, § 1**] y se puede considerar como sinónima. La jurisprudencia recalca tal sinonimia entre "liberación" y "resolución" pues un tribunal austríaco sentencia que una resolución libera de las obligaciones contractuales: de entregar, en el caso del

vendedor, y de pagar el precio estipulado, en el del comprador **[Austria, 1999]** De esta manera, se busca hacer que las partes regresen a la situación jurídica previa a la celebración del contrato **[Perales Viscasillas, Capítulo VI]**.

52. En el mismo documento 10, como se ha señalado, la DEMANDANTE se considera también “exonerada” de sus obligaciones contractuales; es decir, suspendido el cumplimiento contractual debido a un impedimento **[Perales Viscasillas, Capítulo VII]**. Vale decir, entonces, que la exoneración perdura el tiempo que se estime necesario. Esta duración de la exoneración, por tanto, será la misma del impedimento que la justifique, existiendo aún las obligaciones contractuales.

53. Como puede apreciarse, una liberación (resolución) no puede coexistir con una exoneración porque la primera extingue las obligaciones contractuales y la segunda, las suspende, dejándolas vigentes. Por ello, si la DEMANDANTE comunica que se está “exonerando y liberando” se colige que la primera queda desvirtuada por los efectos jurídicos de la segunda y, por tanto, el contrato está verdaderamente resuelto de manera unilateral. No se podrían suspender obligaciones que se extinguen.

1.2. IMSA tenía toda la intención de resolver

54. La declaración anterior, del 1 de febrero de 2007, muestra que la DEMANDANTE está resolviendo unilateralmente el contrato pactado entre las partes. Ahora, no es suficiente basarse en la literalidad del comunicado de resolución, sino en todas las circunstancias anteriores que hacen notar que la intención de la DEMANDANTE ha sido resolver el contrato. No basta puntualizar en las palabras con las que se liberan de obligaciones, es necesario recalcar que la liberación había sido su objetivo desde antes del 1 de febrero.

55. La Convención de la CISG adopta un enfoque de interpretación amplio y flexible en su Art. 8 **[Perales Viscasillas, Cap. III]**. Estas reglas de interpretación aplican no solo en un contrato *per se*, sino en todos los elementos que puedan ser útiles a efectos de determinar esta intención y que pueden provenir de los distintos tipos de comunicación entre las partes **[SCG, Art. 8, § 2; Lookofsky, Pág. 116]**, pues su función no se restringe a la fase formativa del contrato **[Perales Viscasillas, Cap. III]**.

Por ello, todos los comunicados que la DEMANDANTE envió a la DEMANDADA posteriores a la celebración del contrato [**Doc. No. 4, 6 y 8**] son aprovechables para demostrar que la DEMANDANTE siempre quiso resolver el mismo.

56. Estas intenciones no pueden ser analizadas desde una perspectiva puramente subjetiva por barreras prácticas que harían imposible inmiscuirse en la mente de una parte para descubrir su real intención [**Honnold, Pág. 106, Fansworth, Pág. 98**]. Por ello, el estándar objetivo nos lleva a dar la interpretación y significado que una persona razonable le hubiera dado a los comunicados de la DEMANDANTE en las mismas circunstancias [**Perales Viscasillas, Cap. III; SCG, Art. 8, § 2; Honnold, Pág. 117; Ziegel, Art. 8 comment**]. Aun más, un tribunal inglés estableció que debe tomarse esta interpretación como si las partes verdaderamente conocían el alcance de las intenciones que le hubiera dado una persona razonable, independientemente de si en realidad la conocían o no [**Smith vs Hughes**].

57. El estándar objetivo de interpretación encuentra sus raíces y se refuerza, además, con el principio *contra proferentem*, establecido en el Art. 4.6 de los Principios UNIDROIT [**Honnold, Pág. 117**]. Por este, todas las epístolas redactadas por la DEMANDANTE, en donde muestra su intención de resolver, deben interpretarse no solo bajo la óptica de una persona razonable, sino también a favor de la parte que no ha redactado cada documento: en este caso, la DEMANDADA.

58. Como todas las circunstancias son relevantes al caso de obtener una interpretación objetiva [**Perales Viscasillas, Cap. III**], la DEMANDADA debe ocupar todas las comunicaciones por vía epistolar que han correspondido. El día 14 de diciembre de 2006 [**Doc. No. 4**], la DEMANDANTE comienza a mostrar sus intranquilidades con respecto al contrato que ha pactado con la DEMANDADA y la posible prórroga de la veda que está afectando sobre su cumplimiento. Luego, en la comunicación posterior [**Doc. No. 6 y 8**], la DEMANDADA intentó acordar la resolución del contrato.

