

**MEMORIAL DE CONTESTACIÓN DE DEMANDA**

**LE CLOÎTRE  
(EL CLAUSTRO)  
Ciudad de Paris,  
República de Francia**

**Demandante**

**-v-**

**LUIS PROCOPIAK  
Y  
CASA DE DISCOS EL TORERO S.A.  
Ciudad de Bogotá,  
República de Colombia;**

**Demandado**

**Grupo 11**

Julio, 2013

## **TABLA DE CONTENIDOS**

### **I. DE QUÉ TRATA ESTE CASO**

### **II. HECHOS**

### **III. NOTA INTRODUCTORIA: LAS CONTRADICCIONES DE EL CLAUSTRO**

### **IV. JURISDICCIÓN**

IV.1 Falta de competencia por ausencia de convenio arbitral.

IV.2 Aún si se entendiera que hay convenio arbitral la demanda no debe ser admitida.

IV.2.1 El arbitraje ad hoc como mecanismo para resolver la presente controversia.

IV.2.1.1 La Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional no es la entidad competente para conocer la controversia.

IV.2.1.2 La presente controversia debe ser resuelta mediante un arbitraje ad hoc.

IV.2.2 No se ha respetado la cláusula escalonada pactada por las partes.

### **V. LEY MATERIAL APLICABLE**

V.1 La ley material aplicable no es únicamente los Principios Unidroit.

V.2 Aplicación conjunta de los Principios latinoamericanos del Derecho de las obligaciones y los Principios Unidroit.

V.2.1 Los principios generales del derecho.

V.2.2 Los principios generales del derecho de Latinoamérica.

V.2.3 La aplicación de los Principios Unidroit.

### **VI. ARGUMENTACIÓN DE FONDO**

VI.1 El documento suscrito por las partes es un *term sheet*.

- VI.1.1 Las etapas de negociación en transacciones comerciales.
- VI.1.2 La naturaleza del *term sheet*.
- VI.2 La ausencia de responsabilidad contractual.
- VI.3 La ausencia de responsabilidad precontractual.
  - VI.3.1 El ofrecimiento por parte del señor Procopiak.
- VI.4 La penalidad es indeterminable y por tanto es inaplicable.
- VI.5 Si se entendiera que la penalidad es determinable, esta debería ser reducida.

## **VII. CONCLUSIONES**

## **TABLA DE ABREVIATURAS**

CCI	Cámara de Comercio Internacional
El Claustro	Fondo de Inversión Francés “Le Cloître” – El Claustro. (La demandante)
El señor Procopiak	Luis Procopiak (el demandado)
El Torero	El Torero S.A. (el demandado)
Ley Modelo	Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional 1985 con las enmiendas aprobadas en 2006.
Lineamientos de la IBA	Lineamientos de la IBA para la redacción de cláusulas arbitrales (IBA Guidelines for Drafting International Clauses)
MdE	“Memorando de Entendimiento” de fecha 14 de octubre de 2012
Off The Records	Casa discográfica inglesa “Off the Records”
Principios Unidroit	Principios Unidroit sobre los Contratos Comerciales Internacionales 2010

## AUTORIDADES

- BURWELL, Robert y MILLER, Howard.** “*When a Non-binding Term Sheet Becomes Binding*” Mintz Levin, Julio 2013, En: <http://www.mintz.com/newsletter/2013/Advisories/3203-0713-NAT-COR/index.html>
- BUSCAGLIA, Edgardo, DAKOLIAS, Maria y RATLIFF, William.** “*Judicial Reform in Latin America. A Framework for National Development*”. Hoover Institution, Stanford University, Stanford: 1995.
- CAIVANO, Roque J.** “*Las cláusulas escalonadas de resolución de conflictos en Tratado de Derecho arbitral Tomo I*” Grupo Editorial Ibáñez, Bogotá: 2011
- CHILLON, J.M y MERINO, J.F** “*Tratado de Arbitraje Privado Interno e Internacional*” 2da ed. Ed. Civitas, Madrid: 1991
- DIEZ PICAZO, Luis.** “*Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial. Volumen I, Segunda Edición*” Editorial Tecnos, Madrid: 1983.
- DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel** “*El Contrato en General*”, Tomo II, Palestra Editores, Lima: 2011
- FARNSWORTH, E. Allen.** “*Responsabilidad precontractual y acuerdos preliminares: Thrid dealing y fracaso en las negociaciones*”. En: Themis, Revista de Derecho No. 49, 2004.
- FILE, D Jason** “*United States: multi-step dispute resolution clauses*”. En: IBA Legal Practice Division, Mediation Committee

Newsletter, Julio del 2007, En:  
<[http://www.wilmerhale.com/uploadedFiles/WilmerHale\\_Shared\\_Content/Files/Editorial/Publication/File\\_Jason\\_IBAMediation\\_July07.pdf](http://www.wilmerhale.com/uploadedFiles/WilmerHale_Shared_Content/Files/Editorial/Publication/File_Jason_IBAMediation_July07.pdf)> Consulta: 21 de marzo de 2013.

**LOPEZ ANTON, Félix**

*“Ejecución en España de laudos arbitrales extranjeros (La aplicación del Convenio de Nueva York)”*. En: Diario La Ley, Tomo 2, 1985.  
En: [http://www.wke.es/salaprensa/White/white\\_2.html](http://www.wke.es/salaprensa/White/white_2.html)

**RUBIO, Marcial**

*“El sistema jurídico. Introducción al derecho”*. Fondo editorial de la PUCP, Lima: 2009.

**SORIANO, Carlos**

*“Responsabilidad por incumplimiento contractual”*. En: Morales, Rómulo y Priori, Giovanni (editores). De las obligaciones en general. Coloquio de iusprivatistas de Roma y América. Cuarta Reunión de Trabajo. Fondo Editorial de la PUCP. Lima: 2012.

**TORTEROLA, Ignacio.**

*“Clausulas escalonadas en el arbitraje de inversión en Tratado de Derecho arbitral”*. Grupo Editorial Ibañez, Bogotá: 2011.

**VOGENAUR, Stephen y  
KLEINHEISTERKAMP,  
Jan.**

*“Commentary on the UNIDROIT principles of international commercial contracts”*. Oxford University Press, Nueva York: 2009.

## **JURISPRUDENCIA**

<b>Caso Channel Tunnel v. Balfour Beatly</b>	Channel Tunnel Group Ltd v Balfour Beatly Construction Ltd 1993
<b>Caso Him Portland v. De Vito Buildiers</b>	Corte de Apelaciones del Primer Circuito de los Estados Unidos. Him Portland LLC v. De Vito Buildiers Inc, (317 F.3d 41) 2003
<b>Laudo del 04 de abril del 2003 de la CCI (Confidencial)</b>	Laudo emitido por la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Rusia. 04 de abril del 2003
<b>Laudo del 30 de noviembre del 2006 de la CAM (Confidencial)</b>	Laudo emitido por el Centro de Arbitraje de México (CAM) 30 de noviembre del 2006
<b>Caso U.S. v. Bankers Inc. Co.</b>	Corte de Apelaciones del Cuarto Circuito de Estados Unidos United States of America v. Bankers Insurance Company (245 F.3d 315) 2001
<b>Laudo CCI No. 14581 (Confidencial)</b>	Laudo emitido por la Corte de Arbitraje Internacional de Suiza. Laudo 14581
<b>Laudo CCI No. 7110 (Confidencial)</b>	Laudo emitido por el Centro de Arbitraje CCI Laudo 7110

**Caso PSEG Global v.  
Republic of Turkey**

International Centre for Settlement of Investment  
Disputes (ICSID)

Caso PSEG Global Inc. and others v. Republic of  
Turkey

19 de enero de 2007

**Caso Welborn v.  
Medquist**

Corte de Apelaciones del Séptimo Circuito de los Estados  
Unidos

Welborn Clinic v. Medquist

(301 F.3d 634) 2002



## **SEÑORES MIEMBROS DEL TRIBUNAL ARBITRAL:**

Luis Procopiak (en adelante, “el señor Procopiak”), conjuntamente con Casa de discos El Torero S.A. (en adelante, “El Torero”), sociedad anónima creada en la República de Colombia, con domicilio y sede social en la ciudad de Bogotá, República de Colombia, en los seguidos por Le Cloître – El Claustro (en adelante, “El Claustro”), atentamente decimos:

Respetando los plazos establecidos en el Reglamento Arbitral, contestamos la demanda, negándola y contradiciéndola en su integridad; y, solicitamos al Tribunal Arbitral que desestime la demanda en todos sus extremos.

### **I. ¿DE QUE TRATA ESTE CASO?**

1. El presente caso es consecuencia de una severa malinterpretación de los hechos y los documentos por parte de El Claustro. Esta confusión no hace sino crear un laberinto argumentativo que, en la búsqueda de llegar a alguna salida, no llega nunca a ninguna.
2. Como demostraremos este es un caso más sencillo de lo que parece. Si se interpreta de manera correcta los hechos y sobre todo los documentos existentes, podremos descubrir que no es necesario meterse a un laberinto para encontrar la salida. Esta última está a la vista y es sencillo atravesarla.
3. El camino es directo y sin obstáculos y la salida se encuentra fácilmente si uno asume algunas premisas básicas consistentes con los hechos:
  - a. La demandante confunde un borrador de ciertas cláusulas de un futuro documento preparatorio para un contrato. De dicha malinterpretación se derivan todos y cada uno de sus errados argumentos.
  - b. Las partes nunca firmaron un contrato y por tanto no existen obligaciones exigibles.

