

# COMPETENCIA INTERNACIONAL DE ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL

## TERCERA EDICION

### UNIVERSIDAD DEL ROSARIO – UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES



UNIVERSIDAD DEL ROSARIO



– 2010 –

#### Descripción del caso

#### La triste historia de los cinco amigos

#### 1. LAS PARTES

##### 1.1 Parte Demandante:

1. La Parte Demandante es **Fancy Wagons S.A.**, sociedad anónima constituida en Marmitania, con domicilio y sede social en Avenida de Las Velitas N° 84 de la ciudad metropolitana de Peonia (capital de Marmitania), cuya actividad principal es, según rezan sus estatutos sociales, la renovación y decoración de vagones para trenes, metros y tranvías. Esta parte se identificará, en lo sucesivo, como “Demandante” o “FW”.
2. Marmitania es Estado parte de la Convención sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras signada en Nueva York en 1958 [en adelante, la Convención de Nueva York] y la Convención Interamericana de Arbitraje Comercial celebrada en Panamá en 1975 [en adelante, Convención de Panamá].
3. Marmitania, además, adoptó la Ley Modelo de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI o UNCITRAL) sobre el arbitraje comercial internacional, con las enmiendas del año 2006 (en cuanto al artículo 7, incluyó la Opción I de la Ley Modelo). Esta norma se identificará, en adelante, como Ley Modelo.
4. El ordenamiento jurídico marmitanio, por último, adoptó la *summa divisio* originaria del derecho francés entre derecho privado y derecho administrativo con todas sus consecuencias jurídicas.

## **1.2 Partes Demandadas:**

5. La Parte Demandada N° 1 es Ferroturismo, E.S.P, sociedad de economía mixta vinculada al Ministerio de Turismo y Materias Aledañas de la República de Costa Dorada, con domicilio y sede social en la Calle 100 N° 7-45 de la ciudad de Puerto Madre (capital de Costa Dorada), cuya actividad principal es la gestión y el mantenimiento de la línea férrea turística que une Puerto Madre a la ciudad caribeña de Costa Dorada El Quijote. Esta parte se identificará, en lo sucesivo, como “Demandada N° 1” o “Ferroturismo”.
6. La Parte Demandada N° 2 es la República de Costa Dorada. Esta parte se identificará, en lo sucesivo, como “Demandada N° 2”, “Costa Dorada” o la “República”.
7. Costa Dorada es Estado parte de las convenciones de Nueva York y Panamá.
8. Costa Dorada, además, adoptó como Ley de Arbitraje el texto literal de la Ley Modelo CNUDMI sobre el arbitraje comercial internacional.
9. El ordenamiento jurídico de Costa Dorada, por último, adoptó la summa divisio originaria del derecho francés entre derecho privado y derecho administrativo con todas sus consecuencias jurídicas.

## **2. HECHOS**

### **2.1 Antecedentes previos a la celebración del contrato de renovación y decoración de vagones**

10. A principios de 2008, el conocido escritor vanguardista quijotano (oriundo de El Quijote) Alan Brito, autor, entre otras obras, del compendio de poemas “¡Oh!”, fue nombrado como Ministro de Turismo y Materias Aledañas de la República de Costa Dorada.
11. Una de las condiciones que Brito le expresó al Presidente de Costa Dorada antes de aceptar la cartera fue la de poder continuar publicando su columna semanal “Indiscreciones públicas” en el periódico local “El Mensajero”. El Presidente aceptó.
12. Desde que era un niño y jugaba fútbol descalzo en las playas de El Quijote, Brito se divertía con su banda de amigos (el Gordo, Lagaña, Merizalde y el Calvo, entre otros) corriendo al lado del tren que transportaba a El Quijote a los turistas del interior del país, especialmente los puertomadrenses, que venían a tomar el sol, bañarse en la playa y divertirse en las conocidas discotecas (“Muerte Súbita” y “Servicio Militar”, entre otras) de El Quijote.
13. No es ningún secreto que la línea férrea Puerto Madre – El Quijote siempre fue un importante recuerdo de infancia del Ministro Brito. Los “britómanos” recordarán, por ejemplo, aquel inolvidable capítulo de la primera novela de Brito, “¡Ah!”, en la que el autor

