

---

---

**VI COMPETENCIA INTERNACIONAL DE ARBITRAJE**

**UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES - UNIVERSIDAD DEL ROSARIO**

**JUNIO DE 2013**

---

---

**MEMORIA DE LA DEMANDA**

---

---

**LE CLOTRE**  
**FONDO DE INVERSIONES**  
*DEMANDANTE*

**LUIS PROCOPIAK**  
**Y “EL TORERO” S.A.**  
*DEMANDADO*

---

---

**EQUIPO N° 43**

# TABLA DE CONTENIDOS

ABREVIATURAS .....	Pág. iii
LISTA DE AUTORIDADES .....	Pág. iv
CONVENIOS INTERNACIONALES Y NORMAS DE LAS NACIONES .....	Pág. iv
JURISPRUDENCIA .....	Pág. vi
DOCTRINA .....	Pág. vi
1. RELACIÓN CRONOLÓGICA DE HECHOS .....	Pág. 1
2. SÍNTESIS DE LA DEMANDA .....	Pág. 3
3. NORMAS APLICABLES AL CASO.....	Pág. 7
3.1. NORMAS APLICABLES AL FONDO DE LA CONTROVERSIA .....	Pág. 7
3.1.1.La norma elegida por las partes, para regir las cláusulas contenidas en el MdE, está establecida en la cláusula J del citado documento .....	Pág. 7
3.2. LEY APLICABLE AL ARBITRAJE.....	Pág. 10
3.2.1.Nuevo reglamento de arbitraje de la CCI – vigente para todos los arbitrajes que sean iniciados a partir del 1° de enero del 2012.....	Pág. 10
4. ARGUMENTOS SOBRE EL FONDO DE LA DISPUTA .....	Pág. 12
4.1. VALIDEZ DE LA CLÁUSULA ARBITRAL, ADMISIBILIDAD DE LA SOLICITUD DE ARBITRAJE Y COMPETENCIA DE LA CORTE INTERNACIONAL DE ARBITRAJE DE LA CCI.....	Pág. 12
4.1.1.Validez y Eficacia de la Cláusula Arbitral.....	Pág. 12
4.1.1.1. Validez Material.....	Pág. 14
4.1.1.2. Validez Formal.....	Pág. 15

4.1.2. Imposibilidad de resolver las desavenencias de manera amistosa mediante la mediación de un árbitro calificado .....	Pág. 15
4.1.3. Competencia del tribunal arbitral y admisibilidad de la solicitud de arbitraje .....	Pág. 16
<b>4.2. NATURALEZA JURÍDICA Y OBJETO DEL MDE SUSCRITO</b>	
<b>ENTRE EL BOMBILLO Y EL CLAUSTRO .....</b>	<b>Pág. 17</b>
4.2.1. Naturaleza jurídica del MdE .....	Pág. 17
4.2.2. Objeto del MdE .....	Pág. 19
<b>4.3. ETAPA NEGOCIAL Y RESPONSABILIDAD PRE CONTRACTUAL .....</b>	<b>Pág. 20</b>
4.3.1. El Bombillo incumple deber de actuar de buena fe en la etapa pre contractual .....	Pág. 21
4.3.2. Incumplimiento de los deberes secundarios emergentes del principio de la buena fe por parte del Bombillo .....	Pág. 22
4.3.2.1. Deber de no abandonar las negociaciones sin justa causa .....	Pág. 22
4.3.2.2. Incumplimiento del deber de secreto .....	Pág. 23
4.3.2.3. Incumplimiento al deber de protección y conservación por parte del Bombillo .....	Pág. 24
<b>4.4. EL TORERO EN CALIDAD DE PARTE TESTIGO DENTRO           DE LA SUSCRIPCIÓN DEL MDE .....</b>	<b>Pág. 25</b>
<b>4.5. EL BOMBILLO ES LEGALMENTE HÁBIL .....</b>	<b>Pág. 26</b>
4.5.1. Incapacidad Judicialmente Declarada .....	Pág. 27
4.5.2. La incapacidad parcial de obrar .....	Pág. 28
<b>4.6. EL CLAUSTRO ACTUÓ EN TODO MOMENTO DE BUENA FE .....</b>	<b>Pág. 29</b>
<b>5. PRETENSIONES .....</b>	<b>Pág. 30</b>

## ABREVIATURAS

<b>§ / §§</b>	Párrafo.
<b>Aclaraciones</b>	Aclaraciones a los Hechos del Caso. Competencia Internacional de Arbitraje Universidad de Buenos Aires – Universidad del Rosario, Sexta Edición.
<b>Art.</b>	Artículo.
<b>CCI</b>	Cámara de Comercio Internacional.
<b>CIDIP</b>	Conferencias Internacionales de Derecho Internacional Privado.
<b>CNUDMI</b>	Ley Modelo de Arbitraje Comercial Internacional de la Comisión de Naciones Unidas sobre el Derecho Mercantil Internacional.
<b>Corte Internacional de Arbitraje</b>	Corte Internacional de Arbitraje de la CCI.
<b>DC</b>	Descripción de los hechos del Caso, Competencia Internacional de Arbitraje. Universidad de Buenos Aires – Universidad del Rosario, Sexta Edición.
<b>DCFR</b>	Draft Common Frame Reference (Marco Común de Referencia Europeo para el Derecho Civil).
<b>Demandados</b>	Luis Procopiak y El Torero.
<b>Demandante</b>	El Claustro.
<b>El Bombillo</b>	Luis Procopiak.
<b>El Claustro</b>	Fondo de Inversión Francés “Le Clôître” (Traducción “ <i>El Claustro</i> ”)
<b>El Día</b>	Periódico de Circulación Nacional “El Día”
<b>El Torero</b>	Casa de Discos El Torero Sociedad Anónima.
<b>MdE</b>	Memorando de Entendimiento.
<b>Normas de la CCI</b>	Normas de la Cámara de Comercio Internacional.
<b>Off The Records</b>	Empresa de discos inglesa “Off The Records” .
<b>Pág.</b>	Página.
<b>S.A.</b>	Sociedad Anónima.