- c. En consecuencia los hechos materia de este arbitraje se encuentran en el campo de lo precontractual. De ello se deriva no solo que no se pueda exigir el cumplimiento de obligaciones contractuales inexistentes, sino que además esta controversia no sea arbitrable al no existir un convenio arbitral sino un mero borrador del mismo.
4. Las partes iniciaron la negociación de una futura compraventa de acciones cuyo monto superaba los 500 millones de dólares. Una negociación de tal naturaleza y magnitud no podía realizarse de un día para otro y menos aún en una reunión de solo 18 minutos, como señala El Claustro.
5. El resultado de tan incipiente negociación fue, simplemente, el borrador de algunas de las cláusulas que integrarían, posteriormente, un documento preparatorio vinculante. Pero en este estado no existió la intención de celebrar un contrato.
6. Las partes lo tenían tan claro que inician el documento materia de controversia diciendo, con toda claridad, que éste no es un contrato, y que la simple invocación de considerarlo un contrato constituiría mala fe.
7. En sencillo, **lo único a que se comprometieron las partes**, en la esfera de lo precontractual, **es a no considerar el documento un contrato**. Ello es precisamente lo contrario a lo que ha hecho nuestra contraparte. Cada párrafo de su memoria de demanda incumple el único compromiso que se asumió, pues parte de considerar un contrato lo que las partes negaron que lo fuera. De allí parte la confusión y de allí se construye el laberinto.
8. En su afán de confundir, el Claustro termina confundido. La demandante termina atrapada en su propio laberinto. Lo cierto, sin embargo, es que no importa el camino que se elija. La salida es la misma: la demanda debe ser desestimada. Nunca fue más cierto el dicho de que *todos los caminos llevan a Roma*.

## II. HECHOS

9. Luis Procopiak siempre ha sido un hombre emprendedor, trabajador y creativo. Aprovechando su pasión por la música y su buen oído, constituyó su propia empresa discográfica a la que denominó “El Torero”, la cual alcanzó el éxito internacional.
10. Ello tiene un mérito especial. Luis Procopiak no solo tuvo que enfrentar los retos que supuso su ingreso al mercado. Lo hizo a pesar de su origen humilde y de sufrir lamentables pérdidas de memoria como consecuencia de problemas médicos originados durante su nacimiento.
11. A pesar de ello, logró posicionar a “El Torero” como una de los más importantes sellos discográficos colombianos y latinoamericanos. Ha sido el responsable de descubrir importantes de la talla de Enrique Bacano y Los Caminodos.
12. El demandante, por su parte, es un fondo de inversión francés que cuenta con un controvertido récord financiero. En el año 2011 se vio involucrado en un serio escándalo de malversación de fondos que le registró cuantiosas pérdidas dejándolo con un monto operativo de tan solo USD 4 millones. Consecuencia de ello fue que perdiera todo acceso a líneas de crédito de la mayoría de bancos europeos.
13. A pesar de ello, El Claustro, conjuntamente con otros grupos de inversión y empresas discográficas extranjeras, estuvo interesada en adquirir El Torero. Quiso comprar lo que sabía que no podía comprar.
14. El señor Procopiak se entendió bastante bien con el administrador y representante del Claustro, el señor Alexis Mantilla. El 14 de octubre de 2012 se reunieron a conversar. Como resultado de ello, plasmaron en un documento sus aspiraciones y prioridades en el marco de la negociación de la posible compraventa de acciones de la empresa. Este documento no es más que un borrador que contiene intenciones preliminares entre Luis

Procopiak y El Claustro. Era una primera aproximación y como se desprende de la propia lectura del documento, sus resultados son incipientes y preliminares.

15. El documento expresa, de manera inequívoca, que no era vinculante. Así entendido, todo tiene sentido. Los problemas surgen en el intento de darle al documento una naturaleza y unos alcances que no tiene.
16. Es su afán de confundir las cosas, El Claustro, mediante carta de fecha 31 de octubre de 2012, planteó un supuesto incumplimiento de las condiciones establecidas en un inexistente contrato.
17. Pero las partes estaban en una etapa precontractual, en la que solo existen negociaciones preliminares. Solo existían borradores de cláusulas. Nunca existieron obligaciones que incumplir. Por ello el señor Procopiak, de buena fe, al decidir alejarse de las negociaciones, le ofreció el pago de los costos incurridos en este proceso previo. Saltar a la existencia de un contrato requiere de habilidades de acrobacia jurídica que genera toda la confusión y ambigüedades que surgen de la posición del demandante.
18. El Claustro demanda al señor Procopiak aduciendo haber “incumplido las obligaciones pactadas en el contrato” cuando en realidad, como veremos con detalle más adelante, nunca existió un contrato. Un borrador no puede convertirse en fuente de obligaciones.

### **III. NOTA INTRODUCTORIA: LAS CONTRADICCIONES DE EL CLAUSTRO**

19. La demanda interpuesta por El Claustro es claramente imprecisa y ambigua. Presenta una serie de serias contradicciones internas que configuran el laberinto al que nos hemos referido.
20. En efecto, en un primer momento que el documento suscrito el 14 de octubre de 2012 sería un contrato. Inmediatamente después de intentar demostrar que se trataría de un contrato, se sostiene que la conducta del señor Procopiak en relación al presunto contrato generaría

solamente un supuesto de responsabilidad precontractual por alegados incumplimientos al deber de buena fe en las negociaciones.

21. Y luego, tras señalar que la conducta del señor Procopiak generaría un supuesto de responsabilidad precontractual, sostienen que esta se deriva de las cláusulas del presunto contrato. Pero algo no puede ser y no ser al mismo tiempo. O estamos frente a un incumplimiento contractual o estamos frente a un caso de responsabilidad precontractual. No es posible que algo sea contractual y precontractual al mismo tiempo.
22. Pero las imprecisiones continúan. Tras hacer referencia indistinta a incumplimientos pre contractuales como contractuales, El Claustro demanda la aplicación de una penalidad, tal como se desprende de la séptima pretensión de la demanda. Pero no explican los motivos que permitan determinar cómo se deriva el monto que se exige en base a la penalidad.
23. La fundamentación jurídica de la memoria de la demandante carece totalmente de sentido. Por un lado, en el numeral 123 de la Demanda, se señala que *“las eminentes violaciones precontractuales cometidas por el Sr. Procopiak y El Torero nos obligaron a recurrir al arbitraje”*. Pero al mismo tiempo se alega una presunta penalidad que sólo podría referirse a obligaciones contractuales. La contradicción es evidente.
24. Y como si ello no fuese contradicción suficiente, la propia pretensión séptima de la demanda se contradice con su propio texto. Señalan en dicha pretensión, que estarían solicitando un monto ascendente a US\$100'000,000.00. Pero en el numeral 122 de su demanda señalan que el monto a pagar sería de aproximadamente US\$84'000,000.00.
25. Queda demostrado que la demanda interpuesta por El Claustro no solo es imprecisa y ambigua, sino que incluso presenta diversas contradicciones internas, lo que no permite comprender los fundamentos de sus pretensiones. El Claustro está enclaustrado en su propio laberinto.
26. Pero más allá de las imprecisiones y contradicciones, como analizaremos a continuación lo cierto es que *todos los caminos llevan a Roma*: independientemente del camino

interpretativo que desee tomarse, el resultado será siempre el mismo: la demanda debe ser desestimada.

#### **IV. JURISDICCIÓN**

##### **IV.1 Falta de competencia por ausencia de convenio arbitral**

27. Planteamos objeción a la jurisdicción del este Tribunal Arbitral. Como veremos a continuación existen distintos fundamentos que determinan que el Tribunal carezca de competencia.
28. No puede haber arbitraje sin convenio. Sin acuerdo no hay tribunal arbitral competente. En este caso las partes no firmaron un contrato el 14 de octubre de 2012. Y tampoco firmaron un convenio arbitral. Lo único que existe es un borrador de ciertas cláusulas, incluido el borrador de un convenio arbitral.
29. Las partes firmaron solamente un *term sheet*: un documento preliminar en el que se pactó expresamente en la Cláusula A que este no sería vinculante. Las cláusulas que se invocan como acuerdos son solo borradores a ser incorporadas a un futuro acuerdo que sí sería, en su oportunidad, vinculante.
30. Bien entendida las cosas el laberinto desaparece: de ninguna de las cláusulas del *term sheet* se pueden desprender obligaciones. No estamos frente a un contrato. Por tanto, la Cláusula K del *term sheet* no puede ser considerada como un convenio arbitral exigible a las partes, tal como erróneamente pretende El Claustro. Se trata solo del borrador de convenio arbitral a ser incluido en un contrato posterior.
31. Como se desprende del artículo 7 de la Ley Modelo Uncitral el acuerdo arbitral evidentemente surge de la voluntad de las partes, lo que no se cumple en el presente caso. Por definición un borrador no es vinculante.

32. El Claustro hace referencia a dos requisitos para la validez de los convenios arbitrales: (i) constar por escrito y (ii) estar firmados. No obstante, el análisis de El Claustro confunde la naturaleza del documento firmado por las partes el 14 de octubre de 2011. La consecuencia es que Cláusula K no puede ser considerada vinculante.
33. El arbitraje es, en esencia, un mecanismo de resolución de conflictos que surge en base a la voluntad de las partes. Y si las partes dicen que algo no es un acuerdo, la consecuencia no puede ser que lo sea. En el documento suscrito el 14 de octubre de 2012 las partes decidieron expresamente no vincularse, ya que así lo señalan literalmente en la Cláusula A.
34. Dado que las partes estaban solo redactando borradores para un acuerdo posterior, y con la finalidad de evitar precisamente que se genere la confusión que la demandante está tratando ahora generar, las partes, de manera indubitable, señalaron que el documento no era un contrato. Un borrador es un borrador y un contrato es un contrato. Y el documento no puede ser aquello que las partes, de manera expresa, negaron.