reinventa el tren Puerto Madre – El Quijote, y lo describe, con especial detalle, como un conjunto de vagones en los que los pasajeros podían “*faire la fête*”, gracias a su decoración y su ambiente, durante las cuatro horas y media que dura el viaje. La descripción de la página 48 de “*¡Ah!*” es bastante elocuente:

*Y los puertomadrenses podrían olvidar la pesadez de la existencia al encontrarse en una fiesta rodante, en el medio de vagones con luces que parecerían estrellas, bajo un firmamento de confeti y viento alado hecho de pétalos venusianos, viviendo, al fin, al ritmo de músicas desconocidas (de otras galaxias, quizás), en fin, en una atmósfera de felicidad y ligereza.*

14. El Ministro de Turismo y Materias Aledañas de Costa Dorada es la autoridad de tutela de la sociedad que gestiona y mantiene la vía férrea Puerto Madre – El Quijote, esto es, Ferroturismo, y, en su calidad de tal, es miembro y presidente de la Junta Directiva de la misma.
15. Tan pronto como llegó al Ministerio, Brito convocó a una reunión de la Junta Directiva de Ferroturismo para discutir sobre el estado de la línea férrea turística que une Puerto Madre a la ciudad caribeña de El Quijote y, de ser el caso, remediar cualquier problema.
16. El Informe presentado por el nuevo Gerente General de Ferroturismo (John Jairo Merizalde, amigo de infancia de Brito) a la Junta Directiva sobre el estado de dicha línea fue más que alarmante. Entre sus múltiples problemas, Merizalde subrayó el pésimo estado de los vagones e incluso el abandono de muchos de ellos en la estación de Puerto Madre en donde el óxido los había hecho prácticamente inutilizables.
17. La Junta Directiva de Ferroturismo, por lo tanto, decidió que una renovación de los vagones era necesaria.
18. El Ministro Brito, además, afirmó en dicha reunión que el potencial turístico de la línea férrea Puerto Madre – El Quijote no estaba siendo explotado como debía serlo. Brito agregó que varios de los vagones del tren deberían ser decorados, a la imagen de lo que el escribiera en “*¡Ah!*”, con el fin de que los turistas pudieran bailar y, en general, divertirse en el tren durante las cuatro horas y media del viaje. Según Brito, esta idea permitiría que Ferroturismo accediera a una fuente adicional de ingresos que ayudarían a mantener en buen estado tanto la vía férrea Puerto Madre – El Quijote como los vagones del tren.
19. Así las cosas, la Junta Directiva de Ferroturismo decidió celebrar un contrato con una empresa capaz de renovar y decorar los vagones del tren de la línea férrea.
20. Merizalde entonces recordó que el Gordo y el Calvo, nacionales de Marmitania que, cuando niños, pasaban sus vacaciones de verano en El Quijote, habían constituido ya desde hace

algunos años una sociedad de renovación y decoración de vagones de tren, metro y tranvía: FW.