59. En un análisis más puntual, el 14 de diciembre [**Doc. No. 4**], la DEMANDANTE muestra su preocupación ante la veda a la exportación de merluzas que ha sido promulgada en la ley No 54/2006 del gobierno de Costa Dorada y, a la vez, desea conocer la posición de la DEMANDADA ante dicho evento. En esas circunstancias, el

objetivo razonable que la DEMANDANTE está buscando, justificadamente, es que su proveedor le brinde un pronunciamiento sobre el futuro cumplimiento del contrato. De esta manera, se muestra que la DEMANDANTE empieza a sentirse insegura con respecto al contrato que ha firmado con la DEMANDADA.

60. Con respecto a la comunicación del 1° de enero [**Doc. No. 6**], la DEMANDANTE reitera su preocupación por la medida del gobierno, pues las seguridades que ha expresado la DEMANDADA no les son suficientemente adecuadas, y resalta la importancia que reviste la relación comercial con “SUR S.A.”. A razón de esto, el Directorio de la DEMANDANTE autorizó acordar una resolución del contrato. Una persona razonable, en interpretación *contra proferentem* [**Honnold, Pág. 117**], hubiese entendido que la DEMANDANTE está ofreciendo que se resuelva el contrato, haciendo notar que este es su deseo. En atención a ello, la DEMANDADA debía entender que se le exigían las garantías suficientes, consecuencia de la notificación que se manda con anterioridad a la resolución [**Perales Viscasillas, Cap. VI**], o, de lo contrario, el contrato tendría que terminar.

61. El 12 de enero la DEMANDANTE expresó que los contactos con el gobierno que la DEMANDADA ha señalado en su comunicación anterior, no constituyen seguridad alguna sobre el cumplimiento del contrato y rechaza las garantías suficientes que la DEMANDADA se había visto en la necesidad de dar [**Doc. No. 8**]. Además, advierte de manera rotunda que arbitrará “todos los medios posibles” para evitar las consecuencias del posible incumplimiento que este contrato conlleve. En las mismas circunstancias, cualquier persona razonable hubiese entendido que está recibiendo un ultimátum. Este ultimátum puede ser interpretado de dos maneras: como un anuncio de una inminente resolución o como una última oportunidad de dar una seguridad irrefutable. Seguridad de cumplimiento del contrato que la DEMANDADA esta imposibilitada a dar porque todo ello depende de una decisión propia de la voluntad del gobierno; es decir, fuera del alcance de cualquier particular. Como se puede apreciar, de cualquiera de las dos maneras que se interprete el ultimátum, el futuro del contrato es una terminación ineludible.

62. A través de los comunicados anteriores se observa la evolución de la intención de la DEMANDANTE hacia resolver el contrato. El momento culminante en que se

materializa dicha intención es el 1º de febrero [Doc. No. 10], fecha en que la DEMANDANTE comunica formalmente, a través del gerente de asuntos legales, que se considera liberada de sus obligaciones en virtud de las circunstancias que rodean el contrato. La DEMANDADA, bajo la óptica objetiva, hizo lo que razonablemente debía hacer: interpretar las palabras del gerente legal en un sentido técnico jurídico, es decir, como una declaración de resolución de contrato con todos sus efectos legales.

63. Sin embargo, que la DEMANDANTE venga el 23 de febrero [Doc. No. 12] a exigir el cumplimiento del contrato que terminó en su momento; que acuse a la DEMANDADA de haber incumplido dicho contrato [Doc. No. 15]; y que diga que nunca resolvió el contrato en la notificación de arbitraje [Doc. No. 18] es actuar de manera inconsistente y en contradicción a un entendimiento que ella misma ha originado: es ir contra sus propios actos [Art. 1.8 UPICC (Oficial comments)]. Más aun, el *venire contra factum proprium* no es algo que puede ser obviado o ignorado alegando que únicamente se trataba de una estrategia comercial [UBA, ¶170, 171], porque toda estrategia comercial que utilice una figura como la resolución reviste un carácter jurídico ineludible.

1.3. La resolución fue válida por existir un riesgo patente

64. Teniendo clara la intención de la DEMANDANTE, el 1 de febrero [Doc. No. 10] esta declaró resuelto el contrato de compraventa entre las partes al expresar que se consideraba “liberado” de las obligaciones contractuales [*ad supra*, §35]. Dicha declaración tiene como resultado regresar a las partes a como estaban antes de contratar [Perales Viscasillas, Cap. VI], es decir, sin ninguna obligación contractual entre ellas, porque la resolución contenida fue válida.

65. Se debe dejar claro que esta resolución fue unilateral y fue anticipada, la cual es válida únicamente cuando sea patente que el futuro incumplimiento de una de las partes tal como lo expresa el Art. 72 CISG. Esto es exactamente lo que ocurrió en este caso: existió un riesgo patente. Por consiguiente, esta declaración realmente resolvió el contrato de manera unilateral y anticipada.