## **IV.2. Aun si se entendiera que hay convenio arbitral la demanda no debe ser admitida**

### **IV.2.1 El arbitraje ad hoc como mecanismo para resolver la presente controversia**

35. Como dijimos el Tribunal no es competente para conocer la controversia debido a que el documento suscrito por las partes no contiene un convenio arbitral sino simplemente borradores de diversas cláusulas.
36. Sin perjuicio de ello, demostraremos que aún en el hipotético y negado supuesto en el que se considerara que las partes sí pactaron un convenio arbitral, el arbitraje debería ser uno ad hoc debido a que la entidad designada por las partes es inexistente.

#### **IV.2.1.1 La Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional no es la entidad competente para conocer la presente controversia**

37. La contraparte señala, en el numeral I.1 de la demanda interpuesta, que la entidad arbitral competente para conocer la controversia es la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional de París (en adelante, la CCI). Según la empresa demandante existirían laudos arbitrales en los que se decidió que la CCI es competente incluso en casos en los que el nombre de la institución arbitral no ha sido correctamente establecido.
38. Según lo mencionado por El Claustro, en el caso Kassaiionsgericht des Kanions resuelto por el Cantón de Zurich se señala que se necesita la concurrencia de dos elementos para que la CCI pueda conocer una controversia a pesar de no haberse designado correctamente a la institución: (i) la cláusula arbitral debe contener la intención clara e inequívoca de las partes de someter sus controversias a un tribunal con sede definida; y, (ii) en la cláusula se debe señalar de manera literal la intención de las partes de someterse a un arbitraje bajo el reglamento de la “Corte de Arbitraje de París”.
39. El argumento expuesto ambiguo pues cuando se explica el segundo elemento no queda claro si se refieren a que la CCI será competente cuando se designe a la “Corte de Arbitraje de París” (entidad inexistente) o si es que, con dicha denominación (“Corte de Arbitraje París”), se refieren a la CCI.
40. Pero en cualquiera de los dos escenarios, en el presente caso no se cumple con el segundo elemento mencionado. Por lo tanto, el tribunal deberá declarar que no es competente.
41. Decir que la CCI será competente cuando la denominación utilizada por las partes sea “Corte de Arbitraje de París” carece de fundamento pues es evidente que no se cumple en este caso debido a que esa no fue la denominación utilizada por las partes.
42. En la Cláusula K del convenio arbitral se establece lo siguiente:



*“Cláusula K.- Toda desavenencia que pueda surgir del presente contrato o tenga relación con el mismo (...) será sometida a **la Asociación de la Corte de Arbitraje Internacional de Inversiones de París** para su resolución contractual por tres árbitros nombrados de conformidad con el **Reglamento de Arbitraje de dicha institución**.(...)”.* (Énfasis agregado)

43. Como puede apreciarse, la entidad designada por las partes es la “Asociación de la Corte de Arbitraje Internacional de Inversiones de París” y no la “Corte de Arbitraje de París” como señala la contraparte. Se trata de dos denominaciones totalmente diferentes que no son, en absoluto, asimilables. Por ello, no es posible señalar que hacer referencia a la primera de ellas es equivalente a hacer referencia a la segunda.
44. Por ello, no es aplicable la jurisprudencia la denominación utilizada por las partes en dicho caso fue “Corte de Arbitraje de París” y la conclusión del tribunal fue que, en casos como aquel, la CCI será competente cuando se establezca de manera literal la intención de las partes de someterse al reglamento de la “Corte de Arbitraje de París”.
45. Como puede apreciarse, se requiere literalidad – es decir, exactitud – y no similitud en los términos utilizados para hacer referencia a la entidad arbitral. Sin embargo, tal como la propia contraparte lo reconoce en el numeral 15 de la demanda, en este caso la denominación de la entidad arbitral no es clara y claramente no es igual a “Corte de Arbitraje de París”.
46. Cuando en la Cláusula K se señala “de conformidad con el Reglamento de Arbitraje de dicha Institución” las partes se refirieron al reglamento de la “Asociación de la Corte de Arbitraje Internacional de Inversiones de París”, entidad arbitral inexistente. No se ha podido encontrar ninguna entidad cuyo nombre sea razonablemente parecido al usado en la cláusula. Ello posiblemente atribuible a que, como dijimos anteriormente, no estamos frente a un pacto sino frente a un borrador, con las imperfecciones típicas que suelen tener los borradores.

47. En cualquier caso sobran muchas palabras y faltan muchas otras. No es posible identificar un nombre remotamente parecido. Ello puede apreciarse de la siguiente manera:

	Palabras comunes	Palabras que no tiene “Corte de Arbitraje de París”
Corte de Arbitraje de París	3 palabras (“Corte”, “Arbitraje” y “París”)	3 palabras (“Asociación”, “Internacional” e “Inversiones”)
Asociación de la Corte de Arbitraje Internacional de Inversiones de París		

48. Como se puede apreciar, el demandante elige estratégicamente tres de las 6 palabras que componen el nombre de la institución designada por las partes. Con ello pretende encuadrar el presente caso en lo sucedido en la jurisprudencia citada y así alegar que la CCI es la entidad competente para conocer la controversia.
49. Por otro lado, en el numeral 16 de la demanda, la empresa demandante señala que el artículo 6.2 en el Reglamento de Arbitraje de la CCI se establece que cuando las partes se sometan al reglamento de dicha institución, se entenderá que estas le estarán otorgando competencia para la solución de sus controversias.
50. El artículo citado se aplica únicamente en aquellos casos en los que las partes han decidido someterse al reglamento de la CCI. ¿Es eso lo que sucede en este caso? Evidentemente, no.
51. Como puede apreciarse, resulta absurdo entender que la CCI sea la entidad competente para conocer el presente caso debido a que esa no fue la voluntad de las partes y a que no se cumple con los elementos necesarios - según la jurisprudencia citada por la propia

contraparte - para considerar competente a dicha institución en aquellos supuestos en los que hay un error en la denominación.

#### **IV.2.1.2 La presente controversia debe ser resuelta mediante un arbitraje ad hoc**

52. Tal como señalamos anteriormente, en la Cláusula K se designa a la “Asociación de la Corte de Arbitraje Internacional de Inversiones de París” como entidad competente para conocer las controversias que pudieran surgir entre las partes.
53. De dicha cláusula se desprende que la intención de las partes respecto al arbitraje contiene dos extremos: (i) la intención de someter sus controversias a arbitraje; y, (ii) que dicho arbitraje sea uno institucional.
54. El segundo extremo de la Cláusula K es inoperante debido a que la denominación utilizada por las partes no es, ni puede ser, asimilada a ninguna entidad existente. Es claro que se cometió un error al momento de denominar a la entidad arbitral designada y ese error es de tal gravedad, que convierte a ese extremo del pacto en uno de imposible ejecución.
55. El empleo de herramientas aparentemente objetivas como contar las palabras similares – como hace la contraparte – o apelar al prestigio o reconocimiento de la CCI no son, en absoluto, soluciones adecuadas para pretender corregir el extremo de una cláusula que, claramente, se encuentra viciada.
56. Así, por ejemplo, la propia CCI ha señalado en el laudo CCI 14581 *“En opinión del Tribunal, el mero hecho de que la Cámara de Comercio Internacional de París es quizás la más conocida institución arbitral con más experiencia por lo que su elección hubiera sido razonable, no es suficiente para concluir que habría sido la única razonable elección y que una persona razonable habría entendido cláusula 11.2 [International Arbitration Court in Switzerland] como una cláusula CCI”*.

57. Como puede apreciarse, cuando un tribunal analiza si es competente o no para conocer determinada controversia, debe atender primero a lo manifestado por las partes en el convenio arbitral. En el presente caso, no es posible conocer a qué entidad quisieron referirse las partes por lo que la designación de cualquier entidad arbitral existente implicaría la violación de la voluntad de las partes. Ante ello no cabe sino concluir que designaron a una institución arbitral inexistente.
58. Si bien es cierto que la Cláusula K habría designado una entidad arbitral inexistente, sí es clara respecto a la intención de las partes de someter sus controversias a arbitraje y no a la jurisdicción ordinaria.
59. Siendo que llevar a cabo un arbitraje institucional resulta inviable debido a que la cláusula se refiere a una entidad inexistente, existen dos alternativas: (i) entender que toda la cláusula es inoperativa y por lo tanto señalar que la jurisdicción ordinaria es la competente; o, (ii) entender que la controversia debe ser resuelta mediante un arbitraje ad hoc.
60. La primera alternativa es contraria a la voluntad expresa de las partes de someter sus controversias a arbitraje. Si bien, como ya señalamos, el convenio arbitral no puede ser ejecutado en su conjunto pues contiene errores insubsanables, lo que sí es claro es que las partes querían someter sus controversias a arbitraje. Dicha intención debe ser preservada.
61. El principio pro arbitraje se aplica a supuestos como este para proteger la intención de las partes de someter sus controversias a arbitraje, a pesar de que el convenio arbitral pueda tener ciertas patologías. Así, *“una vez acreditada la voluntad de las partes en acudir al arbitraje, la interpretación del convenio debe discurrir en el sentido de favorecer la implantación y el desarrollo del proceso arbitral”* (CHILLON; p. 673).
62. Como puede apreciarse, basta con que quede claro que la intención de las partes era someter sus controversias a arbitraje para que, en virtud del principio pro arbitraje, este deba ser protegido. En el presente caso, la voluntad de arbitrar de las partes es sumamente

clara, por lo que resulta contrario a la voluntad de estas entender que la jurisdicción competente es la ordinaria.

63. En ese sentido, consideramos que la segunda alternativa, es decir entender que la presente controversia debe ser sometida a un tribunal ad hoc, es aquella que logra materializar el convenio arbitral sin violar la voluntad clara de las partes de someter sus controversias a arbitraje.
64. Dado que no puede determinarse a qué entidad arbitral se refirieron las partes dicho extremo de la cláusula debe entenderse como no puesto. El resto de ella es plenamente vigente debido a que la voluntad de las partes de someter sus controversias a arbitraje es clara y debe respetarse.
65. En la misma línea ciertas legislaciones, como la peruana, por ejemplo, establecen que, cuando no se haya designado una institución arbitral o cuando se haya designado una inexistente, se entenderá que el arbitraje es ad hoc. El texto de la norma es el siguiente:

*“Artículo 7.- Arbitraje ad hoc institucional*

*(...)*

*3. En caso de falta de designación de una institución arbitral, se entenderá que el arbitraje es ad hoc. La misma regla se aplica cuando exista designación que sea incompatible o contradictoria entre dos o más instituciones, o cuando se haga referencia a una institución arbitral inexistente, o cuando la institución no acepte el encargo, salvo pacto distinto de las partes.”*

66. Como puede apreciarse, la intención clara es hacer prevalecer la voluntad de arbitrar. La lógica es que por más que existan ciertas patologías que hagan inviables ciertos extremos del convenio arbitral, si es claro que las partes quisieron someter sus controversias a arbitraje, esta intención debe ser protegida entendiendo que las partes pactaron un arbitraje ad hoc.

#### IV.2.2 No se ha respetado la cláusula escalonada pactada por las partes

67. Como ha quedado demostrado, la intención de las partes no fue someter la controversia a la CCI y, por tanto, el presente Tribunal Arbitral no es competente para conocer la controversia. Sin embargo, aun en el hipotético y negado supuesto en el que se considere que ello es así, existe una razón adicional que evidencia la falta de competencia de este tribunal: El Claustro no cumplió con la mediación previa pactada.
68. La cláusula K del documento señala que: “(...) *ante cualquier controversia **en caso de no poder resuelta amistosamente mediante mediación de un árbitro calificado en un plazo de 44 días contados desde la notificación formal de dicha desavenencia**, será sometida a la Asociación de la Corte de Arbitraje Internacional de Inversiones de París (...)*”. (Énfasis agregado)
69. La presente cláusula es denominada en doctrina como “cláusula escalonada”, las que se caracterizan por *“proveer dos o más instancias escalonadas de solución de diferencias y contienen, generalmente una primera instancia de negociación u otro medio de solución de la controversia con anterioridad a la posibilidad de iniciar un procedimiento arbitral”* (TORTEROLA; p. 69)
70. Es decir que, en caso las partes hayan establecido un mecanismo previo, este deberá cumplirse en orden de acceder al fuero arbitral. Al respecto, en el Caso Him Portland LLC v. De Vito, se estableció que *“Under the plain language of the contract, the arbitration provision is no triggered until one of the party’s requests mediation”*.
71. Al respecto, debemos señalar que el establecimiento de un requisito como la mediación no es espontáneo, sino que cumple con una finalidad: fomentar negociaciones exitosas a fin de evitar el sometimiento de la controversia al fuero arbitral. En el Caso Welborn Clinic v. Medquist Inc. la Corte sostuvo que el propósito de acordar cláusulas escalonadas era *“indudablemente fomentar negociaciones exitosas a fin de que ni el litigio ni el arbitraje fueran necesarios”*.

72. Ahora bien, cuando en una cláusula de solución de controversias se establecen tanto una mediación como un arbitraje existen dos alternativas: (i) que sean mecanismos alternativos; y, (ii) que formen aquello a lo que Buscaglia, Dakolias y Ratliff denominan “*combo mediación-arbitraje*”. En el primer caso, las partes puede optar entre uno u otro mecanismo; en el segundo, en cambio, las partes deberán primero someterse a una mediación y solo en caso esta no sea fructífera, podrán recurrir a la vía arbitral.
73. Al respecto, File señala que “*en aquellos casos en los que las cláusulas contengan indicios de obligatoriedad, como una determinada duración de la negociación o mediación, un número específico de sesiones de negociación, participantes específicos de la negociación, o una mediación ajustada a reglas específicas o bajo el auspicio de una determinada institución de solución de controversias, las cortes parecen más inclinadas a exigir las*” (Traducción libre) (FILE; p.33)
74. Asimismo, es importante tomar en cuenta los lineamientos para redactar cláusulas escalonadas o *multi-tier*, en su denominación en inglés, de la *International Bar Association* (IBA) que señalan lo siguiente:
- “Lineamiento Multi-tier # 1: La cláusula debe especificar un periodo de tiempo para la negociación o mediación, activado por un evento definido e indisputable (v.g., una solicitud por escrito), luego del cual ambas partes pueden recurrir a arbitraje”. Y luego comentan, “[u]na cláusula multi-tier que requiere negociación o mediación antes del arbitraje puede crear una condición precedente al arbitraje. Para minimizar el riesgo de que una parte use la negociación o mediación a efectos de dilatar el procedimiento u obtener alguna otra ventaja táctica, la cláusula debe especificar un periodo de tiempo luego del cual la disputa pueda ser sometida a arbitraje (...).El periodo de tiempo para la negociación debe ser activado por un evento definido e indisputable, como una solicitud por escrito para negociar o mediar (...).” (Énfasis agregado)*
75. Como se puede apreciar, la recomendación de la IBA sostiene es que hay ciertos elementos que permiten identificar cuando el requisito de la mediación es exigible. Estos son: (i) que se determine un periodo de tiempo en el que debe llevarse a cabo la mediación; y, (ii) que dicho proceso se inicie con un evento formal definido, como por ejemplo, una solicitud por escrito. Ambos se encuentran presentes en la cláusula arbitral controvertida.

76. En efecto, la cláusula K establece los dos elementos recomendados por la IBA: “*un plazo de 44 días*” y la “*notificación formal de dicha desavenencia*”. Ello evidencia de que la voluntad de las partes fue establecer una mediación exigible.

77. Por otro lado, descartamos que el externo de la cláusula en cuestión constituya una mera formalidad como lo ha señalado el demandante. El hecho de que El Claustro lo considere inútil o que dilata del proceso, no es motivo para ignorar aquello que las partes establecieron. En ese sentido, Lopez señala que: “*la parte que invoca la obligatoriedad y el cumplimiento de los escalones iniciales de una cláusula multinivel tiene derecho a que se decrete tal obligatoriedad y a que se cumpla con dichos escalones, así el resultado vaya a ser fútil o no se vaya a solucionar efectivamente el conflicto*”. (LOPEZ; p. 1190)

78. Por su parte, Caivano señala que:

*“Sería, lisa y llanamente, negar la fuerza vinculante de un compromiso contractual asumido, en violación a los principios fundamentales del derecho de los contratos. Elementales razones de buena fe y respeto a lo pactado llevan a concluir que, si las partes convinieron que debían intentar una solución acordada a través de negociaciones directas o asistidas, una de ellas no puede luego evadir esa primera instancia”.* (CAIVANO; p. 74)

79. Así lo ha entendido la jurisprudencia arbitral en diversas oportunidades. Por ejemplo, en el Caso Channel Tunnel Group Ltd v Balfour Beatty Construction Ltd, se resolvió lo siguiente:

*“Those who make agreements for the resolution of disputes must show good cause for departing from them having promised to take their complaints to the experts and if necessary to the arbitrators, this is where the appellants should go. The facts that the appellants now find their chosen method too slow to suit their purposes is to my way of thinking quite beside the point.”*

80. Asimismo, en el Caso US v. Bankers Inc. Co, la Corte de Apelaciones del Cuarto Circuito de Estados Unidos resolvió que incluso cuando una parte asegure que el cumplimiento de esta cláusula resulte inútil, esto no propicia que no sea obligatoria.



81. En base a lo expuesto, no cabe duda alguna que la mediación es un requisito previo y de obligatorio cumplimiento. No sólo ello, sino que dicho cumplimiento no significa un retraso innecesario a la resolución de la controversia, ni supone una práctica dilatoria. Por el contrario, se trata de respetar un compromiso pactado por las partes en la cláusula arbitral, compromiso que a la fecha ha sido pasado por alto por la demandante. En consecuencia, el Tribunal Arbitral no deberá admitir la demanda.
82. Finalmente, se debe considerar que si la mediación no genera la falta de competencia del Tribunal, en todo caso el presente proceso arbitral deberá necesariamente ser suspendido para que se lleve a cabo la mediación pactada. Así, en caso dicha mediación no llegue a un acuerdo, el proceso continuará en el estado en el que se encuentra.

## **V. LEY MATERIAL APLICABLE**

83. Ha quedado claro que no nos encontramos frente a un documento de naturaleza contractual y que sus cláusulas están pensadas para formar parte de un documento posterior. La cláusula J –en la que se determinó la “ley material aplicable”- es precisamente una de las estipulaciones pensada para formar parte de un posterior documento.

### **V.1 La ley material aplicable no es únicamente los Principios Unidroit**

84. En el acápite III de la demanda la empresa demandante establece que los Principios Unidroit son la norma aplicable a la controversia debido a que existe doctrina y jurisprudencia que establece que en aquellos casos en los que las partes determinen que la ley aplicable al fondo de la controversia son los “principios generales del derecho” deberá entenderse que estas hicieron referencia a los principios Unidroit.
85. Al momento de hacer el análisis mencionado la contraparte ha omitido un importante detalle: las partes pactaron que la ley aplicable al fondo eran los “Principios comunes del derecho de las obligaciones de las naciones latinoamericanas”. La acotación que se hace al

derecho latinoamericano no puede entenderse como una mención intrascendente pues los principios generales del derecho son distintos dependiendo del sistema jurídico en el que nos encontremos.

86. No puede entenderse que al presente caso se aplican únicamente los principios Unidroit pues estos contienen ciertas normas que no son compatibles con los ordenamientos latinoamericanos. A modo de ejemplo,

- En el artículo 11.1.2 de los Principios Unidroit se presume la solidaridad cuando varios deudores se obligan frente a un acreedor por la misma obligación. Ello no sucede en los ordenamientos civiles latinoamericanos en los cuales la solidaridad nunca se presume sino que debe ser pactada para que exista.
- Por otro lado, en los ordenamientos latinoamericanos se reconoce la causa como uno de los elementos esenciales de los actos jurídicos. Sin embargo, en los Principios Unidroit esta no se encuentra regulada.
- Por último, en el artículo 10.3 de los Principios Unidroit se establece la posibilidad de que las partes puedan modificar los periodos de prescripción; mientras que en los ordenamientos latinoamericanos los plazos de prescripción están establecidos y son inmodificables por las partes.

87. Queda evidenciado entonces que los Principios Unidroit no son del todo compatibles con los principios generales del derecho latinoamericano y que, por lo tanto, esos solo se deben aplicar en tanto sean compatibles y no indistintamente como equivocadamente pretende El Claustro.

## **V.2 Aplicación conjunta de los Principios Latinoamericanos del Derecho de las obligaciones y los Principios Unidroit.**

88. Las partes pactaron en la Cláusula J del documento que la ley material aplicable a este serían los “Principios comunes del derecho de las obligaciones de las naciones latinoamericanas”. Es importante señalar que no existe un cuerpo normativo con dicha denominación por lo que deberá entenderse que la ley material aplicable está compuesta por (i) los principios que se extraigan de las normas sobre obligaciones contenidas en los diversos ordenamientos latinoamericanos; y, (ii) los principios Unidroit.
89. Sin embargo, a pesar de que ambas normas deben aplicarse de manera conjunta, siendo que las partes hicieron especial referencia a que los principios generales del derecho aplicables serían los latinoamericanos, estos deberán ser el principal referente y los principios Unidroit se aplicarán únicamente en aquellos casos en los que sean compatibles con los principios latinoamericanos.

### **V.2.1. Los principios generales del derecho**

90. Los principios generales del derecho son:

*“(...) conceptos o proposiciones de naturaleza axiológica o técnica, que informan la estructura, la forma de operación y el contenido mismo de las normas, grupos normativos, subconjuntos, conjuntos y del propio Derecho como totalidad. Pueden estar recogidos o no en la legislación, pero el que no lo estén no es óbice para su existencia y funcionamiento”.* (RUBIO; p. 284).

91. Como se aprecia, los principios generales del derecho son aquellas disposiciones de las cuales derivan las demás normas del ordenamiento. Son aquellos conceptos que se plasman en la regulación elegida por cada ordenamiento jurídico. Por ejemplo, existen diversas normas que se basan en el principio de *pacta sunt servanda*, y si bien puede que este no se encuentre positivizado en todos los ordenamientos, se evidencia que todos estos persiguen su estricto cumplimiento.

### **V.2.2. Los principios generales de Latinoamérica**

92. Teniendo en cuenta lo ya explicado, los principios comunes a las naciones latinoamericanas, serán aquellos principios que se encuentren presentes en todos o la mayoría de los ordenamientos jurídicos de Latinoamérica.
93. Dichos ordenamientos parten de una misma tradición jurídica. Ello se evidencia cuando sus códigos civiles son estudiados y se aprecia que estos son similares entre sí pues *“los textos no dejan de ser expresión de una labor basada en una tradición jurídica común”*. (SORIANO; p. 307).
94. Lo que ello implica es que la mayoría de los ordenamientos latinoamericanos estarán basados en los mismos principios y son justamente aquellos los que constituyen la ley material aplicable a la presente controversia.

### **V.2.3. La aplicación de los Principios Unidroit**

95. Los Principios Unidroit sobre Contratos Comerciales Internacionales extraen las normas contractuales comunes a los principales ordenamientos jurídicos existentes e indican soluciones acordes a las exigencias del comercio internacional.
96. En el preámbulo de estos principios se señala que *“pueden aplicarse cuando las partes hayan acordado que su contrato se rija por los “principios generales del derecho, la lex mercatoria o expresiones semejantes”*.
97. En ese sentido, se ha reconocido en jurisprudencia que cuando las partes hagan referencia a un concepto vago o amplio al referirse a la ley aplicable, se entenderá que los Principios Unidroit son aplicables al caso. Así, en el Laudo 7110 emitido por el Centro de Arbitraje CCI, se señaló que los principios Unidroit *“han sido específicamente concebidos para ser aplicados a los contratos comerciales internacionales en instancias en las cuales, como en el caso que acontece, en que las partes han acordado que sus transacciones serán gobernadas por reglas generales y principios (...)”*.

98. Tal como señalamos, la ley material elegida por las partes es sumamente amplia pues no se hace referencia a un cuerpo normativo en particular. Sin embargo, como ya demostramos, sí se hace referencia a que los principios que se apliquen deben ser solo aquellos que sean propios de los ordenamientos latinoamericanos.
99. En conclusión, la legislación aplicable a los temas de fondo del contrato es la que surge de la aplicación conjunta de los (i) principios generales del derecho de las obligaciones de los países latinoamericanos; y (ii) los principios Unidroit en tanto sean compatibles con los primeros.

## VI. ARGUMENTACIÓN DE FONDO

### VI.1 El documento suscrito por las partes es un *term sheet*

100. El punto central a dilucidar en el presente caso es la naturaleza del documento suscrito el 14 de octubre de 2012. El Claustro se esfuerza, de manera fallida, en demostrar que estamos frente a un contrato. Pero sus técnicas interpretativas desconocen la verdadera naturaleza de dicho documento. Estamos frente a un *term sheet*.
101. No podemos estar frente a un contrato. Las partes así lo señalaron de manera expresa e inequívoca, negando tal naturaleza. Basta con leer la Cláusula A del documento:

*“Cláusula A.- El presente documento **no es un contrato**. Por consiguiente, de **ninguna de sus cláusulas surgen obligaciones**. Cualquiera de las Partes que pretenda este documento tiene fuerza vinculante será considerada de **mala fe**”.*  
(Énfasis agregado)

102. Dicha cláusula cumple dos funciones principales:
- a. Determinar la naturaleza no contractual del *term sheet*.
  - b. Establecer los alcances bajo los que debe leerse el *term sheet*.

103. La Cláusula A es el punto de partida del documento y define qué es. Y lo hace de manera sumamente enfática:

- “*El presente documento no es un contrato*”;
- “*de ninguna de sus cláusulas surgen obligaciones*”; y,
- “*Cualquiera de las Partes que pretenda que este documento tiene fuerza vinculante será considerada de mala fe*”

104. Si no es un contrato, y uno revisa su texto queda claro que es un *term sheet*. Un documento de dicho tipo tiene por propósito redactar cláusulas o términos sin vincularse contractualmente debido a la etapa incipiente de negociación en la que se encuentran quienes están negociando.

105. Ello, no solamente debido a que establece expresamente que el *term sheet* no es un contrato, sino que contiene la pauta interpretativa del documento: “*Cualquiera de las Partes que pretenda que este documento tiene fuerza vinculante será considerada de mala fe*”.

106. La propia Cláusula A establece cómo se deberá interpretar el documento. Determina de manera clara que dicha interpretación no podrá ser la de darle naturaleza contractual al documento; que es, paradójicamente, lo que pretende realizar El Claustro a lo largo de toda su argumentación.

107. Es importante hacer hincapié en que el principio de autonomía de la voluntad es esencial en los ordenamientos civiles latinoamericanos. En base a este principio las partes pueden determinar libremente cuándo obligarse, con quien y en qué términos contratar.

108. Y dicho principio tiene, además, un sentido negativo que implica que las partes pueden decidir cuándo no, con quien no y en qué términos no contratar. Asimismo, dicho principio permite a las personas establecer la naturaleza de los documentos que suscriben, y ello es precisamente lo que sucede en el presente caso.

109. El principio de autonomía privada significa que uno queda obligado por los términos que pactó, pero a la vez significa que uno no puede quedar obligado por términos que no ha pactado.
110. Haciendo uso de la autonomía de la voluntad en sentido negativo, las partes decidieron expresamente que el documento firmado el 14 de octubre de 2012 no sería un contrato, ya que así lo señalaron de manera enfática y clara.

### **VI.1.1 Las etapas de negociación en transacciones comerciales**

111. Las partes se encontraban negociando la posible compraventa de acciones por un monto ascendente a más de 500 millones de dólares. Se trataba de una negociación de gran envergadura.
112. Una negociación relativa a una transacción de tal naturaleza y cuantía no podría realizarse de un día para otro, ni mucho menos en una discusión de solo 18 minutos, como equivocadamente pretende hacer creer el demandante.
113. Al respecto de este tipo de transacciones, Farnsworth señala que:

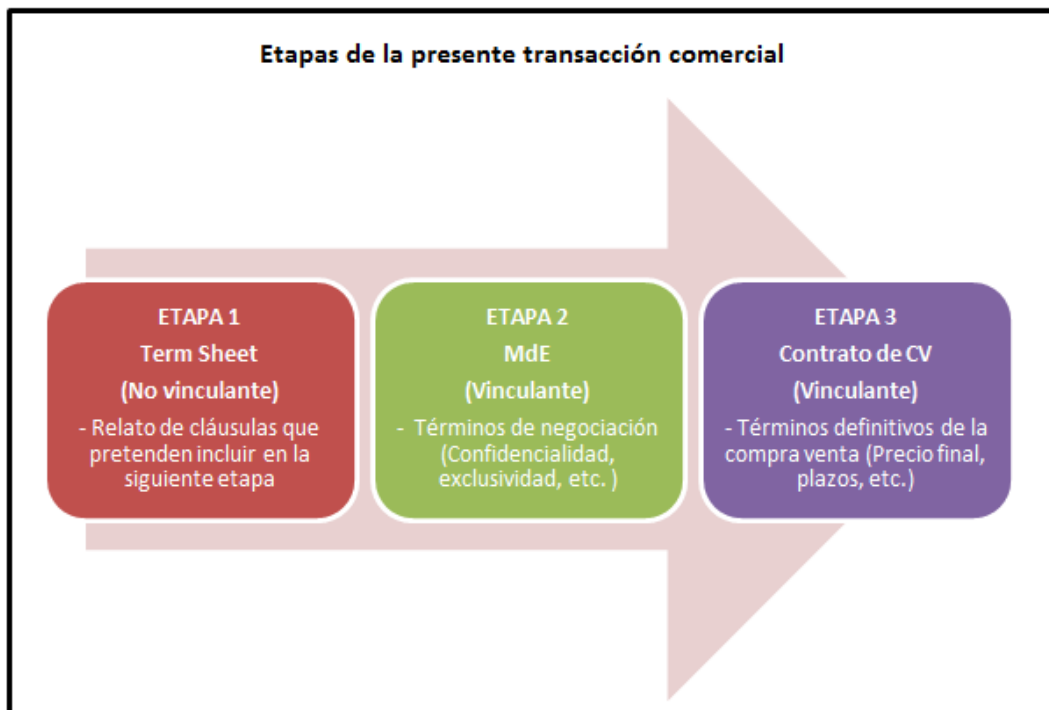
*“Durante la negociación de este tipo de contratos normalmente no hay una oferta o contra-oferta para que las partes acepten, sino **un proceso gradual en que se llega a un acuerdo de forma fragmentada, en sucesivas "rondas", con una sucesión interminable de borradores**. Puede ser que primero haya un intercambio de información e identificación de los intereses y diferencias entre las partes, luego una serie de compromisos, con un acuerdo tentativo sobre los puntos más importantes y, finalmente, un refinamiento de los términos contractuales”. (FARNSWORTH; p. 85)*

114. Como es evidente, en el presente caso las partes se encontraban negociando una transacción de gran envergadura, en tanto el monto de la misma superaba el medio billón de dólares, por lo que lo señalado por Farnsworth es directamente aplicable.

115. Es evidente que la presente transacción debía realizarse, por lo menos, en tres etapas:

- a. Primera etapa: *Term sheet* no vinculante, conteniendo preliminarmente el borrador de algunas cláusulas;
- b. Segunda etapa: MdE vinculante entre las partes; y finalmente,
- c. Tercera etapa: Contrato de compraventa final.

116. Ello, se puede graficar de la siguiente manera:



117. Las relaciones comerciales complejas y de gran magnitud no se cierran en poco tiempo. Se trata de procesos de negociación largos, en los que las partes van afinando su voluntad conforme la negociación va avanzando.



118. Así, en este tipo de transacciones las partes suelen suscribir diversos documentos en el transcurso de sus negociaciones, cuya naturaleza dependerá del estado en el que se encuentren.
119. En el presente caso, las partes se encontraban recién en el primer paso de la negociación, ya que habían solo suscrito un *term sheet* no vinculante (como lo dice expresamente el mismo documento). Ello, lógicamente, guarda total relación con los hechos del caso, toda vez que las partes recién habían iniciado sus negociaciones, mediante una única reunión de solo 18 minutos.
120. Como es evidente, sería fantasioso asumir como cierto que luego de una reunión tan breve las partes hubieran llegado a suscribir un documento vinculante respecto a una compraventa ascendente a más de medio billón de dólares, como erróneamente pretende hacer valer El Claustro.
121. En ese sentido, es tan claro que el documento no es un contrato, ya que incluso si se le considerara como tal, este sería nulo por falta de causa debido a que El Claustro mintió al señalar que contaba con fondos suficientes para pagar las acciones objeto de las negociaciones.

#### **VI.1.2 La naturaleza del *term sheet***

122. Los *term sheet* son documentos preliminares, cuya naturaleza es manifiestamente no vinculante.
123. En ese sentido, suelen contener una declaración de voluntad de las partes, así como principalmente una serie de cláusulas que estas quisieran incluir en documentos (ya contractuales) posteriores. Es un documento en el que se van recogiendo los borradores que surgen de la negociación. Esos borradores son solo eso, y pueden ir variando conforme la negociación avanza. Los borradores, por definición, no son vinculantes.

124. Se trata de documentos sumamente comunes en las etapas iniciales de una negociación. Tienen dos características principales:
- a. No ser vinculantes ya que no tienen naturaleza contractual.
  - b. Contienen una serie de cláusulas que las partes quisieran incluir en un documento contractual posterior, es decir borradores de texto.
125. Del análisis del documento firmado por las partes el 14 de octubre de 2012, se desprende claramente que se trataba de un *term sheet*, ya que el texto del mismo contiene las características propias de este tipo de documentos.
126. Como vimos las partes establecieron de manera expresa en la Cláusula A que dicho documento no posee naturaleza contractual, que de sus cláusulas no se desprenden obligaciones y que cualquier interpretación que pretenda darle naturaleza vinculante será de mala fe.
127. Al respecto, en el caso *State of Victoria* se estableció que “*Si las partes desean registrar el estado de las negociaciones en un documento, pero desean que este no tenga carácter contractual, pueden hacerlo especificando este hecho en el inicio del mismo*”.
128. En base a ello, se entiende las cláusulas B a la L del *term sheet* son cláusulas que las partes hubiesen querido incluir en un MdE vinculante, lo que supondría estar en la segunda etapa de las negociaciones, tal como se graficó en el numeral 117 anterior.
129. De tal manera, resulta evidente que la única manera de darle sentido al documento en su totalidad, sin desconocer las cláusulas que lo conforman, es la de entender que es un *term sheet*, y ello es precisamente debido a que la voluntad de las partes fue precisamente esa y lo tradujeron en la Cláusula A del documento: “*no es un contrato*”.

130. Dicha práctica, además, es sumamente común en los *term sheet*, cuya naturaleza no contractual es además normalmente establecida en su primera cláusula, como bien señalan Burwell y Miller:

*“To mitigate the risk of the unintended enforcement of a letter of intent or term sheet, parties should consider including language expressly disclaiming a duty to negotiate in good faith and stating the parties' intent that neither subsequent communications nor course of conduct will give rise to binding obligations before a definitive agreement is signed.”* (Énfasis agregado)

131. Así, es una práctica común que se pacten *term sheet* como el presente, en los que las partes incluyan una serie de cláusulas que pretendan incluir en documentos posteriores de la negociación, pero en el que establezcan de manera enfática que dicho *term sheet* no es un contrato. Ello, precisamente, es lo que sucedió en el presente caso.

132. Señores miembros del Tribunal, no todo acuerdo firmado por las partes es un contrato. La práctica de las operaciones de gran envergadura como la presente reconoce memorandos de entendimiento no vinculantes, *term sheet* no vinculantes, cartas de intención no vinculantes, entre otros. Todos ellos acuerdos que, si bien son de mucha utilidad, no generan obligaciones entre las partes.

133. De tal manera, validar la interpretación extensiva que pretende El Claustro no sería solamente vulnerar el derecho a la autonomía privada en sentido negativo del señor Procopiak, supone además vulnerar directamente la voluntad que tuvieron las partes al suscribir el *term sheet* del 14 de octubre de 20112.

### **VI.3 La ausencia de responsabilidad precontractual**

134. En base a lo señalado anteriormente, queda evidenciado que el documento firmado por las partes no era un contrato, sino que se trató solamente de un *term sheet*. Contenía solo borradores de futuros documentos contractuales.

135. Es importante contextualizar entonces el momento en el que las partes se encontraban. Las partes estaban claramente en una etapa precontractual, ya que todavía no existía ningún tipo de documento contractual firmado.
136. En esta primera etapa y como se desprende directamente del documento, no existía ninguna vinculación contractual entre las partes, ya que las tratativas recién iniciaban.
137. Por ende, no cabe la posibilidad de alegar ningún supuesto de responsabilidad contractual, ya que no existía un documento contractual que pueda dar lugar a una responsabilidad de tal naturaleza.
138. Frente a la ausencia de un contrato, resulta una total incoherencia alegar un supuesto de responsabilidad contractual como equivocadamente pretende hacer valer el demandante.
139. Como se señaló en la nota introductoria del presente escrito, El Claustro recae en una serie de ambigüedades e imprecisiones en su demanda. Alega indistintamente y sin una determinación clara tanto responsabilidad contractual como precontractual.
140. No es posible considerar un supuesto de responsabilidad contractual, toda vez que no existe ningún tipo de contrato que pueda dar origen a la misma. De igual manera, tampoco puede alegarse un supuesto de responsabilidad precontractual.
141. La responsabilidad precontractual procede en aquellos casos en los que se rompe de manera injustificada un proceso de negociación previo a un contrato a sabiendas que se han generado daños a la parte afectada por la confianza que ha depositado la contraparte en el proceso mismo.
142. En ese sentido, la posibilidad de alegar responsabilidad precontractual por parte de El Claustro solamente podría surgir en base a las tratativas en las que las partes se encontraban de manera previa a la firma de dicho MdE vinculante que se habría firmado con posterioridad al *term sheet* del 14 de octubre de 2012.

143. No obstante, el hecho de haberse encontrado en una etapa precontractual y haber roto las negociaciones unilateralmente no es de ninguna manera motivo suficiente en este caso para que se genere un supuesto de responsabilidad precontractual.
144. Un principio esencial en el ordenamiento civil latinoamericano (y también en los Principios Unidroit) es el de autonomía de la voluntad. En base a dicho principio, uno puede contratar bajo los términos que desee y con la persona que desee, así como puede también decidir no contratar.
145. Ese es, precisamente, el sentido negativo de la autonomía de la voluntad, en base al cual uno puede elegir libremente si desea no contratar con una determinada persona o en un determinado momento, en estricto uso de dicho principio.
146. Por ende, en aplicación de la autonomía de la voluntad, una parte bien puede apartarse de las negociaciones precontractuales sin generar ningún tipo de responsabilidad, tal como precisamente realizó el señor Procopiak.
147. Al respecto, Farnsworth señala que:

*“Como regla general, una de las partes envuelta en negociaciones precontractuales puede romperlas sin responsabilidad alguna, en cualquier momento y por cualquier motivo -una corazonada, un cambio de circunstancias, o un mejor acuerdo- o sin motivo alguno.” (Énfasis agregado) (FARNSWORTH; p.83)*

148. Así, resulta evidente que el simple hecho de encontrarse en una etapa de negociaciones de índole precontractual y haber decidido no seguir con dicha negociación no es, bajo ninguna perspectiva, motivo para que se le pretenda imputar responsabilidad precontractual al señor Procopiak.
149. En el mismo sentido se ha pronunciado Díez-Picazo, quién detalla que: “toda vez que no existe ninguna relación jurídica entre los sujetos, éstos son libres para apartarse de las

negociaciones o para comportarse en ellas según convenga a sus intereses" (DIEZ PICAZO; p. 76)

150. De tal manera, queda evidenciado que el señor Procopiak se encontraba totalmente facultado a alejarse de las negociaciones que mantenía con El Claustro, toda vez que se encontraban únicamente en una etapa precontractual, dentro de la cual las partes pueden hacer uso de su autonomía de la voluntad para decidir si continúan con dichas negociaciones o no continúan, sin que ello genere ningún supuesto de responsabilidad.

151. En ese sentido, De la Puente, citando a Miccio señala que:

**“Es equivocado reconocer responsabilidad del tratante por el solo hecho que sin justo motivo interrumpe la tratativa. La responsabilidad por rotura de las tratativas sólo puede dar lugar a responsabilidad cuando el comportamiento del tratante es claramente reprobable y ha causado daño al otro, entendiendo que lo reprobable no está en la rotura de la tratativa, sino del modo como ésta ha sido conducida, despertando la confianza de la víctima del daño.”** (DE LA PUENTE; p. 61)

152. Entonces, es evidente que la responsabilidad precontractual solo surge en supuestos excepcionales que no requieren solamente de la ruptura de las tratativas.

153. Por ende, la ruptura de las tratativas por parte del señor Procopiak no puede generar un supuesto de responsabilidad precontractual, en tanto su conducta al alejarse de las negociaciones se basa en la aplicación directa de la autonomía de la voluntad en sentido negativo y, solo como tal, no puede generar un supuesto de responsabilidad precontractual como equivocadamente pretende El Claustro.

### **VI.3.1 El ofrecimiento por parte del señor Procopiak**

154. Como es sabido, el señor Procopiak ofreció a El Claustro el pago de todos los gastos en los que incurrieron en su viaje a Colombia como parte de las negociaciones que llevaron a cabo. Ello, lógicamente, no hace sino demostrar la buena fe con la que obró el señor Procopiak.

155. Los supuestos de responsabilidad precontractual pueden dar lugar únicamente a la compensación del llamado interés negativo, es decir, solamente los gastos en los que tuvo que incurrir la parte perjudicada durante la negociación por la confianza depositada en la conducta de la otra parte. No pueden dar lugar a compensaciones equivalentes a las que se adeudarían si, celebrado el contrato este se hubiera incumplido.
156. Por ende, incluso si se considerase que la conducta del señor Procopiak recayese en un supuesto de responsabilidad precontractual, ello únicamente supondría el pago del interés negativo, y no del interés positivo como equivocadamente pretende El Claustro.
157. En relación a ello, Díez-Picazo explica lo siguiente:

*"La doctrina es pacífica en el sentido de que el deber de resarcimiento por culpa in contrahendo alcanza sólo al llamado "interés contractual negativo", pero en cambio no al interés positivo. (...) Comprende, desde luego, los gastos y desembolsos llevados a cabo en vista de la ejecución del contrato proyectado. En cambio, parece que no debe comprender la pérdida de ofertas más favorables que en dicho tiempo hubieran sido formuladas" (DÍEZ PICAZO; p.50)*

158. En ese sentido, en el caso PSEG Global & Others v. Republic of Turkey el tribunal arbitral afirmó que no correspondía el pago por interés positivo porque este no correspondía cuando nos encontramos frente a la etapa precontractual.
159. Por lo tanto, queda evidenciado que El Claustro se equivoca no solo en la imputación por responsabilidad precontractual, la que claramente no procede en el presente caso, sino que se equivoca también en la cuantificación de la misma.
160. Por lo tanto, queda evidenciado que El Claustro se equivoca no solo en la imputación por responsabilidad precontractual, la que claramente no procede en el presente caso, sino que se equivoca también en la cuantificación de la misma.

#### **VI.4 La penalidad es indeterminable y por tanto es inaplicable**

161. Ha quedado demostrado que bajo ninguna premisa nos encontramos frente a un documento de naturaleza contractual; siendo el MdE, en realidad, un *term sheet* y que, por consiguiente, de sus cláusulas no se generan obligaciones que sean exigibles.
162. De tal manera, la penalidad en la que El Claustro sustenta sus pretensiones se desprende de una cláusula que no es vinculante, ya que no era sino un borrador de cláusula que pensaba ser incluido en un contrato preparatorio posterior entre las partes.
163. Sin perjuicio de ello, debemos pronunciarnos respecto a las pretensiones de la demandante relacionadas al pago de la penalidad presuntamente pactada en la Cláusula I del *term sheet*; toda vez que El Claustro ha solicitado el pago de esta. Si bien es indudable que nos encontramos frente a un documento de naturaleza pre-contractual, si el Tribunal considerase que el presente es un contrato, debe quedar claro que la presunta “penalidad” no es aplicable.
164. En efecto, en el punto 121 de la demanda, El Claustro señaló que nos encontrábamos en la “obligación” de pagar lo dispuesto en la Cláusula I del *term sheet*. Similar reclamo es fijado en sus pretensiones, en las cuales solicita el pago de la suma de US\$ 100’000.000.00 “por aplicación y de conformidad a lo dispuesto en la cláusula I del memorando de entendimiento”.
165. Si el Tribunal considera que nos encontramos frente a un contrato, resulta evidente que esta penalidad no es aplicable, toda vez que de su redacción resulta imposible realizar una determinación de la suma que deberá pagarse.
166. La cláusula I del *term sheet* dispone expresamente que “cualquier y cada incumplimiento de las obligaciones comprendidas en las cláusulas del Memorando de Entendimiento dará lugar a la resolución del contrato y al pago de una multa equivalente a los beneficios netos de un año de El Torero”.



167. De acuerdo a la demandante, corresponde que realicemos el pago de US\$ 100'000,000.00, siendo que éste monto responde a los beneficios netos anuales de El Torero en el año 2011. Sin embargo, la presunta cláusula penal no señala en ningún extremo qué año deberá ser utilizado para el cálculo de los beneficios netos anuales.
168. En ese sentido, es legítimo preguntarse: ¿Correspondía aplicar los beneficios del año en el cual ocurrieran los presuntos incumplimientos? ¿Correspondía calcularlo según el año con los beneficios netos más altos?
169. Como puede apreciarse, resulta imposible determinar el año que debía utilizarse para el cómputo de los beneficios netos anuales, toda vez que la presunta cláusula penal nada dice al respecto. Por consiguiente, no son claras las razones por las cuales la demandante ha tomado el año 2011 como referencia, pese a que ello no fue lo expresado en el *term sheet*.
170. Lo que sí resulta evidente es que la citada cláusula no cumple con uno de los requisitos que fija los Principios Unidroit en materia de penalidades, esto es, la especificidad del monto que será reclamado como penalidad.
171. En efecto, el artículo 7.4.13 de los Principios Unidroit señala en su primer acápite que “*la parte incumplidora ha de pagar una suma determinada por el incumplimiento*”; quedando evidenciado que el monto de la penalidad debe encontrarse expresamente determinado.
172. Es claro que uno de los requisitos de una cláusula penal será que la suma se encuentre plenamente determinada. Por consiguiente, el incumplimiento de este requisito generará la inaplicación de dicha cláusula. Al respecto, Vogenauer y Kleinheisterkamp señalan con claridad que:

*“The clause only applies where the contract provides for the payment of a “specified sum”. This is clearly satisfied in the case where the contract makes provision for the payment of a fixed sum of money or sets a formula which enables the amount of damages to be calculated. Where the contract stipulates that the damages are to be paid in the event of non-performance but does not specify the*

*amount which is to be paid with sufficient certainty a tribunal award damages in accordance with principles laid down in Section 7.4 of PICC and, in particular, a tribunal, in such situation may decide to award the aggrieved party damages on a discretionary basis under article 7.4.3 (3)” (VOGENAUER & KLEINHEISTERKAMP; p. 923).*

173. Como se puede apreciar, la imposibilidad de determinar de forma clara la suma que deberá pagarse en la cláusula penal dará como consecuencia la inaplicación de la misma; y deberá pagarse una indemnización de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 7.4.3 de los Principios Unidroit.
174. En similar línea, abundante jurisprudencia arbitral se ha pronunciado en torno a inaplicar la cláusula penal cuando ésta no sea precisa o no permita determinar de forma exacta el monto que deberá ser pagado. Al respecto, en el Laudo Arbitral dictado el 30 de noviembre de 2006 en el Centro de Arbitraje de México, donde se enfrentaban un distribuidor americano y una empresa agricultora mexicana, el Tribunal señaló lo siguiente:

*“180. Como puede observarse, la hipótesis que dicha norma contractual contempla como generadora de la pena convencional es la existencia de un incumplimiento al deber de exclusividad. En la medida en que se ha determinado la existencia de un incumplimiento por la Demandada de dicha obligación, de conformidad con el artículo 7.4.13 de los Principios Unidroit, la Actora tiene derecho a ejecutar en su favor dicha pena convencional.*

*181. Determinada la existencia del derecho a ejecutar la pena convencional, pasemos a su cuantificación. La pena convencional es una en la que no se establece un monto fijo, sino un porcentaje (25%). Y el porcentaje toma como base “la producción que de este contrato deriva a terceras personas”.*

(...)

*183. **Siendo que resulta imposible determinar** la producción que el contrato brinde “a terceros”, **no resulta posible aplicar la señalada pena convencional, dado que esta debe encontrarse en la posibilidad de determinar de forma exacta e indubitable la suma a pagarse. Caso contrario, la pena no será de aplicación.** En el presente caso, si bien se ha fijado un porcentaje, este resulta ambiguo y no permite determinar el monto de forma exacta, por lo cual la presente pena debe ser inaplicada”. (Énfasis agregado)*

175. Es claro entonces que la penalidad debe ser inaplicada cuando no existan elementos suficientes que puedan determinar el monto a pagar producto de los “incumplimientos”. Y tal es la situación del presente caso. La suma a pagarse por el incumplimiento no puede ser determinada de conformidad a los términos de la cláusula I y, por consiguiente, resulta **inaplicable**.

#### **VI.5 Si se entendiera que la penalidad es determinable, esta debería ser reducida**

176. Ha quedado evidenciado con claridad que la cláusula penal debe ser inaplicada, al ser absolutamente indeterminable. Sin perjuicio de ello, en el hipotético y negado supuesto en el que el Tribunal considere que la cláusula penal es válida y que la suma a pagarse es la señalada por la demandante, el monto reclamado debe ser reducido, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 7.4.13 de los Principios Unidroit.

177. En efecto, El Claustro ha solicitado la suma de US\$ 100'000,000.00. Si bien reiteramos que desconocemos cómo se ha llegado a dicha suma (toda vez que la cláusula penal no contiene elemento alguno que permita determinar la cuantía), resulta claro que este monto es manifiestamente excesivo y debe ser reducido.

178. Dicho monto es excesivo pues los presuntos daños alegados por El Claustro son mínimos y distan de la suma reclamada. El Claustro no ha señalado en ningún momento el tipo de daño sufrido, pero es evidente que éste se limita únicamente a los reales gastos que haya realizado en el marco de las negociaciones de la compra de El Torero.

179. Esta suma se limita a los gastos en los que se incurrió, tales como el pasaje de avión a Colombia y gastos de hospedaje. No se puede hablar, siquiera, de pérdidas de chance sufridas por El Claustro. Nos preguntamos entonces, ¿Ameritan estos “daños” que se pague una suma de US\$ 100'000,000.00? La respuesta evidentemente es negativa.

180. Por consiguiente, resulta de aplicación lo dispuesto el artículo 7.4.13 de los Principios Unidroit, en el que se señala que *“a pesar de cualquier pacto en contrario, la suma*

*determinada puede reducirse a un monto razonable cuando fuera notablemente excesiva con relación al daño ocasionado por el incumplimiento y las demás circunstancias”.*

181. La norma es clara: si el daño ocasionado por el incumplimiento no guarda relación con la penalidad a pagarse y ésta última resulta desproporcionada, el monto podrá ser reducido.
182. Este criterio es compartido por la jurisprudencia. A modo de ejemplo, la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Rusia en el laudo emitido con fecha 04 de abril de 2003 señaló:

*“En torno a la penalidad solicitada, debemos señalar que ésta deberá ser reducida de forma ‘proporcional y de conformidad a los verdaderos daños sufridos por el incumplimiento contractual en relación a la penalidad solicitada’. Los daños alegados por el actor no guardan relación con el monto reclamado por aplicación de la pena pactada, la cual resulta desproporcionada y manifiestamente lesiva para la demandada”.*

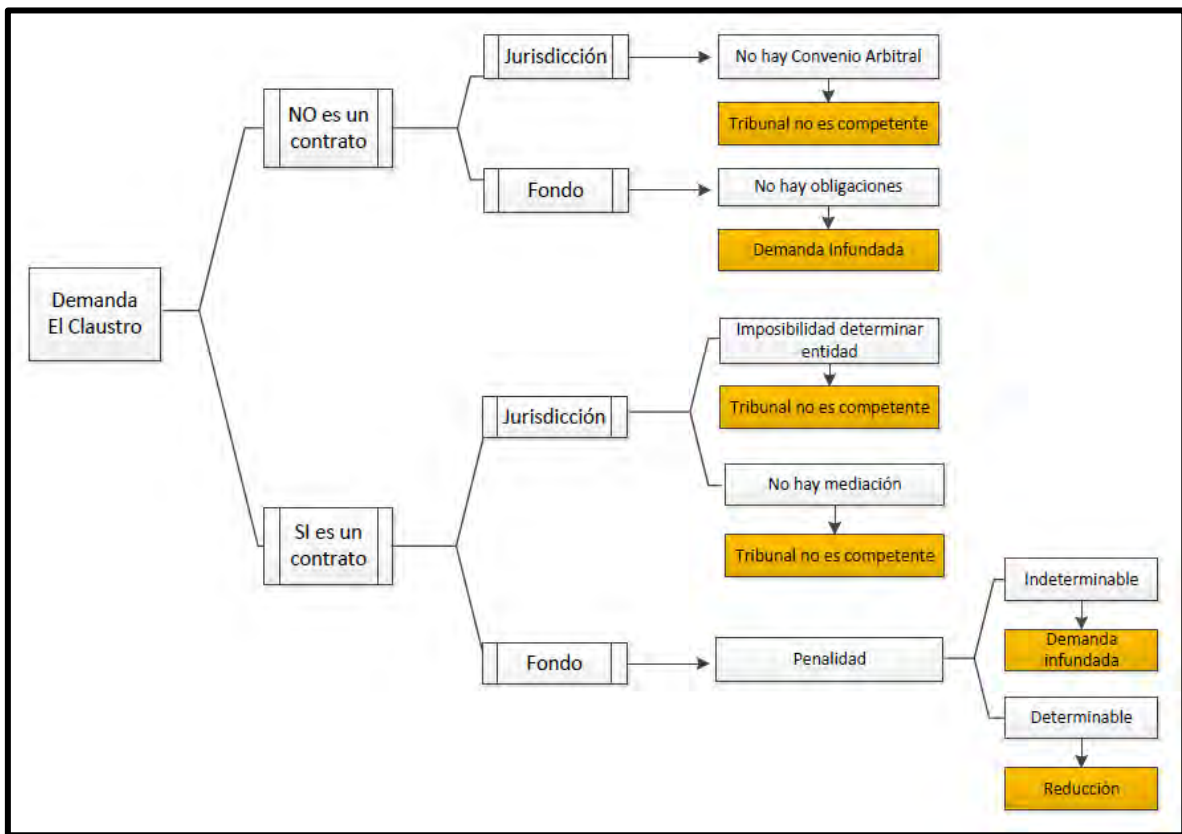
183. Dicho criterio es el que debe aplicarse al presente caso. Resulta evidente que la penalidad pactada en la cláusula I es manifiestamente excesiva en relación a los presuntos daños generados del “incumplimiento” del *term sheet*, razón por la cual solicitamos al Tribunal su reducción para que se adecúe a los verdaderos daños que la demandante hubiera sufrido.

## **VII. CONCLUSIONES**

184. Como se ha demostrado claramente, la demanda interpuesta por El Claustro carece por completo de sustento incluso si se dejase de considerar las manifiestas imprecisiones y contradicciones en las que recae.
185. En ese sentido, el análisis correcto de cualquiera de los argumentos señalados en la demanda termina arrojando el mismo resultado: **la demanda debe ser desestimada.**
186. Al respecto, se ha demostrado fehacientemente lo siguiente:

- En materia de jurisdicción
  - a. Las partes firmaron un *term sheet* y no un contrato, por lo que no existe en realidad convenio arbitral.
  - b. Incluso en el negado supuesto en que se considerase la presencia de un convenio arbitral, el Tribunal carecería de competencia.
    - i. En primer lugar, debido a que es imposible determinar la Entidad a las que las partes se refirieron en el contrato y por ende la CCI no es competente.
    - ii. En segundo lugar, en base a que El Claustro omitió flagrantemente el procedimiento de mediación pactado.
  
- En materia de fondo
  - a. Las partes firmaron un *term sheet* y no un contrato, por lo que no existen entonces obligaciones que vinculen a las partes.
  - b. Incluso en el negado supuesto en que se considerase la existencia de un contrato, la penalidad pretendida no tendría sustento.
  - c. Ello, debido a que la penalidad es indeterminable y, por ende, es inaplicable.
    - i. Sin embargo, incluso en el negado supuesto en que se considere que la penalidad sí es aplicable pese a su indeterminabilidad, ésta debería reducirse en virtud de los Principios Unidroit.

187. Así, resulta evidente que independientemente del camino que se desee tomar, la demanda deberá ser necesariamente desestimada, tal como se desprende del siguiente gráfico:



188. Queda claro, entonces, que no importará cuánto se esfuerce el demandante en abrir nuevos caminos o buscar nuevas salidas, el laberinto siempre nos llevará a Roma.