21. Merizalde contactó a sus amigos para enviarles el Informe (con fotos) sobre el estado de los vagones y determinar si su empresa estaba en capacidad de renovarlos y decorarlos. Estos, por su parte, le enviaron una oferta formal de servicios a Ferroturismo en la que, entre otras cosas, ofrecían decorar 10 vagones tal y como Alan Brito los había descrito en su novela “¡Ah!”.
22. Merizalde escribió el Oficio N° 004 de 2008 al Ministro Brito antes de celebrar cualquier contrato con FW para asegurarse de que no fuere necesaria la organización de una licitación pública nacional o internacional en Costa Dorada para escoger al contratista.
23. Brito, luego de consultar al Doctor Calisto Ulpiano del departamento jurídico del Ministerio, respondió, por medio de Oficio N° 345 de 2008, que, dado que un contrato de renovación y decoración de vagones debería ser calificado, de conformidad con su naturaleza, “de derecho privado de la Administración”, era posible proceder mediante “contratación directa” en este caso.
24. Según Brito, además, era recomendable incluir una cláusula en el contrato que dijera expresamente que su objeto no afectaba el interés público ni interfería de ninguna manera en la prestación de un servicio público.
25. Brito, por último, recomendaba especialmente que el contrato fuere celebrado con FW. En un “post-it” de esos amarillos que Brito pegó en la primera página de su Oficio, éste incluso escribió, con destino a Merizalde, lo siguiente: “¿¡Para qué son los amigos!?”.

## **2.2 El contrato de renovación y decoración de vagones**

26. El 2 de agosto de 2008, FW y Ferroturismo celebraron un contrato para la renovación y decoración de vagones (en lo sucesivo el “Contrato”).
27. Brito, en su calidad de Ministro de Turismo y Materias Aledañas, firmó el Contrato en calidad de Parte Interviniente. Por lo mismo, una de las definiciones del Contrato preveía lo siguiente: “Parte Interviniente significa el Ministro de Turismo y Materias Aledañas”.
28. Varias cláusulas del Contrato deben ser descritas a continuación:
29. *En primer lugar*, el Contrato, en su Preámbulo, establecía, como uno de sus propósitos, el desarrollo del turismo nacional y subrayaba la importancia del turismo para la prosperidad de la economía de Costa Dorada.

30. *En segundo lugar*, el Contrato incluía una cláusula llamada “Calificación Jurídica” que establecía que aquél “no afectaba el interés público ni interfería de ninguna manera en la prestación de un servicio público”.
31. *En tercer lugar*, el Contrato estipulaba que FW se obligaba a renovar 20 vagones y a decorar, de acuerdo con la descripción en la novela “¡Ah!”, 10 de ellos en un plazo de 6 meses contados a partir de la firma del Contrato.
32. *En cuarto lugar*, el Contrato establecía que el precio de renovación por vagón era de US\$ 350.000 y que el precio de decoración, también por vagón, era de US\$ 200.000.
33. *En quinto lugar*, el Contrato disponía que, en caso de que los vagones fueran entregados antes del vencimiento del plazo contractual mencionado más arriba, una prima de US\$ 50.000 debería serle abonada a FW por vagón entregado anticipadamente.
34. *En sexto lugar*, el Contrato establecía que, en caso de que los vagones fueran entregados después del vencimiento del plazo, FW debía pagarle a Ferroturismo US\$ 50.000 por semana de retraso y por vagón.
35. *En séptimo lugar*, el Contrato disponía, en materia de “resolución de litigios”, lo siguiente: “Todas las controversias que resulten de este Contrato o que guarden relación con éste podrán ser sometidas al arbitraje. El proceso de llevar a cabo en idioma español”.
36. *Por último*, el Contrato determinaba, en cuanto a “derecho aplicable y jurisdicción”, lo que sigue: “Este Contrato será regido por los Principios UNIDROIT 2005. Los jueces costadoracenses serán competentes”.

### **2.3 Los hechos posteriores al Contrato**

37. Luego de la celebración del Contrato, un equipo de técnicos de FW viajó a Costa Dorada para revisar los vagones y preparar el plan y calendario de los trabajos. Los técnicos, en esa ocasión, se dieron cuenta inmediatamente de que el estado de los vagones era mucho más grave de lo que se decía e infería del Informe que Merizalde le envió a sus amigos de FW.
38. El 2 de septiembre de 2008, FW, por consiguiente, le escribió una carta a Merizalde y Brito informándolos de lo descubierto e invitándolos a celebrar una Adenda al Contrato prorrogando los plazos de entrega de los vagones renovados y decorados.
39. Brito y Merizalde, por su parte, decidieron consultar, una vez más, al servicio jurídico del Ministerio de Turismo y Materias Aledañas. El Doctor Ulpiano respondió, esta vez, lo siguiente: “[...] En principio, un contrato de derecho privado puede ser modificado de

común acuerdo de las partes contratantes. La jurisprudencia, empero, no es pacífica en cuanto a si es posible modificar de común acuerdo contratos celebrados por la Administración” (Oficio N° 815 de 2008).

40. Sobre la base del concepto citado más arriba, Brito y Merizalde decidieron celebrar una Adenda al Contrato el 30 de septiembre de 2008 prolongando los plazos de entrega de los vagones por 6 meses adicionales (en lo sucesivo la “Adenda”).
41. El 1 de octubre de 2008, Brito decidió escribir en su columna semanal un artículo en el que recordaba anécdotas censurables de algunas fiestas memorables en las que departió con el Presidente de la República. Al leer la columna, el Presidente de la República entró en cólera y le exigió a Brito presentar su renuncia. Éste así lo hizo, y Merizalde, por solidaridad, también dimitió.
42. El 2 de octubre de 2008, el Presidente de la República nombró al inmigrante vespuciano naturalizado Alí Cay Cedo, alias el “Calvo”, como Ministro de Turismo y Materias Aledañas, y éste, a su turno, nombró a Martín Secho, “Lagaña”, como Gerente General de Ferroturismo.
43. Después de dicho escándalo político, el Contrato siguió su curso sin mayores tropiezos.
44. FW entregó 10 vagones renovados y 10 vagones renovados y decorados el 31 de julio de 2009, esto es, dos días antes del vencimiento del plazo tal y como fuera prorrogado a través de la Adenda. Por consiguiente, FW exigió, a través de Factura N° 2-2008, pagos por las renovaciones, decoraciones y primas por entrega anticipada.
45. Dicha Factura, conforme con el trámite burocrático de rigor, fue transmitida al Director Financiero de Ferroturismo, el Economista Plutarco Mantilla. Mantilla, al revisar la Factura a la luz del Contrato y la Adenda, consideró que Ferroturismo no tenía por qué pagar ninguna prima por entrega anticipada. Después de todo, escribió en su Informe, “[...] los vagones no fueron entregados dentro del plazo originalmente previsto en el Contrato”. Mantilla también decidió remitirle el expediente al Dr. Ulpiano para que éste diera una opinión jurídica sobre lo que Ferroturismo debía pagarle a FW.
46. Ulpiano notó de inmediato que sus anteriores superiores jerárquicos habían decidido celebrar una Adenda al Contrato “[...] a pesar de su concepto jurídico advirtiéndoles de los riesgos de hacerlo”. Ulpiano no dudó en afirmar en su Oficio N° 412 de 2009 que “[...] la Adenda podría ser nula y que era indispensable crear una comisión técnica que revisara, además, si los vagones cumplían con las especificaciones técnicas previstas en el Contrato por referencia a la novela de Brito “¡Ah!” [...]”.

47. Secho decidió seguir las recomendaciones de Ulpiano y creó, mediante circular administrativa, una Comisión Técnica encargada de verificar si FW había cumplido con el Contrato a cabalidad. La Comisión, en primer lugar, concluyó que la renovación de los vagones parecía adecuarse a lo previsto en el Contrato. En segundo lugar, la Comisión estimó que la decoración de los 10 vagones, elemento esencial del Contrato, no correspondía en nada a lo descrito por Brito en “¡Ah!”. Según la Comisión, en efecto, FW se había limitado “[...] a colgar 10 piñatas e instalar algunas luces de colores en los 10 vagones sin crear de ninguna manera la ‘atmósfera de felicidad y ligereza’ tan bellamente descrita por Brito”.
48. Luego de leer el Informe de la Comisión, Ulpiano recomendó que Ferroturismo le solicitara al Ministro de Turismo y Materias Aledañas que terminara unilateralmente el Contrato por “falta de causa e ilegalidad de la Adenda”. Así lo hizo el Ministro.
49. El acto administrativo de terminación unilateral del Contrato fue notificado a FW el 15 de octubre de 2009.
50. Por carta del 25 de octubre de 2009, FW protestó ante el acto administrativo, y solicitó, tanto al Ministro como al Gerente General de Ferroturismo, que reconsideraran su decisión. Esta comunicación nunca fue respondida.
51. Por carta del 15 de enero de 2010, FW propuso un acercamiento entre las partes con el objeto de un arreglo amistoso del diferendo y aclaró que, de no recibir respuesta en un plazo de 45 días, FW se vería obligada a comenzar un arbitraje de conformidad con el Contrato. Esta carta tampoco obtuvo respuesta.
52. Así las cosas, FW comenzó un arbitraje contra Ferroturismo y la República reclamando el pago de la Factura N° 2-2008, intereses y costas.

#### **2.4 La notificación del arbitraje**

53. FW comenzó un arbitraje CIAC de acuerdo con el artículo 3 de la Convención de Panamá.
54. De conformidad con el artículo 3 (especialmente párrafos 1 y 3) de las Reglas de Procedimiento de la CIAC, FW envió su notificación de arbitraje a Ferroturismo y la República de Costa Dorada, con copia a la Doctora Adriana Polanía Polanía, Directora General de la CIAC, el 16 de marzo de 2010.
55. FW decidió no incluir su escrito de demanda en la notificación de arbitraje de conformidad con la facultad que le confiere el artículo 3(4) de las Reglas de Procedimiento de la CIAC.

## ACLARACIONES INICIALES DE LOS ORGANIZADORES

A los fines de la competencia, debe considerarse que:

56. (A) Los documentos están firmados por quienes dicen ser los firmantes, y que ellos tienen personería y autoridad para otorgar los actos que otorgaron. En consecuencia, los actos emanados de las personas que firman se consideran formalmente válidos e imputables a quienes dicen representar, sin admitirse cuestionamientos sobre legitimación, alcance de los poderes o cuestiones similares. De igual manera, se excluye la posibilidad de argumentar en contra de la existencia o capacidad de las personas morales envueltas en la controversia.
57. (B) Las comunicaciones han sido recibidas por las partes a quienes fueron dirigidas. Por lo tanto, no se admiten cuestionamientos acerca de eventuales vicios relativos a la forma de los instrumentos ni a su recepción.
58. (C) No hubo entre las partes otras comunicaciones que las incluidas en la anterior descripción de los hechos.
59. (D) Los hechos, tal como han sido descritos, no están en tela de juicio. A lo sumo, los equipos podrán hacer, de esos hechos, las inferencias que son permitidas por el Reglamento de la Competencia.
60. (E) Marmitania y Costa Dorada son países signatarios de la Convención sobre reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros (Nueva York, 1958) y de la Convención Interamericana de Arbitraje Comercial (Panamá, 1975).
61. (F) No se puede sustentar la argumentación en hechos que no fueron expuestos en el caso ni tampoco suponer la existencia de normas jurídicas particulares de derecho interno ni de Marmitania ni de Costa Dorada –especialmente, las relativas a condiciones y procedimientos específicos para la celebración de contratos en los que intervenga una entidad estatal-.
62. (G) En lo que respecta al fondo, la controversia se limita al debate contractual expuesto y, por ende, se excluyen materias tales como responsabilidad extracontractual, derecho tributario, cambiario y aduanero, derecho laboral, derecho de la competencia, asuntos penales y disciplinarios, normas que rigen obligaciones y competencias de funcionarios públicos, temas que competen exclusivamente al derecho internacional público –la protección diplomática y la determinación de la nacionalidad-, obligaciones que dependen exclusivamente de los resultados del proceso –costas y honorarios de abogados-.

\*\*\*\*\*