66. Un riesgo es patente cuando una de las partes no va a poder cumplir a causa de eventos que están fuera de su control **[Ziegel, Art. 72 Comment]**, es decir, cuando el cumplimiento se imposibilita por circunstancias objetivas **[Schlechtriem, Pág. 95]**. Estas circunstancias objetivas no establecen cuánta certidumbre sobre el riesgo es necesaria para considerarlo patente, sino que basta que una persona razonable esté convencida de que un incumplimiento va a ocurrir **[Schlechtriem, Pág. 95]**. Además, sería ineficaz requerir un alto grado de certeza para determinar que el incumplimiento es patente, pues nada va a llegar a ese grado elevado de certeza **[Schlechtriem, Pág. 96]**. Por tanto, el Art. 72 solo resulta capaz de ser observado al tener en cuenta los criterios anteriores en los que basta con que exista una probabilidad razonable de incapacidad para cumplir. Una vez este riesgo patente existe, la parte se ve excusada de cumplir con sus obligaciones contractuales, gracias a lo que permite la resolución unilateral anticipada del Art. 72 **[Ziegel, Art. 72 Comment]**.

67. Ahora, no hay circunstancia más ajena al control de la voluntad de particulares que una ley del Estado, es decir, un acto de orden público. La ley No 54/2006 **[Doc. No. 3]** prohibió toda clase de exportación hasta el día 20 de febrero, prorrogable por noventa días posteriores a esta fecha. La entrega de la mercadería por parte de la DEMANDADA, indispensable para el cumplimiento de su obligación contractual, constituiría exportación y, si se prorrogara la veda, sería ilegal. La decisión de si se prorrogaría o no la veda fue el objeto de un nuevo decreto ejecutivo, dependiente de la voluntad estatal, y nunca podría ser decisión de un particular.

68. Con ello, se demuestra que el riesgo de prorrogación de la veda es completamente ajeno a la voluntad de alguna de las partes y, por tanto, se convierte en una circunstancia objetiva que crea un riesgo patente. La seria posibilidad de incumplimiento contractual por alguna de las partes es objeto necesario de protección legal **[Lookofsky, Pág. 135]** y es esta la razón de ser del Art. 72, por lo que este caso perfectamente aplica a la finalidad de la figura de la resolución unilateral anticipada.

69. En consecuencia, el contrato se resolvió el 1 de febrero y ese mismo día se terminaron las obligaciones contractuales. Y es que es indeseable que un contrato tenga que permanecer vigente cuando es notorio que un incumplimiento ocurrirá, debido a un riesgo patente **[Bennet, Pág. 527]**. La notoriedad no debe derivarse de una

circunstancia específica, basta que sea objetiva y clara **[Bennet, Pág. 527]**. Todo lo anterior se concreta en el caso en que una ley veda la exportación y expresa en ella la posible prórroga y existe un contrato que tiene como objeto una exportación. Sobre todo, cuando DEMANDANTE y DEMANDADA han pactado ese contrato que es el que se discute en este caso.

70. Por todo lo argumentado, las circunstancias que tienen que ver con este caso son las de un riesgo patente de incumplimiento. Por ello, al declarar la DEMANDANTE que consideraba resuelto el contrato en el comunicado del 1 de febrero **[Doc. No. 10]**, esta declaración deviene en una resolución unilateral anticipada perfectamente válida, de acuerdo al Art. 72. Estando el contrato resuelto, es improcedente que la DEMANDANTE exija el cumplimiento de una relación contractual que ya previamente terminó, pues este es el principal efecto de una resolución contractual **[Perales Viscasillas, Cap. VI]**.

Conclusión Asunto 1

El 1º del febrero la DEMANDANTE comunicó formalmente que se consideraba “exonerado y liberado” de sus obligaciones derivadas del contrato. El sentido que se debe atribuir a dicho escrito es el de una persona que conoce los efectos jurídicos de sus palabras, puesto que provenían del Gerente legal de la DEMANDANTE. Cuando se habla de “liberación”, la CISG entiende que se trata de una resolución, por lo cual la consecuencia jurídica de ambas figuras es hacer que las partes regresen a la situación jurídica previa a la celebración del contrato. La exoneración equivale a la suspensión del cumplimiento de las obligaciones contractuales en virtud de un impedimento. En síntesis, las figuras que invoca la DEMANDANTE no pueden coexistir, puesto que los efectos jurídicos de la liberación desvirtúan a los de la exoneración, en cuanto no se pueden suspender obligaciones que ya se han extinguido. Por tanto, en dicha comunicación la DEMANDANTE, resolvió el contrato de manera unilateral.

Las circunstancias anteriores al comunicado del 1º de febrero muestran la intención de la DEMANDANTE de resolver el contrato. Para la interpretación un contrato se deben aplicar todos los elementos que puedan ser útiles, especialmente el intercambio

epistolar entre las partes. En ese sentido, se debe atender al estándar objetivo: la interpretación y significado de una persona razonable en las mismas circunstancias. Desde la comunicación del 14 de diciembre, la DEMANDANTE muestra su inseguridad respecto del contrato, a consecuencia de la ley que prohíbe la exportación de merluzas. En fecha 1º de enero, declara su deseo de resolver el contrato. Luego, el 12 de enero, insatisfecho con las garantías ofrecidas por la DEMANDADA, anuncia un ultimátum. Finalmente, el 1º de febrero se materializa la intención de la DEMANDANTE de resolver el contrato. Por tanto, cualquier acusación de incumplimiento contractual de la DEMANDADA, basándose en el argumento de que el contrato siguió vivo y que la DEMANDANTE nunca lo resolvió, es ir contra sus propios actos; mas aun, argüir la utilización de una estrategia comercial es inaceptable.

La resolución del contrato por parte de la DEMANDANTE fue hecha en forma unilateral y anticipada. La validez de dicha resolución se confirma en el hecho de que se podía prever un futuro incumplimiento debido a la existencia de un riesgo patente. Este se concreta en la probabilidad razonable de incapacidad para cumplir de una de las partes, debido a un evento que esta fuera de su control. La ley No 54/2006 del Estado de Costa Dorada cumple con esas características. Por tanto, se configura una situación de riesgo patente de incumplimiento y procede la figura de la resolución unilateral anticipada. De esta forma sucedió la terminación del contrato el 1º de febrero.

ASUNTO 2: SI EL TRIBUNAL ARBITRAL SOSTIENE QUE EL CONTRATO SIGUE SIENDO VÁLIDO, LA DEMANDANTE INCURRIÓ EN UN INCUMPLIMIENTO ESENCIAL DEL CONTRATO

2.1. En la cláusula tres del contrato se pactó una condición esencial a favor de la DEMANDANDA

71. En el contrato celebrado entre la DEMANDANTE y la DEMANDADA, es menester identificar la cláusula tercera en donde se eleva a plazo esencial el tiempo destinado para la nominación del buque. Siendo necesario destacar que cuando las

partes han expresamente acordado establecer que un elemento será esencial en el contrato, la inobservancia por alguno de los contratantes, será considerado como un incumplimiento esencial del negocio **[Chengwei2, Cap. 4]**. Aplicando el principio de autonomía de la voluntad [Art. 6 CISG] las partes tienen el derecho al momento de celebrar un contrato, de pactar obligaciones como esenciales, destacando que no existe ningún inconveniente de prescindir de la aplicabilidad del Art. 25 CISG, **[Graffi, Pág. 339]**.

72. La DEMANDANTE y la DEMANDADA acordaron que la entrega de la mercadería se debía realizar a más tardar el 28 de febrero de 2007. Estableciendo, que la DEMANDANTE tenía una obligación *esencial* de comunicar con un mínimo de diez días antes a la DEMANDADA el nombramiento y la fecha de llegada del buque para efectuar la entrega, estableciendo como fecha límite el 18 de febrero **[Doc. No. 1]**.

73. Se señala la indeclinable voluntad de cumplir con el negocio jurídico por parte de la DEMANDADA siempre y cuando se hiciera dentro de los términos que se establecieron en el contrato, tal como se desprende de la lectura de diferentes epístolas **[Doc. No. 5, 7 y 9]** todo antes del incumplimiento de la DEMANDANTE. De esta forma queda clara la intención de la DEMANDANTE, de apegarse a lo preceptuado en las cláusulas pactadas. Con ello se instó a la DEMANDANTE a nominar el buque para cumplir con su obligación **[Doc. No. 7]**. Dicha disposición de la DEMANDADA para llevar a cabo el contrato, resalta una conducta que debe tomarse en cuenta para interpretar la voluntad de proseguir con el negocio y cumplir sus preceptos **[Honnold, Pág. 120]**.

74. El *pacta sunt servanda* es un Principio General del Derecho que consiste en que todo lo pactado es, por buena fe, de obligatorio cumplimiento para las partes **[UNIDROIT principles 1.3]**. De ello se colige, que tanto la DEMANDADA como la DEMANDANTE al momento de establecer el plazo de entrega y la nominación del buque como elemento esencial, se obligaron a respetar los plazos dándoles un carácter fundamental **[Graffi, Pág. 339]**. Es menester recordar, que esta fue la postura de la DEMANDADA en todo momento, tal como se comprueba en los documentos 7 y 9.

75. Es claro que no todo incumplimiento contractual deriva en un incumplimiento esencial, pero cuando las partes han acordado que algo es esencial, entonces por muy

mínimo que este sea, se trata de un incumplimiento esencial, habilitando a la parte agraviada a resolver el contrato **[Chengwei2, Cap. 4]**. De la cláusula tercera del contrato se desprende que se pactó una condición esencial, cual es la nominación del buque en el cual se debía efectuar la entrega, con por lo menos 10 días de antelación al 28 de Febrero **[Doc. No.1]**.

76. La intención manifestada constituye el elemento de una relación contractual para identificar cuando un incumplimiento es esencial. De tal forma, que basta una lesión al interés o al propósito mostrado por las partes en el momento de la celebración del contrato, para que se realice un incumplimiento esencial. **[Koch, Pág 225]**.

77. De tal forma, que el factor relevante viene a ser el menoscabo a las obligaciones derivadas del contrato, a la importancia de los intereses del contrato que se han visto afectados **[El-Saghir, Sección 2, literal a)]**, y no el daño ocasionado con el incumplimiento. Lo que se pactó en el contrato es lo que dirige el comportamiento de las partes, las cuales se ven ceñidas a acatar lo pactado **[Chengwei2, Cap. 4]**.

78. Asimismo, el Art. 8:103[a] PECL y el Art. 7.3.1 [2] [b] UPICC recoge tal criterio, refiriéndose que para identificar un incumplimiento esencial, se debe observar si la acción u omisión es lesiva a la esencia del contrato. En el presente caso, no cabe duda cuando se trata de un incumplimiento esencial, ya que las partes han convenido que los 10 días para nominar el buque para efectuar la entrega [Doc. No.1, clau.3] vienen a ser la única condición esencial del contrato. **[Chengwei2, Cap. 4]**.

79. Es importante resaltar la subsidiariedad que el Art. 25 CISG tiene en lo referente a los elementos del contrato que se consideran esenciales; es decir, si las partes no han acordado qué obligaciones serán esenciales, será el Art. 25 CISG el que se aplique para determinar si tal incumplimiento contractual es esencial **[Bonell, 1.1]**. Las partes en el contrato pueden eliminar o agregar elementos fundamentales, todo ello en base a la potestad derivada del Art. 6 CISG. Esta modificación que proviene de la autonomía de la voluntad de las partes es la que permite considerar que los plazos pueden dar pie a una resolución cuando no son respetados al haberlos pactados como fundamentales **[Chengwei2, Cap. 4]**.

80. El hecho de añadir y elevar a esenciales ciertos elementos, permite a las partes estar claras de aquellas obligaciones cuyo incumplimiento pueden terminar la relación

contractual. De tal modo las partes se garantizan que tales obligaciones serán cumplidas con diligencia; tal como es el caso donde la DEMANDANTE conocía la importancia de la obligación esencial de los plazos, y por lo tanto no podía faltar a tal compromiso.

81. La DEMANDANTE, realizando una errónea interpretación de las epístolas de la DEMANDADA, alega que fue esta quien otorgó una extensión del plazo para cumplir sus obligaciones [UBA, ¶163]. Según estos razonamientos se podría, de manera unilateral, cambiar elementos esenciales del negocio. Es notorio lo desatinado del argumento pues es necesario el consentimiento de ambas partes para llegar a un acuerdo con respecto a la modificación o supresión de algún factor fundamental en el negocio. Así, si se tratase del precio de venta, de la cosa vendida y, como es el caso, del plazo esencial, es menester el consentimiento de los pactantes para su modificación.

82. Es importante destacar que la DEMANDADA siempre mostro una postura en respetar los términos del contrato, instando a que la DEMANDANTE cumpliera con los términos del contrato, es decir en nominar el buque en el plazo estipulado [Doc. No. 7 y 9], por lo que no existe y por lo tanto no puede alegarse que existe una propuesta tendiente a modificar los términos del contrato por parte de la DEMANDADA. Lo anterior viene a reforzarse que si aún se entendiera que hubo una prorroga de los plazos por la DEMANDADA, de la lectura de los documentos [Doc. No. 6, 8 y 10] expedidos por parte de la DEMANDANTE en ninguno de ellos se desprende una intención de cumplir el contrato, al contrario existe un rechazo al cumplimiento del mismo.

83. La DEMANDANTE asegura que la DEMANDADA proporcionó una extensión del tiempo para cumplir con las obligaciones que le correspondían [UBA, ¶178] como la nominación del buque; bajo esta óptica, la DEMANDANTE está hablando de la figura del *Nachfrist* [Art. 47 CISG]. Sin embargo, para poder esgrimir tal figura es presupuesto necesario el incumplimiento anterior por la parte que ha sido beneficiada con la extensión del tiempo; la misma constituye una potestad de la parte agraviada y requiere indispensablemente tal falta de diligencia en el cumplimiento de las obligaciones de una de las partes [Chengwei3, Cap. 2].

84. Dicha figura, al requerir tal incumplimiento de uno de los contratantes, faculta a la afectada resolver el contrato o llevarlo adelante concediendo esa ampliación del tiempo para cumplir con la obligación faltada, únicamente si se ha dado tal incumplimiento anterior [**Chengwei3, Cap. 2**]. Además, al ser una facultad puede o no ser ejercida por la parte agraviada. De las correspondencias efectuadas por los obligados, se puede observar que no existe la voluntad por parte de la DEMANDADA de brindarle a la DEMANDANTE un plazo mayor para el cumplimiento de sus obligaciones, pues nunca se otorga una manifestación de extender el plazo esencial a la DEMANDANTE. Asimismo, la DEMANDADA no puede disponer de ampliación de tiempo de obligaciones propias, siendo la única legitimada para realizar tal extensión la DEMANDANTE.

2.2. IMSA incumplió con el plazo esencial pactado

2.2.1. Al no cumplirse la nominación el 18 de febrero, no puede esperarse un cumplimiento futuro por parte de IMSA.

85. Acordado que el cumplimiento por parte de la DEMANDADA debía de realizarse a más tardar el 28 de febrero de 2007, la DEMANDANTE se obligó a notificar el nombramiento del buque con una antelación no menor a diez días antes de efectuarse la entrega de la mercancía. A partir de esto, se colige que el último día en el que la DEMANDANTE podría llevar a cabo dicha obligación, la de realizar la comunicación de la nominación del barco era el 18 de febrero. Siendo el plazo de los 10 días, pactado por las partes como una condición esencial del negocio. [**Doc. N° 1**].

86. Pasada tal fecha sin llevar a cabo la notificación del nombramiento por parte de la DEMANDANTE, se constituyó un incumplimiento esencial del contrato, habilitando a la DEMANDADA para dejar sin efecto el negocio y abstenerse del cumplimiento de sus obligaciones. Asimismo, tanto el proceder de la DEMANDADA anterior a su incumplimiento, como su falta de comunicación en lo referente al nombramiento del buque, constituyen elementos para asegurar la pérdida de la confianza de la DEMANDADA en un futuro cumplimiento de la DEMANDANTE. Esta situación da lugar

a declarar un incumplimiento esencial del contrato, dadas las pocas expectativas de llevar a cabo las obligaciones de la DEMANDANTE derivadas del negocio y el incumplimiento mismo de la DEMANDANTE en cuanto a la condición esencial. **[Chengwei2, Cap. 4]**.

87. El comportamiento de la DEMANDANTE, manifestado en las epístolas posteriores al contrato, denota una clara intención de no realizar las obligaciones pactadas, pretendiendo frecuentemente la resolución del contrato **[Doc. No. 6, y 8]**, hasta llegar a la misma el 1 de febrero de 2007 **[Doc. No. 10]**. De la misma manera, su falta de comunicación posterior al 1 de febrero, en el que guarda total silencio y despreocupación por reanudar la relación comercial, y su siguiente pronunciamiento hasta el día 23 de febrero de 2007, demuestran razonablemente, conforme al Art. 8 CISG, una pérdida de la intención de la DEMANDANTE por seguir adelante con las obligaciones. Dicho intervalo, junto con el incumplimiento esencial de la obligación de nominar al barco, conllevan a asegurar que el vínculo se había disuelto y, por ende, las obligaciones derivadas del contrato también.

88. Cabe destacar que la DEMANDADA manifestó en todos su pronunciamientos una clara e inequívoca voluntad de cumplir con las obligaciones contractuales, instando a la DEMANDANTE a realizar la respectiva nominación del buque **[Doc. No. 5]**; asimismo, recordaba a la DEMANDANTE continuamente de la capacidad de la DEMANDADA para llevar a cabo la entrega de la mercancía **[Doc. No. 5, 7y 9]**.

89. En ciertos casos una obligación accesoria puede llegar a constituir un incumplimiento esencial como por ejemplo cuando es notorio que la inobservancia intencional de esta obligación acarrea una grave lesión a los intereses de las partes contratantes **[Koch, page 224; UNCITRAL DIGEST]**. De tal forma, que si una obligación accesoria puede dar lugar a un incumplimiento fundamental, con mayor razón dejar de realizar una obligación que ha sido pactada como *esencial* habilita a la parte afectada a resolver el contrato. **[Lookofsky, Pág. 259]**. En vista de las epístolas **[Doc. No. 6, 8 y 10]**, es notoria la negativa en cumplir por parte de la DEMANDANTE su obligación de nominar el buque el 18 de febrero, dada las constantes reiteraciones de ceñirse a los términos del contrato efectuados por la DEMANDADA *[supra]*.

2.2.2. La nominación del 26 de febrero por parte de IMSA no se ajusta a los diez días necesarios para que FASA pudiera cumplir con la entrega

90. La DEMANDANTE no sólo incumplió la obligación esencial de la nominación del buque a más tardar el 18 de Febrero, sino también la obligación de respetar los diez días para que la DEMANDADA realizara los trámites necesarios para llevar a cabo la entrega **[Doc. No. 11]**; como tal, la cláusula tercera del contrato establecía que era obligación esencial de la DEMANDANTE otorgar al menos tales diez días para preparar dicha entrega. Esta es la única obligación pactada como esencial y por ello debe tratarse y cumplirse de esta forma **[Doc. Nº 1]**. No obstante lo anterior, la DEMANDANTE, en clara contravención a lo dispuesto en el negocio, realizó la notificación del nombramiento del buque hasta el 23 de febrero, cinco días después de la fecha esencial establecida como límite. En el mismo comunicado brindó únicamente ocho días para realizar los preparativos de la entrega, cuando en la celebración del contrato pactó como esencial darle al menos tales diez días.

91. Los días pactados como necesarios para realizar los preparativos de la entrega se entienden en especial beneficio del vendedor, razón por la cual su renuncia o su menoscabo atienden al interés de la DEMANDADA. Esto hace que ella sea la única legitimada para disminuir el plazo esencial de los diez días. Por ello, la DEMANDANTE además del incumplimiento esencial del contrato, al no respetar tal plazo, está lesionando un interés en beneficio de la DEMANDADA. Es por este motivo que no puede cambiar unilateralmente el plazo para preparar la entrega.

92. Del mismo modo, debe considerarse que si las partes han acordado un plazo mínimo de diez días para realizar dichos preparativos, es porque reconocieron, al momento de celebrar el contrato, el complejo despliegue logístico que representaba la entrega de la mercadería. a la luz del anterior razonamiento, los ocho días que otorga la DEMANDANTE para arreglar la entrega son claramente insuficientes.

2.3. IMSA pudo haber cumplido e intencionalmente decidió no hacerlo

2.3.1. IMSA tenía que cumplir con sus obligaciones de nominar el buque con independencia de la prohibición a las exportaciones

93. De los hechos expresados en el intercambio epistolar, entiéndase que el impedimento sobrevenido era para exportar merluza, no para nominar el buque, cuya obligación recaía únicamente en la DEMANDANTE. Es notorio que se trata de dos obligaciones diferentes, en el que el obstáculo aparente en una de ellas, no imposibilita el cumplimiento de la otra. Por su parte, la entrega de la mercadería era la obligación de la DEMANDADA, cuya realización se llevaría a cabo a más tardar al 28 de febrero de 2007. Esta obligación no se concretó por el incumplimiento previo de la DEMANDANTE el 18 de febrero. A esto último se añade que la DEMANDADA se adhirió permanentemente a lo pactado en espera del levantamiento a la prohibición de la exportación de la mercancía, instando en todo momento a la DEMANDANTE a cumplir el término esencial del contrato [*supra*, §66].

94. La DEMANDANTE, con clara intención violatoria a lo contratado, pudo haber realizado la notificación del nombramiento del buque, aún cuando el impedimento a la exportación de la mercancía estuviera presente, dado que se trataba de una obligación esencial cuyo cumplimiento no representaba algún atentado a la normativa de Costa Dorada. Debe tomarse en cuenta dicha intención, dado que deben considerarse las expresiones de voluntad de ambas partes a lo largo de toda la relación contractual, para determinar las expectativas por la parte DEMANDADA en la relación contractual. [*Lookofsky*, Pág. 85].

95. Por su parte, una vez que la DEMANDANTE habiendo incumplido una obligación esencial, la DEMANDADA tiene el derecho a no proseguir con sus obligaciones. [*Ziegel*, Pág. 9-33]. Para el caso en concreto, tiene la facultad para no llevar a cabo su obligación de entregar la merluza.

96. Alternativamente, aún en caso de que se considere erróneamente que la DEMANDANTE se exoneró de sus obligaciones conforme a derecho, de acuerdo al Art. 79 CISG, es clara la intención de la DEMANDANTE de no seguir adelante con el contrato, ya que debió inmediatamente reanudar sus obligaciones realizando el

nombramiento del buque el 20 de febrero que la normativa permite la exportación; sin embargo, no lo hizo sino hasta días después. De haber existido una exoneración, la DEMANDANTE no acató los efectos de la figura de reanudar automáticamente las obligaciones, ocasionando con esta omisión un incumplimiento esencial del contrato.

97. Asimismo, en el caso de que se razonare que efectivamente hubo una ampliación del plazo por parte de la DEMANDADA, esta no puede disponer de obligaciones que no están constituidas a favor suyo. La entrega de la mercadería, a más tardar el 28 de febrero de 2007, es decir antes de la Semana Santa por ser un bien de temporada, es una obligación constituida en beneficio de la DEMANDANTE.

Conclusión Asunto 2

Las partes pactaron en el contrato que tanto el plazo para la entrega como para la nominación del buque, constituían condición esencial del negocio jurídico. Tal acuerdo es válido según el principio de la autonomía de la voluntad de las partes y debe ser respetado en virtud del principio *pacta sunt servanda*. La obligación de la DEMANDANTE era nominar el buque con una antelación mínima de diez días a la llegada de este a Puerto Madre y tenía, por tanto, como fecha límite el 18 de febrero. La modificación de un elemento esencial del contrato merece el consentimiento de ambas partes y la DEMANDADA nunca manifestó una propuesta tendiente a modificar o prorrogar los términos del contrato. Ahora bien, la notificación del nombramiento del vapor "Poseidón" fue realizada vía fax en fecha 23 de febrero. El carácter fundamental que reviste la cláusula relativa al plazo, implica que el nombramiento del buque en fecha posterior a la estipulada como límite por las partes constituye un incumplimiento esencial y en consecuencia, pone fin a la relación contractual.

El plazo otorgado por la DEMANDANTE no se ajusta a los diez días pactados de forma contractual ni permite la realización de los trámites y el despliegue logístico que merece la operación de entrega de la mercadería. Dicho plazo estaba concedido a favor de la DEMANDADA por lo cual ésta es la única habilitada para disminuir o prorrogar dicho plazo. Por otro lado, la ley que prohíbe la exportación de merluzas constituye, en todo caso, un impedimento al cumplimiento de la obligación de entrega y no afecta la

obligación de la DEMANDANTE de nominar el buque en el plazo preestablecido. Además, la intención de no cumplir con el propósito del contrato se verifica en el hecho de que la DEMANDANTE debió reanudar el cumplimiento de su obligación de nominar el buque inmediatamente después a la publicación de que la normativa no iba a ser prorrogada, es decir, el 20 de febrero. Por tanto, al existir un incumplimiento precedente por parte de la DEMANDANTE, la DEMANDADA tiene el derecho a no proseguir en el cumplimiento de sus obligaciones.

PETITORIO

De parte de la DEMANDADA, respetuosamente pedimos que el Tribunal Arbitral:

1. Que el Tribunal Arbitral reconozca que la cláusula arbitral ha sido resuelta;
2. En caso de no estimar la petición anterior, subsidiariamente se reconozca que el tipo de controversia exigida no se encuentra dentro del alcance de la cláusula arbitral;
3. Eventualmente es caso de no prosperar la anterior petición que admita que la cláusula no es aplicable puesto que no existe una voluntad inequívoca de someter la controversia exigida a arbitraje;
4. En defecto de no prosperar la anterior petición que reconozca que el arbitraje no es procedente por no haberse agotado las etapas de previas de negociaciones directas y mediación;
5. Que el Tribunal Arbitral se declare incompetente como una cuestión previa, por cualquiera de los cuatro motivos anteriores;
6. Declare que no existió el incumplimiento de la DEMANDADA de las obligaciones nacidas del contrato;
7. Reconozca la resolución unilateral de contrato hecha por la DEMANDANTE, debido a incumplimiento de obligaciones, el día 1 de febrero;
8. Que no se condene, bajo ningún motivo, en indemnización por daños y perjuicios por a la DEMANDADA pues no existió incumplimiento contractual de sus obligaciones;
9. Condenar a la DEMANDANTE a pagar intereses y costas por el perjuicio producido a la DEMANDADA; y,
10. Pagar cualquier sanción adicional que este Tribunal considere apropiada por el incumplimiento de sus obligaciones.

CERTIFICADO DE AUTENTICIDAD

ESEN VIERNES PRIMERO DE AGOSTO DEL 2008

Nosotros confirmamos que este memoranda ha sido escrito solamente por las personas que cuyos nombres se encuentran listados a continuación, los cuales han firmado el certificado. También certificamos que hicimos el presente memoranda sin recibir ningún tipo de asistencia durante el proceso escrito, de ninguna persona que no sea miembro de este equipo.

(Firmado) _____
JORGE RODRÍGUEZ

(Firmado) _____
VLADIMIR ALVARADO

(Firmado) _____
DIEGO ALCAINE

(Firmado) _____
CESAR ARTIGA

(Firmado) _____
ALFREDO BONILLA

(Firmado) _____
LUIS MARIO CORLETTA

(Firmado) _____
JOSE ROBERTO DIAZ

(Firmado) _____
HERMAN DUARTE

(Firmado) _____
JOSE MANUEL IRAHETA

(Firmado) _____
ELISA MENJIVAR

(Firmado) _____
GUILLERMO MIRANDA

(Firmado) _____
ROBERTO MIRANDA

(Firmado) _____
HAZEL PINTO

(Firmado) _____
DANIELLA RIVAS