<b>Sr.</b>	Señor.
<b>Ss</b>	Siguientes.
<b>PECL'S</b>	Principios de Derecho Europeo de los Contratos
<b>Principios UNIDROIT</b>	Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales.
<b>UNIDROIT</b>	Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado.
<b>Zidane</b>	Maître Zidane

## LISTA DE AUTORIDADES

### CONVENIOS INTERNACIONALES Y NORMAS DE LAS NACIONES

<b>ABREVIATURA</b>	<b>REFERENCIA</b>
<b>COD. COM. COLOMBIA</b>	Código de Comercio de Colombia. Decreto 410 de 1971
<b>PECL I, II, III.</b>	PRINCIPIOS DE DERECHO EUROPEO DE LOS CONTRATOS Partes I y II Preparadas por la Comisión de Derecho europeo de los contratos Presidente: Profesor Ole Lando.
<b>UNIDROIT</b>	Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales. 2010.
<b>UNCITRAL</b>	Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado. 2006
<b>CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional</b>	Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional. Documento de las Naciones Unidas A/40/17, Anexo I. Aprobada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional el 21 de junio de 1985.

<b>Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales</b>	Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales. México D.F. 17 de Marzo de 1994, en la Quinta Conferencia Especializada Interamericana Sobre Derecho Internacional Privado. (CIDIP-V)
<b>Convención Americana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros.</b>	Convención Americana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros. Montevideo, Uruguay. 8 de Mayo de 1979. En la Segunda Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado.
<b>Convención Sobre El Reconocimiento y La Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras</b>	Convención Sobre El Reconocimiento y La Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Convención de Nueva York). Nueva York 10 de Junio de 1958.
<b>Convención Interamericana Sobre Arbitraje Internacional</b>	Convención Interamericana Sobre Arbitraje Internacional, Panamá, Panamá 30 de Enero de 1975 en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado.
<b>Convención Interamericana Sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado</b>	Convención Interamericana Sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado. Montevideo, Uruguay. 8 de Mayo de 1979. CIDIP-II
<b>Corte Internacional de Arbitraje CCI</b>	Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional.
<b>Nuevo Reglamento de Arbitraje de la CCI</b>	Nuevo Reglamento De Arbitraje De La Cámara De Comercio Internacional (CCI) En Vigor Desde el 2012

## JURISPRUDENCIA

APARECE COMO	REFERENCIA
<b>Argentina</b> <b>Benettar SAIC c/</b> <b>BENETTON SPA</b>	Argentina: Expediente 11769/92 - " <i>Benettar SAIC c/Benetton SPA s/ordinario</i> " - CNCOM - SALA C -Lunes, 4 de Marzo de 2002.

## 3. DOCTRINA

ABREVIATURA	REFERENCIA	CITADO EN §§
<b>AFRICA ELORZA DEL RÍO</b>	Africa Elorza del Río, <i>Guía Práctica sobre la incapacidad judicial y otras actuaciones en beneficio de las personas discapacitadas</i> , La Rioja, Fundación Tutelar de La Rioja, Diciembre de 2004, Pág 7, 8.	<b>95</b>
<b>CAIVANO</b>	Roque Caivano, La cláusula arbitral y la cesión del contrato que la contiene. <i>Revista de Derecho Privado</i> , edición especial 2012, pp. 3-53. UNAM. Pág. 6	<b>42</b>
<b>CARRASCOSA GONZALEZ</b>	Carrascosa González, Javier, “Configuración básica del contrato internacional”, en <i>Curso de contratación internacional</i> , Alfonso Luis Calvo - Caravaca; Javier Carrascosa - González (Directores), Colex, Madrid, 2003, pág. 115.	<b>73</b>
<b>DE CASTRO</b>	De Castro y Bravo, Federico. “Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la Autonomía de la voluntad” en <i>Anuario de Derecho Civil</i> . Año 1987. Tomo 35.	<b>38; 39</b>
<b>DÍEZ-PICAZO</b>	Díez-Picazo, Luis, Roca Trías, E; Morales A.M., “ <i>Los principios del derecho europeo de contratos</i> ”, Civitas, Madrid, 2002, Pág. 199.	<b>69</b>

<b>KAUNE</b>	Walter Kaune Arteaga, <i>“Curso De Derecho Civil Contratos Tomo I”</i> . Librería - Editorial Jurídica "Zegada". La Paz, 1992. Pág. 27, 50 -58.	<b>90; 98</b>
<b>MATTHIES</b>	Matthies, Félix Ronald citado por Cantuarias Salaverry, Fernando: Reflexiones acerca de la Cláusula compromisoria y el compromiso arbitral: y después nos preguntamos por qué el arbitraje funciona recién desde 1996.	<b>37</b>
<b>MESSINEO</b>	Messineo, Francesco, Doctrina general del contrato, T. 1, Ediciones Jurídicas Europa América, