

**Competencia Internacional
De Arbitraje**

IV EDICION - 2011

MEMORIAL DE CONTESTACIÓN DE DEMANDA

EN NOMBRE DE
MOLINOS DEL PACIFICO S.A. (MOLPA)
***CALLE 55 N° 123, CIUDAD DE PUERTO
MADRE, COSTA DORADA.***

EN CONTRA DE
TRADERS AGROPECUARIOS DE
MARMITANIA S.A. (TRAMA)
***AV. DEL CORRAL N° 2.254, CIUDAD DE
PEONIA, MARMITANIA.***

Equipo Treinta y nueve (39)

ÍNDICE

LISTADO DE ABREVIATURAS.....	3
LISTADO DE AUTORES	4
LISTADO DE JURISPRUDENCIA	6
PARTE PRIMERA	8
RELACIÓN DE HECHOS	8
PARTE SEGUNDA.....	11
ARGUMENTOS DE JURISDICCION	11
INTRODUCCIÓN A LAS CUESTIONES DE FORMA.....	11
1. PRIMERA CUESTIÓN: MOLPA no tiene vinculación alguna con TRAMA susceptible de ser resuelta por arbitraje porque ésta no es parte del Contrato de Compraventa.	12
2. SEGUNDA CUESTIÓN: La demandante no tiene derecho a invocar la cláusula arbitral y a iniciar un arbitraje contra MOLPA porque no es parte del acuerdo arbitral.	14
3. TERCERA CUESTIÓN: TRAMA no puede invocar el arbitraje en carácter de cesionario de los derechos de Real porque la cesión de derechos hecha por éste a su favor carece de validez	15
4. CUARTA CUESTIÓN: TRAMA se equivoca al pretender valerse del principio de separabilidad para fundamentar la validez del compromiso arbitral.	17
CONCLUSIONES A LOS ARGUMENTOS DE JURISDICCIÓN.....	19
PARTE TERCERA.....	20
ARGUMENTOS DE FONDO	20
INTRODUCCIÓN A LAS CUESTIONES DE FONDO.....	20
1. PRIMERA CUESTIÓN: TRAMA no tiene derecho a reclamar la suma US\$ 386.400	23
1.1. La cesión de los derechos del Contrato hecha por Real a favor de TRAMA no es válida	23
1.2. Aún si la cesión fuera válida, TRAMA no tendría derecho a cobrar una suma superior a la abonada a Real	23
2. SEGUNDA CUESTIÓN: MOLPA tiene derecho a un reajuste equitativo del Contrato por excesiva onerosidad sobreviniente.....	24
2.1. Se rompió el equilibrio del Contrato.....	26
2.2. Las razones que originaron la caída del precio del trigo constituyen un hecho imprevisible.	30
2.2.1. Los eventos de Trigalia tuvieron lugar después de la firma del Contrato.....	30
2.2.2. Los eventos de Trigalia no pudieron ser razonablemente tenidos en cuenta por MOLPA al momento de celebrarse el Contrato.	31
2.2.3. Los eventos de Trigalia escapan al control de MOLPA.	32
2.3. MOLPA no asumió los riesgos del Contrato.	32
3. TERCERA CUESTIÓN: Real no cumplió con su deber de renegociación.	33
3.1. Real nunca demostró una actitud favorable a la renegociación, sin embargo vendió su crédito a TRAMA a un precio inferior.	35
4. CUARTA CUESTIÓN: MOLPA suspendió el cumplimiento de sus prestaciones debido a que dicho cumplimiento le ocasionaría perjuicios irreparables.	36
4.1. MOLPA no alega excesiva onerosidad para justificar su incumplimiento.	37
4.2. El hecho que MOLPA haya realizado tres pagos a Real, uno en su totalidad y dos parciales no significa que logró superar la situación de excesiva onerosidad que le afectaba.	38
CONCLUSIONES A LOS ARGUMENTOS DE FONDO.....	38
PARTE CUARTA	40
PETITORIO	40

LISTADO DE ABREVIATURAS

§	Párrafo
Art. /Arts.	Artículo / Artículos
Cap.	Capítulo
CCI	Cámara de Comercio Internacional
Cl.	Cláusula
Cláusula <i>Hardship</i>	<i>ICC Hardship Clause 2003. Cláusula Hardship de la CCI. Versión 2003</i>
Convención de New York	Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras firmada en New York durante la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Arbitraje Comercial Internacional, 1958.
Convención de Viena	Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, 1980.
Demandante/TRAMA	Traders Agropecuarios de Marmitania S.A.
Demandado/MOLPA	Molinos del Pacífico S.A.
el Contrato	Contrato de Compraventa de Trigo
Ley Modelo	Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1985 con las enmiendas aprobadas en 2006
N°	Número
p. / pp.	Página/Páginas
Principios UNIDROIT	Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales 2004
Real/Vendedor	Juan C. Real
Reglamento	Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI. Versión revisada en 2010
UNIDROIT	International Institute for the Unification of Private Law
vs.	Versus

LISTADO DE AUTORES

AGUILAR GRIEDER, Hilda

“La extensión de la cláusula arbitral a los componentes de un grupo de sociedades en el arbitraje comercial internacional”

2001, p. 222

Citado en: § 62

ALTERINI, Atilio Aníbal

“Contratos, civiles-comerciales-de consumo, Teoría General” 4^{ta} Edición

Ed. Abeledo-Perrot, Bs. As., 1999, pp. 652

Citado en: § 39

ALTERINI, Atilio Aníbal

“Teoría de la imprevisión y cláusula de Hardship”

Publicado en: Roma e América Diritto Romano Comune; Rivista di Diritto dell’integrazione e unificazione del diritto in Europa e in América Latina.

MucchiEditore, 2002

Citado en: § 90, 143

ALTERINI, Atilio, AMEAL, Oscar, LOPEZ C., Roberto

“Derecho de Obligaciones Civiles y Comerciales”

Ed. Abeledo-Perrot, Bs. As., 2009, pp. 426, 427, 459

Citado en: § 86

BORDA, Guillermo A.

“Manual de Obligaciones” 7^a Edición

Ed. La ley, Buenos Aires, 2008, pp. 87, 94, 299

Citado en: § 86, 117

BORDA, Guillermo A.

“La teoría de los actos propios”

Ed. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 2005, p. 53

Citado en: § 53

CAIVANO, Roque J.

“Arbitraje”

Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2000, p. 75, 159, 160

Citado en: § 61, 78

CAIVANO, Roque J.

“La cláusula arbitral. Evolución histórica y comparada”

Ed. Universidad de Rosario, 2008, p. 243, 244

Citado en: § 64

CASTRO, Ana, ZAPATA, Ana

“El hardship en los contratos internacionales”

Revist@ e-mercatoria, Vol. 4, N° 2, 2005, p. 12

Citado en: § 143

CLARO SOLAR, Luis

“Explicaciones de derecho civil chileno y comparado. De las Obligaciones”

Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1979, p. 223

Citado en: § 87

ENCICLOPEDIA JURÍDICA OMEBA

Ed. Driskill S.A.

Tomo X, 1982, pp. 429, 431

Citado en: § 76

ENRIQUE GRANILLO, Raúl

“Distribución de los riesgos en la contratación administrativa”

Ed. Astrea, 1990, p. 12

Citado en: § 102

FERNÁNDEZ, Raymundo L., GÓMEZ LEO, Osvaldo R.

“Tratado Teórico-práctico de Derecho Comercial”

Depalma, Buenos Aires, 1986, p. 339

Citado en: § 33

FONTANARROSA, Rodolfo

“Derecho Comercial Argentino”, 1975, p. 410

Citado en: § 36

GAZQUEZ SERRANO, Laura

“El contrato de mediación o corretaje”, 2007, p. 80

Citado en: § 38

HOWARD JENKINS, Sarah

“Exemptions for Nonperformance: ICISG, UNIDROIT Principles – A Comparative Assessment”

Tulane Law Review, Vol. 72, June 1998, N° 6, p. 2027

Mencionado en: **KONARSKI, Hubert.** *“Force Majeure and Hardship Clauses in international contractual practice”*, International Business Law Journal. N°4, 2003, p. 419

Citado en: § 152

ILLESCAS ORTIZ, Rafael, PERALES VISCASILLAS, M^a del Pilar

“Derecho Mercantil Internacional. El Derecho Uniforme”

Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2003, p. 476

Citado en: § 44

LORENZETTI, Ricardo Luis

“Tratado de los contratos”

p. 179

Citado en: § 31

MONESTIER, Tanya J.

“Nothing comes from nothing... or does it? A critical re-examination of the doctrine of the separability in American arbitration”

The American Review of International Arbitration

Vol. 12. 2001, p. 23

Mencionado en: **CAIVANO, Roque J.** “*La cláusula arbitral. Evolución histórica y comparada*”, 2008, p. 243

Citado en: § 64

OSSORIO, Manuel

“*Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*”

Editorial Heliasta, Buenos Aires, Argentina, 2008, pp. 663, 807

Citado en: § 93

SIMONE, Carmen

“*El hardship en la contratación comercial internacional*”

FORO revista de derecho, No. 5, UASB-Ecuador ICEN. Quito, 2006, pp. 85, 88

Citado en: § 107, 109, 134

TALAVERA, Hernán G.

“*Hardship en los contratos*”

2005

Disponible en: <http://archivo.laprensa.com.ni/archivo/2005/junio/29/economia/economia-0050629-07.html>

Citado en: § 97

TERRAZA MARTORREL, Juan

“*Modificación y resolución de los contratos por excesiva onerosidad o imposibilidad en su ejecución. Teoría de la cláusula rebus sic stantibus*”

Editorial Bosch, Barcelona, 1951, p. 72

Citado en: § 104

LISTADO DE JURISPRUDENCIA

ICC Award N° 9994, 12/2001.

Disponible en: <http://www.unilex.info/case.cfm?id=1062>

Citado en: § 114

“***Chevron Co. & Texaco P. Co. c/ Ecuador***”

ICC Award N° 421, 2010

Disponible en: <http://www.unilex.info/case.cfm?id=1534>

Citado en: § 115

“***Basf Argentina S.A. c/ Capdevielle Key y Cía. S.A s/ competencia***”

Competencia N° 1651. XXXIX.

Suprema Corte de Buenos Aires, 11/05/2004.

Disponible en: http://www.revistarap.com.ar/Derecho/administrativo/competencia_administrativa/basf_argentina_sa_c_papdevielle_key_y_ci.html

Citado en: § 45

“Buckeye Check Cashing v. Cardegna”

546 U.S. 440 (21/02/2006)

US Supreme Court

Disponibile en: <http://www.trans-lex.org/303150>.

Citado en: § 63

“Prima Paint Corp. v. Flood & Conklin Manufacturing Co”

US Supreme Court

388 U.S. 395 (12/06/1967).

Disponibile en: <http://supreme.justia.com/us/388/395/>.-

Citado en: § 63

“Southland Corp. v. Keating”

465 U.S. 1 (23/01/1984)

US Supreme Court

Disponibile en: <http://supreme.justia.com/us/465/1/case.html>.-

Citado en: § 63

“Gosset c. Carapelli”

Cour de cassation, Sala Civil

Revue de l'Arbitrage, 1963, p 60.

Citado en: § 63

PARTE PRIMERA
RELACIÓN DE HECHOS

1. El Señor Juan C. Real (en adelante Real), productor agropecuario de Pampa del Cielo, ha contactado con la firma TRADERS AGROPECUARIOS DE MARMITANIA S.A. (en adelante TRAMA), a fin de que ésta analice las mejores condiciones de venta para la próxima cosecha de trigo.
2. Habiendo TRAMA evaluado y analizado las condiciones del mercado, recomendó al Señor Real vender el trigo a nuestra representada, MOLINOS DEL PACÍFICO S.A. (en adelante MOLPA).
3. En su carácter de corredor o *bróker*, TRAMA fue transmitiendo a las partes las condiciones a que estaría sujeta la operación, hasta llegar estas a un acuerdo. Dicho acuerdo establecía que Real entregaría 4.000 toneladas de trigo pan (*triticum aestivum*), en condiciones aptas para molienda, puesto sobre camiones en las instalaciones de MOLPA. El precio de venta acordado fue de US\$ 210 (doscientos diez dólares americanos) por cada tonelada.
4. Desde la primera semana de febrero Real debía entregar entre 400 y 600 toneladas por semana hasta completar en marzo la entrega de 4.000 toneladas.
5. La modalidad de pago fue establecida de acuerdo al siguiente detalle:

1° Pago	22 de febrero	Mercadería entregada durante la 1ra quincena de febrero.
2° Pago	5 de marzo	Mercadería entregada durante la 2da quincena de febrero
3° Pago	22 de marzo	Mercadería entregada durante la 1ra quincena de marzo
4° Pago	5 de abril	Saldo de la mercadería entregada.

6. El Contrato de Compraventa de Trigo, bajo estas condiciones fue suscripto por Real (vendedor) y MOLPA (comprador).
7. Posterior a la firma del contrato, en los últimos días de enero, se conoció que la cosecha de trigo de Trigalia -el principal país productor en el mundo de ese cereal- se incrementaría en un 50% a las estimaciones conocidas hasta entonces. Esto debido a que, a causa de una crisis económica y por las protestas de los agricultores contra las medidas fiscales, el presidente de ese país se vio obligado a renunciar. El nuevo Presidente, el **27 de enero de 2010** anunció la eliminación de impuestos a la exportación de trigo.
8. Esto ocasionó la inmediata reacción de los mercados y, frente a la perspectiva de que la producción de Trigalia incrementaría, el precio del trigo sufrió una caída.

9. Real comenzó a entregar el trigo a MOLPA en la primera semana de febrero, completando la entrega de las 4.000 toneladas en 7 (siete) semanas.
10. Sin embargo, MOLPA se vio imposibilitada de cumplir con los pagos en la forma prevista. El **22 de febrero de 2010** pagó la suma de US\$ 260.400 (doscientos sesenta mil cuatrocientos dólares americanos) correspondiente a las entregas realizadas durante la primera quincena de febrero. El **5 de marzo** pagó el 50% de la mercadería entregada por Real durante la segunda quincena de febrero, equivalente a US\$ 123.900 (ciento veintitrés mil novecientos dólares americanos). El **22 de marzo** pagó el 30% de la mercadería entregada durante la primera quincena de marzo, equivalente a US\$ 69.300 (sesenta y nueve mil trescientos dólares americanos).
11. El **23 de marzo de 2010**, posterior al vencimiento del tercer pago, Real emplazó a nuestra representada al pago de la suma adeudada hasta ese momento (US\$ 285.600) más los intereses.
12. En respuesta al emplazamiento, el **29 de marzo de 2010**, MOLPA comunicó a Real que la baja del precio del trigo había afectado igualmente el mercado de la harina, y que el precio pactado en el contrato resultaba excesivamente oneroso, además de constituir un enriquecimiento indebido a favor de Real. En dicha comunicación ofreció a Real negociar el monto y la forma de pago de la deuda.
13. El **6 de abril de 2010**, Real respondió rechazando cualquier negociación y volvió a intimar a MOLPA al pago de la suma total adeudada –que ascendía a US\$ 386.400- más los intereses. La comunicación fue efectuada por Real bajo apercibimiento de iniciar el procedimiento de arbitraje previsto en el contrato.
14. En comunicación del **13 de abril de 2010** MOLPA insistió en su postura y reiteró los términos de su anterior comunicación.
15. El **3 de junio de 2010** Real recibió de TRAMA la suma de US\$ 320.000 y otorgó un documento en el que cedía a este todos sus derechos contra MOLPA derivados del Contrato de Compraventa de Trigo del 14 de enero de 2010.
16. El **4 de noviembre de 2010** TRAMA comunicó a MOLPA su intención de iniciar el proceso arbitral e hizo notar que iniciaba el arbitraje en su condición de titular de los derechos que correspondían a Real derivados del Contrato de Compraventa de Trigo en virtud del documento extendido por este en fecha 3 de junio de 2010, reclamando la suma de US\$ 386.400 (trescientos ochenta y seis mil cuatrocientos dólares americanos) más intereses. TRAMA designó como árbitro al Dr. José María del Horno.

17. El **3 de diciembre de 2010**, MOLPA contestó la notificación de arbitraje de TRAMA en base a las siguientes consideraciones:
- a. Negó tener con TRAMA vinculación alguna susceptible de ser resuelta por arbitraje.
 - b. Negó que TRAMA tuviera derecho a invocar la cláusula arbitral y a iniciar un arbitraje contra MOLPA.
 - c. Negó el derecho de TRAMA a reclamar cualquier suma de dinero.
18. En subsidio, negó que TRAMA tuviese derecho a cobrar la suma reclamada porque esta es una suma superior a la abonada a Real y que ni siquiera Real tenía derecho a cobrar esa suma al tener MOLPA un derecho al reajuste del precio por excesiva onerosidad sobreviniente.
19. Con reserva de lo anterior, MOLPA designó como árbitro al Dr. Gustavo Ramondegui.
20. El **14 de diciembre de 2010** los árbitros designados por las partes dieron a conocer su decisión de nombrar a la Dra. María del Carmen Prieto como Presidente del Tribunal Arbitral.
21. El **30 de diciembre de 2010** el Tribunal emitió la Orden Procesal N° 1 dando así inicio al proceso de arbitraje. No siendo posible un acuerdo entre la partes sobre la sede del arbitraje, mediante Orden Procesal N° 2 del **21 de abril de 2011**, el Tribunal Arbitral fijó la sede del arbitraje en Villa del Rey, capital del Estado de Feudalia.

PARTE SEGUNDA
ARGUMENTOS DE JURISDICCION

INTRODUCCIÓN A LAS CUESTIONES DE FORMA

22. Señores Miembros del Tribunal Arbitral, esta representación reconoce el Art. 16.1 de la Ley Modelo, cuyo texto coincide en su totalidad con la Ley de Arbitraje de Feudalia, vigente en la sede de este arbitraje y el Art. 23 del Reglamento que establecen la facultad del Tribunal Arbitral para decidir acerca de su propia competencia. Por tanto, no formulamos manifestación alguna en contra de la facultad de este y todo tribunal arbitral para decidir sobre su propia competencia.
23. Sin embargo, y en razón de que nuestra representada está queriendo ser atada al procedimiento arbitral por alguien que no es y nunca ha sido parte del Contrato que firmó, formulamos respetuosa objeción respecto de la competencia de este Tribunal Arbitral para entender en esta controversia en base a los argumentos de hecho y de derecho que expondremos a lo largo de esta contestación de demanda.
24. En el presente apartado presentaremos los argumentos que prueban la falta de legitimación de TRAMA para invocar la cláusula arbitral contenida en el Contrato (cl. 23^a), en virtud de que:
25. En primer lugar, la demandante, al contrario de lo que afirma en el escrito de demanda, no es parte del Contrato del cual deriva esta controversia y en consecuencia, no es parte del acuerdo arbitral inserto en el Contrato.
26. En segundo lugar, la cesión de derechos hecha por el vendedor a TRAMA, en virtud de la cual éste invoca el procedimiento arbitral, carece de validez, no pudiendo ser opuesta a nuestra representada.
27. Finalmente, consideramos improcedente la aplicación del principio de separabilidad de la cláusula arbitral del cual la demandante pretende valerse para invocar el procedimiento arbitral.
28. De este modo, solicitamos al Tribunal, desconocer el arbitraje como el procedimiento válido para dirimir el presente conflicto, declarando su incompetencia.

1. PRIMERA CUESTIÓN: MOLPA no tiene vinculación alguna con TRAMA susceptible de ser resuelta por arbitraje porque ésta no es parte del Contrato de Compraventa.

29. Señores Árbitros, la presente controversia tiene origen en el Contrato de Compraventa de Trigo celebrado en fecha 14 de enero de 2010 entre MOLPA, como comprador y Real, como vendedor.
30. La demandante, en el párrafo 64 de su escrito de demanda, alega estar legitimada para iniciar el procedimiento arbitral *“en virtud de la posición que esta detenta como parte en el contrato de compraventa de trigo, al haber sido firmante del mismo”*, postura que negamos terminantemente por los motivos que pasamos a exponer.
31. Esta representación sostiene, en contraposición a la demandante, que TRAMA no es parte del Contrato de Compraventa de Trigo sino solo un intermediario que ha acercado a las partes para la concreción del negocio, puesto que parte en un contrato es aquella obligada a cumplir una de las prestaciones pactadas. Al respecto, LORENZETTI explica que *“La parte en un contrato es el centro jurídico al cual se le imputan las declaraciones de voluntad obligatorias; es un centro de interés que emite la voluntad y que resulta obligado; la relación obligacional que causa un contrato se traba entre las partes”* (LORENZETTI, Ricardo Luis. *“Tratado de los contratos”*).
32. El único vínculo generado entre TRAMA y cada una de las partes del Contrato de Compraventa de Trigo es el contrato de corretaje, que resulta de la gestión realizada en su papel de corredor o *bróker*.
33. Al respecto, explican FERNÁNDEZ - GÓMEZ LEO que: *“hay que distinguir precisamente dos actos jurídicos bien definidos y de distinta naturaleza; ellos son el contrato de corretaje, entre el corredor y comitente, que tiene por finalidad la tarea de colaboración y acercamiento de las partes, y el contrato principal, que se lleva a cabo entre aquellas partes que el comitente ha conseguido acercar, respecto del cual el corredor queda totalmente ajeno”* (FERNÁNDEZ, Raymundo L., GÓMEZ LEO, Osvaldo R., *“Tratado Teórico-práctico de Derecho Comercial”*). Atendiendo a esta distinción, es claro que, en el caso que nos ocupa, existe por un lado un contrato de compraventa en el cual son partes un **comprador** y un **vendedor**, y por otro, existe un contrato de corretaje previo al contrato de compraventa.
34. Recordemos que Real contactó con TRAMA para que éste explorara las mejores posibilidades de colocar la cosecha de trigo y el resultado de esa gestión ha sido el

contacto y el acercamiento de Real con nuestra representada. TRAMA ha intermediado en las negociaciones entre vendedor y comprador, ha transmitido las condiciones del negocio a cada una de las partes y ha firmado el Contrato de Compraventa.

35. No obstante, el hecho que haya firmado el Contrato de Compraventa no otorga el carácter de parte a TRAMA. Esta lo hizo al solo efecto de acreditar que el Contrato de Compraventa se logró gracias a su intermediación, es decir, TRAMA firmó para documentar la existencia del contrato de corretaje y tener derecho así al cobro por el servicio prestado.
36. El contrato de corretaje es autónomo respecto del Contrato de Compraventa. En relación, FONTANARROSA sostiene: *“El corredor celebra un contrato: el de corretaje, en virtud del cual se compromete a promover la conclusión de otro contrato (compraventa, permuta, préstamo, etc.), que otras personas tienen interés en celebrar, adquiriendo el derecho de cobrar una retribución por su actividad intermediadora”* (FONTANARROSA, Rodolfo. *“Derecho Comercial Argentino”*).
37. El autor aclara, con toda precisión que los corredores no concluyen los contratos que interesan a sus clientes sino que se limitan a promoverlos o facilitarlos; que la mediación constituye el contenido de una prestación que el corredor debe al comerciante en virtud de una relación o de un contrato de corretaje, distinto y autónomo respecto del contrato de cuya promoción se ha encargado.
38. Así, el contrato de corretaje es principal, puesto que no existe identidad de causa entre la mediación y el negocio principal, es decir, no cabe duda de que la mediación existe *per se*, y es por tanto un contrato principal, independientemente a que el contrato que trata de conseguir el mediador se perfeccione o no (GAZQUEZ SERRANO, Laura. *“El contrato de mediación o corretaje”*).
39. Ahora bien, explica ALTERINI que en la celebración del contrato pueden intervenir: a) *otorgantes en nombre propio, que celebran el contrato por sí y que, por lo tanto son partes en el acto*; b) *otorgantes en nombre ajeno, que representan a las partes interesadas; en tal situación "parte" en el contrato es el "representado"*; c) *meros transmisores de la voluntad contractual de la "parte", como ser, en su caso, un corredor o un agente sin representación; éstos son "meros instrumentos de transmisión de la voluntad", siendo parte quien la emite, no quien la transmite*. Todo lo cual se relaciona con la distinción entre "parte" del contrato y "tercero" ajeno a él, de la que se desprende que resultan vinculadas jurídicamente por el contrato únicamente las partes y no los

terceros (ALTERINI, Atilio Aníbal, "*Contratos, civiles-comerciales-de consumo, Teoría General*"), como lo es TRAMA.

40. En conclusión, las únicas partes en el Contrato de compraventa de trigo son Real (vendedor) y MOLPA (comprador), quedando claro que TRAMA actuó de intermediario, por lo que no puede ser catalogado como *parte* en el contrato de compraventa, como lo alega erróneamente la representación demandante.

2. SEGUNDA CUESTIÓN: La demandante no tiene derecho a invocar la cláusula arbitral y a iniciar un arbitraje contra MOLPA porque no es parte del acuerdo arbitral.

41. La demandante arguye que "*TRAMA acordó junto con los demás contratantes la cláusula de resolución de conflictos contenida en el contrato de compraventa de trigo.*" (§ 22 escrito de demanda)

42. La cláusula de resolución de conflictos contenida en el Contrato y a la cual la demandante hace referencia establece que "*Todo litigio, controversia o reclamación entre las partes resultante de este contrato o relativo a este contrato, su incumplimiento, resolución o nulidad, se resolverá mediante arbitraje de equidad (ex aequo et bono), de conformidad con el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI que estuviera aprobado por la Comisión al momento de presentarse la solicitud de arbitraje.*" (cl. 23ª).

43. Señores Árbitros, hemos visto que TRAMA no puede ser considerada parte del Contrato de Compraventa por las razones señaladas en el punto anterior. Por tanto, es obvio que TRAMA no ha acordado con los contratantes la cláusula arbitral contenida en el contrato. TRAMA no ha sido parte del Contrato de Compraventa de Trigo; no ha sido parte del convenio arbitral, por tanto, no está legitimada a invocar el arbitraje.

44. El art. 7.1 de la Ley Modelo y el art. II.2 de la Convención de New York establecen un límite en cuanto que la competencia de los árbitros se constriñe a aquellas disputas que surjan *entre las partes*, esto es, la privacidad del contrato de arbitraje implica que únicamente quedan sometidas al acuerdo las partes inmersas en una relación jurídica que deciden someter sus disputas a arbitraje, invistiendo así de poder para ello a los árbitros (ILLESCAS ORTIZ, Rafael, PERALES VISCASILLAS, Ma. del Pilar. "*Derecho Mercantil Internacional. El Derecho Uniforme*").

45. Traemos a colación el caso análogo *Basf Argentina S.A. c/ Capdevielle Key y Cía. S.A.*, donde la vendedora (BASF) demandaba a su agente corredor (Capdevielle) por el cobro de las sumas no rendidas. En este caso se discutía la competencia del tribunal arbitral al que quería someter la disputa la parte actora, puesto que la demandada alegaba que dicho

tribunal no era competente puesto que la cláusula arbitral contenida en el contrato de compraventa ligaba solamente al comprador y al vendedor, creando así una discrepancia entre el Juzgado Nacional en lo Comercial N° 6 y la Cámara Arbitral de la Bolsa de Cereales, respecto a quien resultaba competente para entender en la causa. La Suprema Corte, a la que fue derivada esta disputa para decidir quién tenía competencia, decidió otorgarla al Juzgado Nacional en lo Comercial N° 6 fundando entre otros supuestos que: “...*si bien el corredor ha intervenido en la celebración de los contratos de compraventa en calidad de representante de la actora, la cláusula compromisoria, contenida en los boletos de compraventa, claramente está referida a la intervención del órgano arbitral para la solución de diferendos que surjan entre vendedor y comprador, pero no entre el corredor y su comitente enajenante (...) la cláusula compromisoria inserta en el contrato, sólo obliga a las partes que realizan la compraventa de cereales...*” (“*Basf Argentina S.A. c/ Capdevielle Key y Cía. S.A s/ competencia*”, Suprema Corte de Buenos Aires, 11/05/2004).

46. La presente controversia, Señores Árbitros, tiene la misma falencia. TRAMA se presenta invocando la cláusula arbitral como *parte* del Contrato de Compraventa, cuando que, para esta representación, resulta claro su verdadero carácter: corredor, *bróker*, intermediario. Así, queda claro que el Tribunal Arbitral no tiene competencia para dirimir el presente conflicto, puesto que TRAMA no es *parte* del Contrato de Compraventa y por ende, no es parte del acuerdo arbitral.

3. ***TERCERA CUESTIÓN: TRAMA no puede invocar el arbitraje en carácter de cesionario de los derechos de Real porque la cesión de derechos hecha por éste a su favor carece de validez***

47. Señores Miembros del Tribunal, la demandante, en su escrito de demanda, se atribuye de manera errónea una legitimación activa para iniciar el procedimiento arbitral previsto en la cláusula 23^a del Contrato celebrado entre nuestra representada y Real, en virtud de una cesión hecha por éste a favor de TRAMA.

48. A continuación pasaremos a explicar por qué la cesión previamente citada carece de validez, constituyendo un acto falaz por parte de Real, violando preceptos jurídicos fundamentales como lo son la buena fe contractual y la seguridad jurídica que deben reinar al contratar.

49. Sres. Árbitros, la demandante afirma que la cesión de los derechos derivados del Contrato, hecha por Real a favor de TRAMA, es válida, por ser esta última, parte del mencionado contrato, y que, en consecuencia la cláusula 21^a no le es oponible.
50. Veamos primero qué dice la cláusula 21^a: “*los contratantes no podrán ceder o transferir a terceros el contrato ni los derechos y/u obligaciones emergentes del mismo*”.
51. Cabe referir que nos encontramos ante una cláusula negociada y libremente aceptada por las partes del Contrato, pues el contrato es un plan racional del futuro, esto significa que las partes son arquitectas de su futuro, saben qué va a pasar en el futuro, y por tanto, en confianza al contrato pueden celebrar otras actividades. (Palabras del Prof. Roberto Moreno Rodríguez-Alcalá en la Cátedra Derecho Civil IV - Contratos. Universidad Católica de Asunción)
52. Así las cosas, es claro que MOLPA y Real, insertando esta cláusula al momento de celebrar el contrato, tuvieron la intención de evitar que cualquier derecho u obligación sea cedido. De este modo, al pactar esta cláusula, Real hizo entender a MOLPA que no haría ninguna cesión de derechos y/u obligaciones ¿es justo, señores árbitros, que MOLPA sea perjudicado ahora por una conducta exactamente opuesta a la acordada con Real al momento de contratar?
53. La conocida teoría de los actos propios, a través de su antecedente más importante, que es el brocardo *venire contra factum proprium*, afirma que “*a nadie le es lícito hacer valer un derecho en contradicción con su anterior conducta, cuando esta conducta interpretada objetivamente según la ley, según las buenas costumbres o la buena fe, justifica la conclusión de que no se hará valer el derecho, o cuando el ejercicio posterior choque contra la ley, las buenas costumbres o la buena fe*” (BORDA, Guillermo. “*La teoría de los actos propios*”).
54. Real, mediante la cláusula en cuestión, ha renunciado a la facultad de ceder derechos y/u obligaciones derivados del contrato celebrado con nuestra representada. En consecuencia, no es lícito oponer a MOLPA -quien ha interpretado tal facultad como renunciada- la conducta contradictoria que Real ha demostrado y que deviniera en la cesión de sus derechos a TRAMA.
55. Real es la única persona con quien MOLPA ha contratado y acordado el procedimiento arbitral en caso de controversias. Por tanto, Real es la única persona facultada a invocar dicho acuerdo, máxime cuando la cesión de tal facultad ha sido prohibida por expresa convención de las partes en el ejercicio de la libertad contractual.

56. Demostrada así la validez de la cláusula 21^a, pasamos a exponer las razones por las cuales la cesión hecha por Real a TRAMA carece de validez y no puede ser opuesta a nuestra representada.
57. Señores Ábitros, esta representación ha hecho ya referencia al rol de TRAMA en el negocio celebrado entre Real y MOLPA, quedando demostrado que TRAMA no es parte del Contrato de Compraventa de Trigo, sino solo un intermediario, que si bien ha estado relacionado con las partes en el negocio y ha tenido conocimiento del transcurrir del mismo, no puede ser considerada parte bajo ningún pretexto.
58. Es por esta razón, que la demandante incurre en un grave error al afirmar que la cláusula 21 no le puede ser opuesta en virtud de que la misma ha sido establecida para el caso de terceros no intervinientes. La cláusula es clara y reza *“los contratantes no podrán ceder o transferir a terceros el contrato ni los derechos y/u obligaciones emergentes del mismo”*. Los contratantes son MOLPA y Real, terceros son todas las demás personas que no son parte del contrato. Tercero, Señores Ábitros, es TRAMA.
59. En conclusión, dado que las únicas partes del Contrato de Compraventa de Trigo, que son MOLPA y Real, han acordado la prohibición de la cesión de derechos del contrato; la cesión de derechos hecha por Real a favor de TRAMA, y en virtud de la cual la demandante invoca el procedimiento arbitral, carece de validez, no pudiendo ser opuesta a nuestra representada.
- 4. CUARTA CUESTIÓN: TRAMA se equivoca al pretender valerse del principio de separabilidad para fundamentar la validez del compromiso arbitral.**
60. La representación de la demandante se equivoca al afirmar la validez de la cláusula arbitral basándose en el principio de separabilidad, cual es un argumento carente de sentido, puesto que tal principio, consagrado en el Art. 16 de la Ley Modelo¹ tiene por objeto hacer valer la cláusula arbitral en caso de que el contrato base sea nulo. Al traer a colación este principio, la demandante trata de inducir a error al Tribunal al momento de considerar las pautas necesarias para validar el acuerdo arbitral.
61. Al respecto, CAIVANO sostiene que *“la doctrina mayoritaria coincide actualmente en que el acuerdo arbitral goza de cierta autonomía respecto del contrato principal en el que se inserta, a raíz de lo cual no sufre las vicisitudes propias de aquel. De esta manera, la*

¹ “Una cláusula compromisoria que forme parte de un contrato se considerara como una cuerdo independiente de las demás estipulaciones del contrato (...) la decisión del tribunal arbitral de que el contrato es nulo no entrañara *ipso jure* la nulidad de la cláusula compromisoria”.-

eficacia del arbitraje no se vería afectada por aquellas causales en virtud de las cuales pueda controvertirse la validez del contrato” (CAIVANO, Roque J. “Arbitraje”).

62. La autonomía de la cláusula arbitral responde fundamentalmente a dos tipos de motivaciones. Por una parte, al necesario respeto de la voluntad manifestada por las partes de someterse al arbitraje, lo cual *implica que la intención de las partes ha sido que la nulidad o invalidez del contrato en cuestión también fuese resulta por la vía arbitral. Y por otra parte, a la distinta función que cumple la cláusula compromisoria con respecto al contrato al cual aparece referida. Mientras que el contrato base se refiere a los derechos y obligaciones sustantivos de las partes, esto es, a las prestaciones patrimoniales de las partes, la cláusula arbitral es un contrato cuya finalidad principal es establecer un procedimiento alternativo de resolución de los litigios, susceptibles de derivarse del contrato al cual aparece referido, que sustituya a la vía jurisdiccional alternativa (AGUILAR GRIEDER, Hilda. “La extensión de la cláusula arbitral a los componentes de un grupo de sociedades en el arbitraje comercial internacional”).*
63. Así se manifiesta en el caso “*Buckeye v. Cardegna*” (*BuckeyeCheckCashing v. Cardegna*, 546 U.S. 440 (21/02/2006)). En este caso la demandante recurrió a un tribunal de justicia ordinaria demandando la resolución del contrato por considerarlo usurario. Luego de un vaivén de revocaciones de los diferentes tribunales donde no se podía decidir cuál jurisdicción era competente, si la ordinaria o la arbitral, finalmente, la Corte Suprema Federal hizo notar que la demandante había cuestionado la validez del contrato en general, y como consecuencia, la del acuerdo arbitral. Consideró además los precedentes de la misma Corte en el caso “*Prima Paint*” (*Prima Paint Corp. v. Flood&ConklinManufacturing Co.*, 388 U.S. 395 (12/06/1967)) y “*Southland*” (*Southland Corp. v. Keating*, 465 U.S. 1 (23/01/1984)). Así, concluyó que las estipulaciones contractuales que establecen el arbitraje son aplicables al margen del resto del contrato y que las objeciones a la validez de este último deben ser juzgadas por los árbitros. La jurisprudencia francesa también sentó el fundamento de este principio en el caso “*Gosset*” (*Gosset c. Carapelli*, Revue de l’Arbitrage, 1963).
64. Queda, de esta manera, evidente el fundamento de este principio, cual es **salvaguardar la subsistencia del pacto arbitral** evitando que una de las partes, arrepintiéndose del arbitraje pactado, por no convenir a su estrategia de defensa, pueda manipular la situación para entorpecer el arbitraje, y llevar a sede judicial la determinación de la cuestiones controvertidas que habían acordado someter a arbitraje, eludiendo la común intención de

prescindir de la intervención de los tribunales estatales (MONESTIER, Tanya J. *“Nothing comes from nothing... or does it? A critical re-examination of the doctrine of the separability in American arbitration”*). Para ponerlo en términos más simples y precisos, la doctrina de la separabilidad busca evitar que la sola invocación de invalidez del contrato base que contiene una cláusula arbitral conduzca a truncar el procedimiento arbitral, generando una forzosa intervención judicial que impida el normal desarrollo del arbitraje (CAIVANO, Roque J. *“La cláusula arbitral. Evolución histórica y comparada”*).

65. Por lo tanto, teniendo bien claro el campo de acción del principio de la separabilidad de la cláusula arbitral, resulta totalmente infundada su aplicación, por parte de la demandante, a la validez del contrato, puesto que, en el caso que se nos presenta, no se está cuestionando la validez del contrato que contiene la cláusula, razón por la cual el argumento esgrimido por la demandante en su memorial de demanda debe ser rechazado sin más trámites.

CONCLUSIONES A LOS ARGUMENTOS DE JURISDICCIÓN

66. Señores Árbitros, hemos visto que TRAMA no posee ningún tipo de vínculo con nuestra representada, puesto que su posición en el Contrato de compraventa es meramente representativa de la función que en realidad cumplió: acercar a Real y a MOLPA. Es decir, el único contrato del que forma parte TRAMA es del de corretaje, que precedió al de compraventa, un contrato totalmente independiente a este último. Siguiendo esta cadena de pensamiento, hemos demostrado que TRAMA tampoco forma parte del compromiso arbitral, puesto que, como ya se ha expresado *ut supra*, *la competencia de los árbitros se constriñe a aquellas disputas que surjan entre las partes*. Además, TRAMA jamás ha consentido la cláusula arbitral que ahora invoca.

67. Luego, la cesión de la que pretende valerse la demandante para invocar los derechos derivados del Contrato, no es válida en virtud de lo estipulado libre y conscientemente por Real y MOLPA en la cláusula 21^a, prohibiendo a las partes *“...ceder o transferir a terceros el contrato ni los derechos y/u obligaciones emergentes del mismo”*.

68. Por último, pero no menos importante, ha quedado demostrado igualmente el intento en vano de la demandante de justificar la validez basándose erróneamente en el principio de separabilidad consagrado en el art. 16 de la Ley Modelo, puesto que el mismo es aplicable solamente en los casos en que el contrato base en el que esta insertada la cláusula arbitral resulta nulo. En el caso que nos ocupa no se está cuestionando la validez del contrato que contiene la cláusula.

69. Por lo tanto, en vista a todo lo expuesto, solicitamos una vez más a este distinguido Tribunal declararse incompetente para entender en la presente controversia, ya que las relaciones entre Real y MOLPA constituyen el límite de conocimiento de las cuestiones de hecho y de derecho del presente Tribunal. Las relaciones de nuestra representada con TRAMA solo puede y debe ser resulta por la justicia ordinaria.

PARTE TERCERA

ARGUMENTOS DE FONDO

INTRODUCCIÓN A LAS CUESTIONES DE FONDO

70. Señores Árbitros, esta controversia tiene origen en el Contrato de Compraventa de Trigo celebrado entre MOLPA y Real. La demandante, TRAMA, pretende ejercer los derechos de Real derivados del mencionado Contrato, en virtud del documento de cesión extendido por esta a favor de aquella en fecha 3 de junio de 2010.
71. Más allá de la falta de legitimación de TRAMA para invocar el arbitraje, cuestión que fuera tratada en la primera parte del presente escrito de contestación, esta representación considera que la demandante no tiene derecho a cobrar la suma reclamada (US\$ 386.400) por las razones que a continuación pasamos a detallar.
72. En primer lugar, consideramos que TRAMA no tiene derecho a cobrar la suma reclamada porque: *i.* como hemos visto en la **TERCERA CUESTIÓN** de los **ARGUMENTOS DE JURISDICCIÓN**, la cesión hecha por Real a favor de TRAMA carece de validez, no pudiendo ser opuesta a MOLPA; y porque *ii.* TRAMA pretende de MOLPA una suma superior a la abonada a Real.
73. En segundo lugar, dados los sucesos acaecidos en Trigalia, que originaron la abrupta e imprevista baja del precio del trigo, MOLPA, amparada por la Cláusula *Hardship* tiene derecho a obtener un reajuste equitativo del contrato por excesiva onerosidad sobreviniente.
- i. Aplicación de normas y de la equidad al fondo de la controversia*
74. Antes de abordar los puntos mencionados *ut supra*, consideramos necesario hacer referencia a lo alegado por la demandante respecto a la aplicación de la Convención de

Viena (§ 58 escrito de demanda) y de la equidad (§ 42 escrito de demanda) al fondo de la controversia.

75. Empieza la demandante esbozando ciertas ideas sobre las normas que deben ser aplicadas al fondo de la cuestión –Convención de Viena y Principios UNIDROIT (§ 62) –. No obstante, debemos volver sobre ciertos puntos, que quizás por pecar de obvios aquella los pasa por alto, sin ánimo de menoscabar el indiscutido conocimiento de este Tribunal Arbitral.
76. Nos encontramos ante un arbitraje de equidad por expresa convención de las partes del Contrato (cl. 23^a). El mismo supone acatar una decisión arbitral que pueda prescindir de la aplicación de normas positivas. Es aquí, Señores Árbitros, donde es necesario echar luz sobre lo que la demandante pretende hacer creer que Aristóteles dijo sobre la equidad: “..., *la definición del concepto de la equidad, indicando que éste aunque en principio contiene la idea de que lo que es equitativo es justo, debe centrarse en que tal justicia esté enmarcada en una ‘justicia legal’...*” (§ 44 escrito de demanda). La Enciclopedia Jurídica OMEBA, parafraseando las enseñanzas de ARISTÓTELES señala que: “*La equidad no es idéntica a lo justo legal, pero, sin embargo, no es de un género diferente al de la justicia. Por el contrario, la equidad parece de la misma índole que la justicia, es decir, que lo justo legal, sólo que, bien examinada, vemos que es superior a lo justo legal, porque la equidad es la expresión de lo justo natural en relación con el caso concreto. Es decir, la equidad es lo justo, pero no lo justo legal tal y como se desprendería de las palabras de la ley, sino lo auténticamente justo respecto del caso particular.*” Posteriormente, FRANCISCO SUÁREZ, quien según la citada enciclopedia elaboró con más finura las explicaciones de ARISTÓTELES, enseña que “*es necesario que la ley positiva deje de obligar en algún caso en particular, pues siendo una disposición universal, no es posible que en todos los casos sea tan recta que no falle en caso alguno, ya que las cosas que regula son mudables y sometidas a causas contingentes, que no siempre puede prever el legislador,...*” (Enciclopedia OMEBA, Tomo X).
77. Tenemos entonces lo que es la equidad: la expresión de lo justo natural en relación con el caso concreto. Ahora volvamos al arbitraje y a las normas que la representación de TRAMA pretende que sean aplicadas; y así debemos manifestar en primer lugar que los párrafos 48, 49 y 50 del escrito de demanda, no hacen más que fortalecer la posición que seguidamente pasaremos a exponer, en tanto que los mismos hablan de la resolución de

conflictos por la vía arbitral, sin la necesidad de recurrir necesariamente a normas de derecho.

78. Como ya vimos, este es un arbitraje de equidad porque así se ha convenido. Al elegir esta vía, se renuncia a la certeza de que será aplicada la ley, aceptando que la decisión podrá fundarse en el “leal saber y entender” de los Árbitros. Consecuentemente, ¿se puede decir que es un contrasentido que, habiendo pactado la equidad como modo de resolución de conflictos, la demandante invoque normas positivas de derecho, cuando que oportunamente tuvo la opción de pactar un arbitraje de derecho y asegurarse de esta manera la aplicación de la ley? Desde luego que sí Señores Árbitros, y el porqué de ello radica en que la aplicación de principios de equidad llevaría a concluir que es necesaria la renegociación del contrato. *“En ciertas situaciones, las partes pueden preferir una decisión basada en Derecho, que no sólo es más previsible, sino que brinda la posibilidad de recurrirla. Pero indudablemente, existirán numerosos supuestos en los que una sentencia basada en el buen criterio del arbitrador estará más de acuerdo con el espíritu de la contienda que la solución legal.”* (CAIVANO, Roque. “Arbitraje”).
79. Sin perjuicio de lo expuesto más arriba, simplemente hacemos mención, sin perder de vista el conocimiento de este Tribunal Arbitral, que los árbitros que entienden en este caso, no están sujetos a ninguna ley de fondo, no obstante poder aplicarla si así lo consideran apropiado.
80. Volviendo al *quid* de este punto hacemos especial énfasis en la imposibilidad de la aplicación de la Convención de Viena, ya que la misma es aplicable *“a los contratos de compraventa de mercaderías entre partes que tengan sus establecimientos en Estados diferentes...”* (Art. 1). Recordemos Señores Árbitros que Real (vendedor) y MOLPA (comprador), partes del Contrato, tienen sus respectivos establecimientos en el Estado de Costa Dorada, por lo que el Contrato no goza de la internacionalidad necesaria para que le pueda ser aplicada la Convención de Viena.
81. Así pues, si bien queda al arbitrio de los juzgadores la aplicación de los Principios UNIDROIT, eventual aplicación a la que no nos oponemos si así lo considera este Tribunal, nos oponemos tenazmente a la aplicación de una Convención que fue creada para regular relaciones distintas a la que origina la presente controversia. En este sentido debemos mencionar que si bien en el arbitraje de equidad se puede prescindir o no una ley, la aplicación de la misma debe estar condicionada a la correcta subsunción en el caso concreto.

1. PRIMERA CUESTIÓN: TRAMA no tiene derecho a reclamar la suma US\$ 386.400

1.1. La cesión de los derechos del Contrato hecha por Real a favor de TRAMA no es válida

82. Hemos visto, al tratar las cuestiones relativas a la jurisdicción, que TRAMA no ha sido parte del Contrato de Compraventa, habiendo firmado el mismo al solo efecto de acreditar su intermediación en el negocio. TRAMA ha celebrado un contrato de corretaje con MOLPA y Real, que si bien guarda relación con el de compraventa, es independiente de este, puesto que es imposible otorgarle carácter de *parte* al corredor en el Contrato que ha promovido. TRAMA es pues, en relación al Contrato de Compraventa, un tercero.
83. Así las cosas, es preciso recordar que en el Contrato ha sido incluida una cláusula que prohíbe a los contratantes ceder o transferir a terceros el contrato y los derechos y/u obligaciones emergentes del mismo (cl. 21^a).
84. Por lo tanto, es claro que Real no tenía la facultad de ceder los derechos derivados del Contrato a TRAMA o a persona alguna. La cesión carece de validez, por tanto TRAMA no puede reclamar a MOLPA el cumplimiento de obligaciones derivadas del Contrato.

1.2. Aún si la cesión fuera válida, TRAMA no tendría derecho a cobrar una suma superior a la abonada a Real

85. Ahora bien Señores Árbitros, aún en el hipotético caso en que la cesión fuera válida, ciertamente estaríamos frente a una subrogación de TRAMA en los derechos de Real, tal como reza el documento de fecha 3 de junio de 2010 extendido por este a aquel: “...en el día de la fecha, recibí de Traders Agropecuarios de Marmitania S.A. la suma de US\$ 320.000,00 (...), **subrogando** y cediendo por el presente a favor de Traders Agropecuarios de Marmitania S.A. todos y cada uno de los derechos que tenía contra Molinos del Pacífico S.A. derivados del contrato de compraventa...”. ¿Qué significa esto? Es sencillo, cuando se da un pago con subrogación, el subrogado solo puede recuperar una suma igual a la que invirtió para adquirir el derecho, es decir, TRAMA pagó a Real US\$ 320.000 por sus derechos, por lo tanto no puede exigir US\$ 386.400.
86. Así lo manifiestan importantes doctrinarios como ALTERINI: “*el subrogado no puede ejercer los derechos y acciones del acreedor sino hasta la concurrencia de la suma que él ha desembolsado realmente para la liberación del deudor*” (ALTERINI, AMEAL, LOPEZ C. “*Derecho de Obligaciones Civiles y Comerciales*”); BORDA señala: “*el pago con subrogación es un acto que no produce beneficio o utilidad a la persona que lo hace,*

puesto que ella solo puede pretender ulteriormente la restitución de lo que haya pagado y no más” (BORDA. “Manual de Obligaciones”).

87. De esta forma se puede concluir que el tercero que paga con subrogación no puede reclamar al deudor que ha liberado con su pago sino el monto de lo que efectivamente ha sido pagado por él. En el caso que nos ocupa, si fuese válida la subrogación, que no es más que una cesión de derechos ficticia (Pothier, Baudry-Lacantinerie), TRAMA tendría derecho a cobrar tan solo lo que pago a Real, US\$ 320.000. PAULO decía: “*in ea quantitate, quam superiori exsolvit*” (CLARO SOLAR, Luis. “*Explicaciones de derecho civil chileno y comparado*”).

2. SEGUNDA CUESTIÓN: MOLPA tiene derecho a un reajuste equitativo del Contrato por excesiva onerosidad sobreviniente

88. Señores Árbitros, esta representación se ratifica en lo dicho en la respuesta a la solicitud de arbitraje hecha por TRAMA el 4 de noviembre de 2010, en el sentido de que ni siquiera Real tenía derecho a la suma reclamada al tener MOLPA derecho a obtener un reajuste equitativo del contrato por excesiva onerosidad sobreviniente.

89. La excesiva onerosidad del contrato se generó a raíz de una crisis en Trigalia, el principal país productor de trigo, que desencadenó la baja del precio del cereal a nivel mundial. Demostraremos que lo sucedido en Trigalia constituye un evento de naturaleza político-económica que no pudo ser razonablemente previsto por MOLPA al momento de la celebración del contrato y altera de forma fundamental el equilibrio de las obligaciones contractuales, haciendo excesivamente onerosa su ejecución para MOLPA; y que por tanto ésta tiene derecho a obtener un reajuste del contrato.

90. Sobre el *hardship* o excesiva onerosidad sobreviniente en los contratos comerciales, ALTERINI manifiesta que tiene lugar cuando “*sobrevienen circunstancias que afectan a su ecuación económica, esto es, cuando se trastorna la relación de valor entre las prestaciones que forman parte del contenido económico del contrato*” (ALTERINI, Atilio Aníbal, “*Teoría de la Imprevisión y Cláusula de Hardship*”).

91. Es oportuno señalar que las partes del Contrato han declarado aplicable al mismo la Cláusula *Hardship* elaborada por la Cámara de Comercio Internacional, versión 2003 (cl. 11^a) y que dicha cláusula establece que las partes están obligadas a negociar términos contractuales alternativos en caso de excesiva onerosidad.

92. Al respecto, en el caso CCI N° 1717 de 1972 se manifestó que: “*los árbitros del comercio internacional tienden a descartar todo ajustamiento automático monetario cuando no ha*

sido expresamente previsto en el contrato". En contrapartida, "...este mismo afán les conduce a reconocer la eficacia de las garantías de cambio estipuladas por las partes". La jurisprudencia nos confirma que si las partes pactaron en el contrato una cláusula de renegociación en caso de que se den circunstancias imprevistas, como lo hicieron Real y MOLPA al pactar la Cláusula *Hardship*, debe aplicarse lo que las partes previeron: la renegociación.

93. A lo largo del escrito de demanda hemos notado que la raíz del argumento de la demandante para negar el derecho de MOLPA a la renegociación es el axioma jurídico *pacta sunt servanda*, el cual significa "los pactos deben mantenerse" (OSSORIO, Manuel. "Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales"). Reconocemos la importancia del mismo en la firmeza y seguridad del tráfico jurídico y de los contratos, sin embargo, la demandada al parecer ha olvidado a su compañero histórico, el cual representa a la equidad: el axioma jurídico *rebus sic stantibus*, que significa "continuando así las cosas" OSSORIO refiere: "en los contratos, especialmente si son de tracto sucesivo, se sobreentiende que su subsistencia está supeditada a la permanencia, por lo menos esencial, de los motivos o circunstancias que originaron el pacto. (...) No cabe compeler al cumplimiento de la obligación concertada en época normal, si, a la fecha de su ejecución, circunstancias extraordinarias imprevisibles hacen que la prestación resulte excesivamente ruinosa o gravosa para el obligado" (...) (OSSORIO, Manuel. Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales. p. 807).
94. VAN HOUTTE incluso manifiesta que "en varias ocasiones se ha argumentado que hasta en ausencia de una cláusula de renegociación, las partes de un contrato a largo plazo deberían renegociarlo cuando se enfrentan a dificultades imprevistas" (VAN HOUTTE, Hans. "Changed Circumstances and Pacta Sunt Servanda").
95. Vemos que tanto la doctrina como la jurisprudencia se muestran favorables a la renegociación de los contratos cuando éste se torna excesivamente oneroso para una de las partes, y Señores Árbítrros, no existe otra manera de lograr la equidad en este caso, la cual fue pactada por las partes en dos momentos, cuando pactaron la renegociación en caso de excesiva onerosidad y cuando eligieron dirimir todo conflicto por la vía del arbitraje de equidad.
96. Con relación a los criterios para analizar la excesiva onerosidad, esta representación considera los requisitos comprendidos en el artículo 6.2.2 de los Principios UNIDROIT. Sin menoscabar la facultad de este tribunal de considerarlos o no a la hora de juzgar las

cuestiones, pasaremos a explicar por cuáles razones adoptamos como vara de medición estos criterios.

97. Como es bien sabido, los Principios UNIDROIT fueron desarrollados por un grupo de especialistas del Derecho. La doctrina es coincidente en que cumplen el objetivo para el cual fueron creados, el de aplicarse en todo el mundo, independiente de las tradiciones jurídicas y condiciones económicas y políticas de los países donde sean utilizados. “*Congruente con este objetivo, los Principios de Unidroit, no necesitan la ratificación de los países, los contratantes se vinculan a los mismos, por su propia voluntad y nos proporcionan una mejor idea de la excesiva onerosidad sobreviniente o hardship*”. (TALAVERA, Hernán G. “*Hardship en los contratos*”)
98. Esta representación afirma que MOLPA tiene derecho al reajuste equitativo del Contrato por excesiva onerosidad sobreviniente. Los hechos que han generado esta situación reúnen todos los requisitos señalados en la Cláusula *Hardship*, libremente convenida por las partes, coincidente con los Principios UNIDROIT y la doctrina sobre la materia.
99. Estos requisitos son los siguientes: *i.* el equilibrio del contrato es alterado de modo fundamental por el acontecimiento de ciertos eventos, *ii.* dichos eventos son imprevisibles porque acontecen o llegan a ser conocidos por la parte en desventaja después de la celebración del contrato, no pudieron ser razonablemente tenidos en cuenta por la parte en desventaja en el momento de celebrarse el contrato y escapan al control de la parte en desventaja y *iii.* el riesgo de tales eventos no fue asumido por la parte en desventaja.
100. Seguidamente, esta representación demostrará que los hechos reúnen las condiciones requeridas para la configuración del *hardship* y que, en consecuencia, MOLPA se encuentra amparada por la mencionada cláusula, teniendo pleno derecho al reajuste equitativo del contrato.

2.1. Se rompió el equilibrio del Contrato.

101. Señores miembros del Tribunal Arbitral, nos avocamos ahora a demostrar cómo las circunstancias sobrevinientes en el mercado mundial del trigo provocaron una ruptura en el equilibrio del contrato, resultando en la quiebra del asentado principio del sinalagma en las obligaciones recíprocas o bilaterales, esto es, de la regla o principio de la equivalencia en las contraprestaciones; siendo que ahora una de ellas (la obligación de pago), resulta aplazada debido a la excesiva onerosidad sobreviniente; y solo puede ser restaurado este equilibrio a través de una renegociación equitativa del precio que nuestra representada se obligó a pagar.

102. En el Contrato en cuestión se produjo una ruptura del *sinalagma funcional* (en la ejecución), por un evento imprevisible que causó el desequilibrio sustancial en las obligaciones de los contratantes. CICERON, en su texto “*De officiis*”, decía que: “*Preséntanse muchas veces circunstancias en las cuales las cosas que parecen eminentemente justas para aquellos que nosotros llamamos hombres honrados, cambian de naturaleza y toman carácter opuesto (...) La alteración de los tiempos y de las circunstancias llevan a la alteración de la verdad*” (ENRIQUE GRANILLO, Raúl. “*Distribución de los riesgos en la contratación administrativa*”).
103. Este *sinalagma funcional*, el cual es la base de todo contrato bilateral de ejecución diferida, tiene como fundamento la ya referida cláusula *rebus sic stantibus*, elaborada por los post-glosadores en la edad media.
104. Un grupo importante de autores, entre ellos GRACIANO, SANTO TOMÁS DE AQUINO y JUAN DE ANDREA, condenaban el enriquecimiento de uno de los contratantes a expensas del otro como algo contrario a la moral cristiana (TERRAZA MARTORREL, Juan. “*Modificación y resolución de los contratos por excesiva onerosidad o imposibilidad en su ejecución. Teoría de la cláusula rebus sic stantibus*”). Estos autores enfatizaban que la promesa emitida solo obligaba *siempre y cuando nada haya cambiado*, es decir, siempre y cuando las circunstancias originales existentes al momento de la celebración del negocio se mantuvieran a lo largo de su ejecución.
105. SANTO TOMAS, en la Suma Teológica, afirmaba que: “*...para que uno esté obligado a cumplir lo que prometió se requiere que nada haya cambiado, por el contrario ni mintió al prometer, porque prometió lo que tenía en mente supuestas las condiciones debidas; ni tampoco falta a la palabra no cumpliendo la que prometió ya que no persisten las mismas condiciones*”.
106. La demandante, en el párrafo 82 de su escrito de demanda, afirma que “*MOLPA no puede ir en contra de la estabilidad de las disposiciones pactadas por una alteración que no implica la desaparición del fundamento o base negocial del contrato*” citando luego a CARMEN SIMONE para referir que “*Se ha considerado como fundamental (...) aquel desequilibrio que, de ser posible cuantificar en dinero el costo o valor de la prestación, produce una alteración de al menos el 50% del valor del contrato*”.
107. La autora que la demandante ha traído a colación, en su obra explica que los Principios UNIDROIT señalan que “*la onerosidad no genera hardship a menos que la alteración del equilibrio de las prestaciones sea fundamental*” para luego decir, que “*califican como*

fundamental a aquel desequilibrio que, de ser posible cuantificar en dinero el costo o valor de la prestación, produce una alteración de al menos el 50% del valor del contrato.” (SIMONE, Carmen. “El hardship en la contratación comercial internacional”).

108. Creemos oportuno aclarar que SIMONE se refiere aquí a los comentarios sobre los Principios UNIDROIT que hablan de la alteración fundamental en el equilibrio del contrato. Al respecto quisiéramos agregar que estos también afirman que *“Las circunstancias del caso en concreto determinarán cuándo una alteración es fundamental”* (comentarios al art. 6.2.2 de los Principios UNIDROIT).

109. Además, siguiendo con SIMONE, la misma, en la obra ya referida, continúa diciendo que *“En general no existe un acuerdo respecto de cuánto un incremento en el costo de la prestación puede ser considerado hardship. Perillo refiere que mientras de acuerdo con la legislación italiana, ‘una devaluación del 14% de la libra esterlina es suficiente fundamento para la adaptación de un contrato’, existen casos en que incrementos menores del 100% no han dado origen a tal adaptación. Es decir, será la legislación aplicable al contrato, y la jurisprudencia, las que en último término tendrán la potestad para decidir si es que el incremento es de una gravosidad tal que produce hardship y justifica la revisión del contrato.”* (SIMONE, Carmen. “El hardship en la contratación comercial internacional”).

110. Por tanto, cómo bien lo explica la autora, no existe un acuerdo general sobre el *quantum* del incremento para ser considerado *hardship*, sino que será la legislación aplicable y la jurisprudencia la que decida atendiendo a la circunstancia de cada caso.

111. En el presente caso, consideramos que el Tribunal deberá tener en cuenta que MOLPA adquiere trigo para su industrialización y, como lo ha señalado en su comunicación a Real el 29 de marzo de 2010, la baja del precio del trigo afectó de manera significativa el precio de la harina en el mercado. Con lo cual, si MOLPA paga el precio establecido en el contrato, será perjudicado pues no podrá colocar la harina producida con ese trigo al mismo precio en que la hubiera colocado en caso de que las circunstancias no hubieran variado, sino a un precio muy inferior, ocasionándole pérdidas y poniendo en riesgo su salud financiera.

112. Pagar la suma original constituiría para MOLPA un grave perjuicio patrimonial y en contrapartida, un enriquecimiento ilícito para TRAMA. Además, si Real todavía reclamaba de nuestra representada la suma de US\$ 386.400, significaría para éste una

ganancia extraordinaria en relación a otros productores, no causándole ningún perjuicio la renegociación ofrecida por MOLPA.

113. Recordemos Señores Ábitros que el Contrato estipulaba el precio de US\$ 210 por tonelada, en tanto que, luego de sobrevenido el cambio de circunstancias en el mercado mundial de trigo, la tonelada del mismo grano ya no se podía vender a más de US\$ 150, lo que significa una caída de US\$ 60 por tonelada. Con lo cual cada tonelada de trigo a US\$ 210 pagada por MOLPA constituiría para él un perjuicio del 40%.

114. En el caso CCI N° 9994, el Tribunal Arbitral francés se manifestó a favor de la renegociación fundamentando lo siguiente: *“la buena fe impone a las partes la obligación de buscar una adaptación de su acuerdo conforme a las nuevas circunstancias que pueden haber ocurrido después de su ejecución, a fin de garantizar que su ejecución no cause, especialmente cuando el contrato es un acuerdo a largo plazo, la ruina de una de las partes”*, y señaló además que *“este principio es también predominante en el derecho comercial internacional”*, haciendo referencia a los arts. 6.2.2 y 6.2.3 de los Principios UNIDROIT (ICC Award N° 9994, 12/2001).

115. Igualmente, el Tribunal que decidió en el caso *Ad hoc* de La Haya: *Chevron Co. & Texaco P. Co. c/ Ecuador*, se pronunció a favor de la renegociación del contrato entre ambas partes: *“la doctrina de fuerza mayor, como la doctrina de la excesiva onerosidad y otros conceptos relacionados, está diseñada para distribuir entre las partes de una manera justa y equitativa las pérdidas y ganancias resultantes de un acontecimiento imprevisible”* (ICC Award N° 421 *“Chevron Co. & Texaco P. Co. c/ Ecuador”*, 2010).

116. Con lo expuesto ha quedado demostrado que existe un evidente e importante desequilibrio entre las prestaciones del contrato en cuestión.

117. BORDA enseña que *“una cosa es el respeto de los pactos, principios cuya bondad nadie podría discutir, y otra hacer de los pactos un instrumento de opresión y de injusticia. (...) cuando la alteración es razonablemente imprevisible, cuando esa alteración ha agravado tan sustancialmente las obligaciones del deudor que éste no podría ser obligado a cumplirlas sino a costa de su ruina o de sacrificios excesivos, no se puede mantener en todo su rigor la letra del contrato, sin contrariar su espíritu. Porque en el espíritu de éste ha estado realizar un convenio que impone a ambas partes condiciones equitativas; y esto, que también es una de las previsiones del contrato, se vería desvirtuado por una aplicación inexorable de las estipulaciones contractuales”* (BORDA, Guillermo A. *“Manual de Derecho Civil: Obligaciones”*). ¿Podría exigirse entonces a MOLPA que

cumpla con su parte del contrato, cuando las circunstancias sobrevenidas en el mercado mundial del trigo la obligarían, como explica el autor, a cumplirlas *sino a costa de su ruina o de sacrificios excesivos*? Ciertamente no, Señores Árbitros, puesto que, estando las cosas como están en el mercado mundial de trigo, exigir a nuestra representada los US\$ 386.400 (US\$ 210 por tonelada) significaría una pérdida del sentido originario del contrato, su base negocial, el cual es el beneficio que buscaban ambos, comprador y vendedor, motivo por el cual pactaron las condiciones más favorables para ambos, según la situación del mercado en ese momento.

2.2. Las razones que originaron la caída del precio del trigo constituyen un hecho imprevisible.

118.La demandante sostiene como principal argumento del fondo de esta cuestión, que MOLPA no puede alegar una excesiva onerosidad porque la caída de los precios no constituye por sí sola una circunstancia imprevisible (§81 escrito de demanda).

119.En este punto demostraremos que los sucesos de Trigalia, al contrario de lo que afirma la demandante, sí fueron imprevisibles, he aquí el segundo requisito para la configuración del *hardship*. Este esencial requisito, a su vez, se divide en tres supuestos que deben darse para que el evento sea considerado imprevisible.

120.Los supuestos que seguidamente trataremos, se encuentran expuestos en el art. 6.2.2 de los Principios UNIDROIT y analizan la imprevisibilidad de los hechos que causan la excesiva onerosidad.

2.2.1. Los eventos de Trigalia tuvieron lugar después de la firma del Contrato.

121.Cabe ahora analizar si los eventos de Trigalia tuvieron lugar o fueron conocidos por las partes antes o después de la firma del Contrato.

122.Recordemos que el Contrato fue celebrado en fecha **14 de enero de 2010**, en cambio los hechos que originaron la crisis que tuvo lugar en Trigalia ocurrieron recién a fines de enero del mismo año.

123.Estos hechos son los siguientes: la renuncia del presidente de Trigalia el **25 de enero de 2010**, la posterior asunción de un nuevo presidente el **27 de enero de 2010** y su decisión de eliminar los impuestos a la exportación de trigo dos días después, la cual incentivó la producción del cereal en el país, la reacción de los mercados frente a la perspectiva del aumento de la producción de Trigalia que provocó la caída del precio del trigo en todos los mercados del mundo, y, como último hecho determinante, la imposibilidad de vender

trigo en Costa Dorada a valores superiores a los US\$ 150 por tonelada a mediados de febrero.

124. Teniendo en cuenta la cronología de los hechos mencionados, resulta lógico y evidente reconocer que los hechos que originaron la caída de los precios del trigo tuvieron lugar posterior a la firma del Contrato.

2.2.2. Los eventos de Trigalia no pudieron ser razonablemente tenidos en cuenta por MOLPA al momento de celebrarse el Contrato.

125. Es de importancia notar Señores Árbitros, que en fecha 14 de enero de 2010, día en el cual se celebró el Contrato, el precio del trigo pactado era consecuente con el precio del mercado mundial de ese momento. Incluso hasta fines de enero de 2010, todos los reportes de agencias y entidades públicas y privadas (incluyendo los informes del Departamento de Agricultura de los EE.UU.) venían estimando que, para la campaña agrícola de ese año, Trigalia no aportaría al mercado mundial más de 180 millones de toneladas, contra las 250 millones que había producido el año anterior.

126. Esta situación fue consecuencia de una crisis financiera local que venía sufriendo el país desde meses atrás. En setiembre de 2009, el gobierno de Trigalia había incrementado fuertemente los impuestos a la exportación de trigo, circunstancia que desalentó la producción y redujo sensiblemente la intención de siembra de los productores trigalienses.

127. En conclusión, los reportes de las agencias más importantes del área agropecuaria mundial, y la situación económica desalentadora y pesimista de Trigalia desde el año 2009, no denotaban un futuro alentador para la producción del trigo en este país. Nada, absolutamente nada auguraba un giro de ciento ochenta grados como el que se dio en Trigalia.

128. Era imposible imaginarse que la crisis local desembocaría en los siguientes acontecimientos: la renuncia del presidente de Trigalia, la asunción de un nuevo presidente elegido por el Parlamento y posterior decisión de eliminar los impuestos a la exportación de trigo, el consecuente aumento de la producción del trigo en ese país, y que todo lo anterior traería como consecuencia final la baja del precio del trigo a nivel mundial.

129. No caben dudas Señores miembros de este Tribunal, que los hechos que originaron la excesiva onerosidad no pudieron haber sido razonablemente tenidos en cuenta por la parte en desventaja, es decir nuestra representada, al momento de celebrarse el contrato.

130. Ratificando todo lo anteriormente expuesto, la Lic. Borona, una de las más reconocidas especialistas mundiales en los mercados de trigo, en su columna de la revista mensual “*Wheat Today and Forever*”, de fecha 1º de febrero de 2010, expresa que “*aunque nada hacía presagiar un desenlace como el que finalmente tuvo la crisis, nadie medianamente informado puede verse sorprendido por lo que sucedió en Trigalia*”.

131. Por otro lado, recordando la última frase de la Lic. Borona expuesta en el párrafo anterior, y negando la interpretación que hace la demandante en su párrafo 83, en el cual sostiene que nuestra representada, por su especialidad y naturaleza profesional, está impedida para alegar excesiva onerosidad en los mismos términos que cualquier otra persona, esta representación afirma que MOLPA, respaldada en su vasta experiencia comercial, a quien consideramos alguien más que medianamente informado en el ramo, si bien no pudo haber tenido en cuenta los eventos específicos que produjeron la situación de excesiva onerosidad que aconteció, sí tomó las debidas medidas al incluir una cláusula general de *hardship* en el contrato, la cual pasaremos a desarrollar más adelante.

2.2.3. Los eventos de Trigalia escapan al control de MOLPA.

132. Como es sabido, la eliminación de los impuestos en Trigalia y la posterior caída del precio del trigo en el mundo, tuvo como antecedente una crisis originada en setiembre de 2009 en el mencionado país. Estos acontecimientos se enmarcan en lo que constituyen asuntos político-económicos de un Estado, Trigalia. Los mismos claramente, escapan al radio en que nuestra representada podría influir de alguna manera y más teniendo en cuenta que la misma tiene domicilio comercial en un Estado diferente, cual es Costa Dorada.

2.3. MOLPA no asumió los riesgos del Contrato.

133. Demostrados los supuestos que confirman la imprevisibilidad del hecho, pasamos a abordar el tercer y último requisito del *hardship*. Este requisito requiere que la parte que invoca la cláusula no haya asumido los riesgos del contrato.

134. La ya citada autora SIMONE, explica que “*Si la parte no previó el riesgo ni lo asumió, entonces estamos ante una situación de hardship*” (SIMONE, Carmen. “*El hardship en la contratación comercial internacional*”). MOLPA no ha asumido los riesgos del Contrato ni expresa ni tácitamente. Lo que han hecho las partes al firmar el contrato fue incluir la Cláusula *Hardship* que las obligaba a renegociar el contrato si las circunstancias cambiaban.

135. Sobre el punto, quisiéramos agregar que esta representación considera que el argumento de la parte demandante no es válido al declarar que la “*larga tradición que tiene en Costa Dorada*” le “*impide declarar la excesiva onerosidad*” a MOLPA (§ 83 del escrito de demanda), puesto que precisamente debido a su experiencia y tradición, esta tomó las precauciones para el caso de que el contrato de torne excesivamente oneroso.
136. La experiencia da al sujeto un conocimiento de los posibles problemas, dificultades y adversidades que pueden presentarse en el negocio en cuestión y le permite prever las consecuencias que ello pueda tener. En este sentido, recordamos y reafirmamos la vasta experiencia que MOLPA tiene en el mercado de *commodities*, que comenzó sus actividades en el año 1930. Y es precisamente debido a esta vasta experiencia, muy bien recordada por la demandante, que MOLPA consideró posible que se llegasen a presentar cambios en la situación que fuera originalmente pactada. Fue por eso que tomó las precauciones para el caso en que eso sucediese, incluyendo en el contrato la cláusula 11ª, donde “*las partes declaran que son aplicables a este contrato las cláusulas de Force Majeure y Hardship*”.
137. Tal como reza el art. 1134 del *Code Napoleon*: “*tiennent le lieu de la loi*” (el contenido de un contrato es ley para las partes), y todo lo pactado nunca es colocado accidentalmente, sino que se lo hace con miras a su cumplimiento y con la intención de su aplicación y puesta en práctica. En el caso que nos ocupa, la cláusula 11ª demuestra el interés (convenido por Real y por MOLPA) de incorporar al contrato soluciones a cualquier giro que pueda darse en relación al contrato que afecten su cumplimiento, cual es en este caso la excesiva onerosidad.
138. ¿Qué mejor medida para aminorar el mal producido por un cambio en los precios que admitir en el contrato las cláusulas *Force Majeure* y *Hardship* y con ello lograr el reajuste de los precios? La experiencia de MOLPA, debido a su larga tradición, y el conocimiento que tiene del mercado internacional de *commodities* lo ha llevado a tomar las providencias necesarias para el caso en que sucediese un evento como el acaecido en Trigalia.

3. TERCERA CUESTIÓN: Real no cumplió con su deber de renegociación.

139. Si bien Real no es parte en el presente procedimiento arbitral, no podemos dejar de considerar su comportamiento, ya que es el sujeto con quien MOLPA suscribió el Contrato y fue precisamente su conducta la que derivó en el actual conflicto. Tanto de la firma del Contrato como de todas las comunicaciones entre Real y nuestra representada,

TRAMA no ha sido más que un intermediario, por lo que muy respetuosamente consideramos, Señores Árbitros, que para comprender la situación en que se encuentra MOLPA, es necesario analizar también la conducta de Real.

140. A pesar de haber pactado expresamente la Cláusula *Hardship*, la cual establece que “...las partes están obligadas, en un plazo razonable de la invocación de esta cláusula, a negociar términos contractuales alternativos que razonablemente consideren las consecuencias del evento” (traducción libre), Real se negó a la renegociación del precio.

141. En la carta del 29 de marzo de 2010, MOLPA propuso a Real “*reajustar equitativamente el precio del contrato y convenir una forma de pago que resulte financieramente posible para MOLPA*”, recalcando además la intención de encontrar una “*equitativa solución al problema, que permita a Ud. (Real) recibir un precio justo, en las condiciones actuales del mercado, por su trigo*”. Queda evidenciada entonces que la intención de MOLPA, lejos de incumplir su prestación, era renegociar el contrato para lograr una situación más justa y equitativa. Sin embargo, el 6 de abril Real respondió: “*Rechazo enfáticamente cualquier negociación...*”.

142. Este rechazo de Real es absolutamente injustificado y no demuestra lealtad de su parte. Nos preguntamos, Señores Árbitros, ¿cuál es la finalidad de incluir una determinada cláusula en un contrato si posteriormente, cuando se reclama su aplicación, se hará caso omiso a las disposiciones? Y la única respuesta que podemos encontrar a ello es que la aplicación de dichas cláusulas en este caso específico no convenía a los intereses de Real. Por lo que nos volvemos a preguntar: ¿se hubiese mantenido Real tan firme en su postura de no renegociar el contrato si el caso hubiese sido al revés y los precios, en vez de bajar, hubiesen subido?

143. Además de haber incluido en el contrato la Cláusula *Hardship* – lo que de por sí solo genera la obligación de reajustar el precio – la doctrina más reconocida nos habla del deber de renegociación de las partes. Así, para ALTERINI “*en los contratos de duración, los contratantes tienen un deber implícito de renegociarlos cuando las circunstancias varían (...)* *Ese deber de renegociar estos contratos deriva de la regla de buena fe porque pacta sunt servanda, se entiende, pero rebus sic stantibus*” (ALTERINI. Atilio Aníbal, “*Teoría de la imprevisión y cláusula de Hardship*”). Otras autoras sostienen “*...pues la parte afectada espera que su co-contratante, actuando de una forma recta y leal, acceda a renegociar el contrato.*” (CASTRO, Ana, ZAPATA, Ana. “*El Hardship en los contratos internacionales*”). Finalmente, ALTERINI concluye diciendo que “*...la*

cláusula de Hardship suele ser explícita, pero en todo caso está implícita en los contratos de duración por exigencias de la regla de la buena fe.”

3.1. Real nunca demostró una actitud favorable a la renegociación, sin embargo vendió su crédito a TRAMA a un precio inferior.

144. Después de su negativa enfática a renegociar el contrato con MOLPA, Real hizo una negociación con TRAMA, por la cual le vendía el crédito que tenía contra nuestra representada, pero a un monto inferior. Esto evidencia una incongruencia con sus propios actos: inicialmente, tras el ofrecimiento de MOLPA no accedió a renegociar ni a recibir menos que el monto total de la deuda, y sin embargo, aceptó de TRAMA un monto casi 20% inferior a lo reclamado. Este hecho permanece incomprensible para esta representación.
145. En la comunicación del 29 de marzo, MOLPA fue muy clara en que su intención era encontrar *una solución equitativa al problema*. Cualquier buen entendedor se da cuenta de que no había deseo alguno de perjudicar a Real ni de justificar su incumplimiento, simplemente se hizo una propuesta para llegar a una solución efectiva de un problema que se había presentado.
146. Sin embargo, Real expresó su intención de cobrar el monto total y su negativa a modificar el precio. No volveremos a repetir aquí su deber de renegociación – ya expresado en el punto anterior – sino solo pondremos de manifiesto su conducta posterior al aceptar de TRAMA US\$ 320.000, que significó recibir US\$ 66.400 menos, es decir, un monto 17% inferior al total. Esto lo hizo, recordemos, sin haber escuchado propuesta alguna por parte de MOLPA.
147. Antes de vender a TRAMA, consideramos que el comportamiento más apropiado de un comerciante con experiencia como lo es Real, hubiese sido aceptar la renegociación que MOLPA ofrecía. Si, finalmente, Real accedía a aceptar un monto inferior – como efectivamente lo hizo – la negociación con MOLPA le hubiese permitido llegar a un consenso sobre el precio.
148. Queremos resaltar que si Real hubiese actuado de forma diferente y se hubiese interesado aunque sea un momento en la renegociación del contrato (que además era su obligación), o si hubiese al menos escuchado la propuesta de MOLPA, se hubiese llegado a un acuerdo por el que Real podría inclusive cobrar la misma suma que finalmente cobró, ahorrando a todos el presente procedimiento arbitral y los gastos que representa. La conclusión que podemos inferir acerca de este comportamiento es que la falta de interés

de Real en evitar cualquier perjuicio que se pudiese producir se debió a que sus propios intereses se encontraban ya asegurados. En contrapartida, MOLPA ha sido víctima de tal comportamiento, ya que ahora se encuentra queriendo ser atada a un procedimiento arbitral por una persona distinta del contratante legítimo, que desconoce el innegable derecho de nuestra representada a obtener condiciones más justas y equitativas de cara a superar la excesiva onerosidad sobreviniente.

4. CUARTA CUESTIÓN: MOLPA suspendió el cumplimiento de sus prestaciones debido a que dicho cumplimiento le ocasionaría perjuicios irreparables.

149. Señores Árbitros, la demandante sostiene que *“era obligación de MOLPA pagar el precio de la forma y en las fechas convenidas”* (§ 76 escrito de demanda).

150. Al respecto, manifestamos que la suspensión del cumplimiento de los pagos por parte de nuestra representada se debió a circunstancias graves que la forzaron a ello. Si MOLPA cumplía las prestaciones según lo estipulado originalmente en el contrato, esto posiblemente la hubiera llevado a su ruina comercial, al contrario de lo alegado por la demandante en el párrafo 85 del escrito de demanda: *“Tampoco se está frente a un supuesto de extrema gravedad que amerite la suspensión del cumplimiento de las obligaciones contractuales.”*

151. En este sentido afirma el doctrinario BORDA lo siguiente: *muchas veces, después de la celebración de un contrato de tracto sucesivo o de ejecución diferida, se produce una alteración profunda en las circunstancias (principalmente las de orden económico) existentes en el momento de la celebración. (...) Los precios de las mercaderías prometidas varían sustancialmente (...) No es imposible cumplir, pero el cumplimiento se hace sumamente gravoso y quizás origine la ruina del deudor* (BORDA, Guillermo. *“Manual de Obligaciones”*) En el caso que nos ocupa, el cumplimiento de las prestaciones no es imposible, pero sería sumamente gravoso, existiendo la posibilidad de que lleve a la ruina comercial al deudor, posibilidad que MOLPA hizo saber a Real mediante comunicación de fecha 29 de marzo de 2010, diciendo que *“el contrato celebrado con Ud. se convirtió, por circunstancias imprevistas en un negocio ruinoso, que pone en riesgo la salud financiera de MOLPA”*.

152. Los Principios UNIDROIT son coincidentes con la doctrina expuesta: *“Los principios de los contratos comerciales internacionales (UNIDROIT) determinaron que para el uso de las cláusulas de hardship el cambio de la circunstancias tiene que ser tan grave y fundamental, que el que contrata no puede quedarse sujeto al contrato y sus términos,*

aunque tenga la posibilidad de cumplirlo (HOWARD JENKINS, Sarah. “Exemptions for Nonperformance: ICISG, UNIDROIT Principles – A Comparative Assessment”)

153. Como fuera referido en el punto 2.1 del presente apartado, en la hipótesis de que nuestra representada hubiera pagado el precio del trigo pactado, hubiera tenido un serio quebranto en sus finanzas por la imposibilidad sobreviniente de vender la harina a precios compatibles con el valor del trigo comprado a Real. Ningún comerciante ladino y medianamente interesado en llevar a cabo un negocio rentable que le resulte en mínimas ganancias, le hubiera comprado el producido sino al precio del mercado actual, con lo cual MOLPA no podría colocar su producto en el mercado de la harina sino a precios sensiblemente inferiores a los esperados. Por otro lado, el vendedor obtendría un enriquecimiento indebido ya que cobraría un precio que jamás podría haber obtenido en ningún mercado en las condiciones de ese momento, hecho mencionado en la comunicación realizada por nuestra representada en fecha 29 de marzo de 2010.
154. Consideramos pertinente agregar, que al contrario de lo que sostiene la demandante en el párrafo 80 del escrito de demanda, nuestra representada ha informado a Real en tiempo y forma las causas que originaron la excesiva onerosidad y le impidieron seguir cumpliendo, ya que inmediatamente después de la primera intimación de pago por parte de Real (23 de marzo de 2010), MOLPA contestó solicitando la renegociación por haberse tornado el Contrato excesivamente oneroso (29 de marzo de 2010). Además, el contrato no establecía plazo alguno para la invocación de la Cláusula *Hardship*, por lo cual la demandante no puede argumentar que el reajuste no se solicitó en tiempo oportuno.
155. Teniendo en consideración lo expuesto *ut supra*, consideramos que han quedado fundadas las razones que han forzado a nuestra representada a suspender el cumplimiento de sus prestaciones según lo originalmente pactado.

4.1. MOLPA no alega excesiva onerosidad para justificar su incumplimiento.

156. Señores Árbitros, nuestra representada no alega excesiva onerosidad para justificar su incumplimiento como lo sostiene infundadamente la demandante al expresar lo siguiente: *“MOLPA (...) quiere justificar su incumplimiento haciendo uso de la cláusula hardship alegando una excesiva onerosidad que realmente no existía” (§ 85 escrito de demanda)*. Con semejante afirmación, la demandante sugiere que nuestra representada ha faltado a la buena fe contractual y, según podrán ustedes ver, ha sido precisamente todo lo contrario.

157. Ha quedado demostrado que la excesiva onerosidad sobreviniente efectivamente existe, a lo que consideramos oportuno agregar que desde la primera intimación de Real, en fecha 23 de marzo de 2010, MOLPA fundada en la buena fe y lealtad negocial solicita la renegociación con el fin de reajustar el precio pactado en el contrato.

158. Tales hechos confirman que MOLPA no desea dejar de cumplir el Contrato al invocar la excesiva onerosidad sobreviniente, sino, por el contrario, desea cumplirlo bajo condiciones equitativas que no generen perjuicio para ninguna de las partes.

4.2. *El hecho que MOLPA haya realizado tres pagos a Real, uno en su totalidad y dos parciales no significa que logró superar la situación de excesiva onerosidad que le afectaba.*

159. Este particular argumento esgrimido por la demandante en el párrafo 80 del escrito de demanda, en el que sostiene que “*si (MOLPA) realizó tales pagos logró superar la situación que teóricamente dificultaba su cumplimiento en los términos debidos*”, carece de sentido y denota una desesperación de la demandante en buscar argumentos a su favor que no existen, pecando así de incongruentes.

160. Justamente, los pagos parciales realizados por MOLPA, denotan cómo la excesiva onerosidad la afectaron. El primer pago parcial lo realizó en un 50% y el segundo en un 30%. ¿Desde cuándo poder pagar tan solo el 50 o 30% de la totalidad significa superar una situación económica desfavorable? Desde nunca, obviamente. Por esta razón el Tribunal ni siquiera debería tener en cuenta lo argumentado por la demandante en la última parte de su párrafo 80.

CONCLUSIONES A LOS ARGUMENTOS DE FONDO

161. Señores Árbitros, para concluir haremos una retrospectiva de los puntos desarrollados en esta TERCERA PARTE, concernientes a los argumentos de fondo.

162. Nos hemos referido a la aplicación de normas y principios al arbitraje de equidad, manifestando que en éste, el Tribunal no está obligado a aplicar ninguna ley de fondo. Con respecto a la Convención de Viena, hemos visto que la misma ha sido creada para regular contratos de compraventa que tengan como partes a personas con domicilios en estados diferentes; y como las partes del Contrato que son Real y MOLPA tienen domicilios constituidos en el Estado de Costa Dorada, dicha Convención no es aplicable a la presente controversia. En relación a los Principios UNIDROIT hemos manifestado que esta representación no objeta su eventual aplicación, si el Tribunal la considera procedente.

163. En lo relativo a la cesión hecha por Real a favor de TRAMA, en las cuestiones de jurisdicción ya expusimos suficientemente la invalidez de dicha cesión, sin embargo, previendo que el Tribunal, en uso de sus facultades, pueda considerarla válida, se ha demostrado que existió una subrogación de TRAMA en los derechos de Real, por lo que, siguiendo las reglas de la figura jurídica mencionada, el subrogado solo puede ejercer los derechos del acreedor subrogante hasta el límite de lo que realmente ha desembolsado para adquirir el derecho, es decir, US\$ 320.000, y no US\$ 386.400 como demanda TRAMA.
164. A continuación, en la SEGUNDA CUESTION, hemos demostrado la existencia de la excesiva onerosidad sobreviniente o *hardship*, como consecuencia de los hechos que se sucedieron en Trigalia, probando suficientemente todos y cada uno de los requisitos para que dicha figura jurídica despliegue sus efectos, cual es el derecho de la parte perjudicada a obtener la renegociación equitativa de los términos del contrato. Dichos requisitos son: a) la alteración del equilibrio del contrato de modo fundamental por el acontecimiento de ciertos eventos; b) dichos eventos son imprevisibles porque acontecen o llegan a ser conocidos por la parte en desventaja después de la celebración del contrato, no pudieron ser razonablemente tenidos en cuenta por la parte en desventaja en el momento de celebrarse el contrato y escapan al control de la parte en desventaja y; c) el riesgo de tales eventos no fue asumido por la parte en desventaja.
165. En consecuencia, Real tenía el DEBER, conforme lo establece la Cláusula *Hardship*, de renegociar los términos del contrato, los cuales se volvieron excesivamente perjudiciales para nuestra representada. Sin embargo, ha demostrado una actitud obstinada cuando MOLPA ofreció dicha renegociación, negándose a todas las propuestas de llegar a un acuerdo justo que no ocasione perjuicios para ninguna de las partes.
166. Por si fuera poco, contrariando su actitud reacia a la renegociación, real, sin más cedió sus derechos a TRAMA por un precio inferior al que reclamaba de nuestra representada, ocasionando así la presente controversia, de una manera innecesaria.
167. Finalmente, queremos resaltar la actitud leal de nuestra representada, quien en ningún momento se amparó en la excesiva onerosidad o *hardship* para justificar su incumplimiento. La intención de MOLPA en todo momento fue que Real le conceda la oportunidad de cumplir con su prestación, la cual, por razones que nuestra representada no pudo prever ni controlar, se convirtió en una carga ruinosa para ella, poniendo en riesgo su salud financiera. Y este excelentísimo Tribunal, cuyo fin es encontrar la justicia

a través de la equidad en este caso, no puede permitir que MOLPA salga perjudicada a causa de una situación que tiene de imprevisible lo que tiene de lesiva para nuestra representada, ante la obstinación de la demandante de querer cobrar lo que en justicia no le corresponde.

PARTE CUARTA

PETITORIO

Finalizamos el presente escrito reiterando nuestra posición y solicitando al Tribunal Arbitral, en consideración a todo lo manifestado, que:

- 1) Desconozca el arbitraje como el procedimiento válido para dirimir el presente conflicto y declare su incompetencia en virtud de que:
 - i. TRAMA no es parte del Contrato ni del acuerdo arbitral.
 - ii. La cesión de derechos hecha por Real a favor de TRAMA carece de validez, no pudiendo ser opuesta a la demandada.
 - iii. El principio de separabilidad de la cláusula arbitral no es aplicable a este caso porque no se discute la validez del Contrato.

En caso de declarar su competencia:

- 2) Declare la invalidez de la cesión de derechos hecha por Real a favor de la demandante.
- 3) En caso de considerar válida la cesión, deniegue la pretensión de la demandante de cobrar US\$ 386.400 más intereses.
- 4) Reconozca el derecho de MOLPA a obtener un reajuste equitativo del Contrato por excesiva onerosidad sobreviniente.
- 5) Condene a la demandante al pago de las costas.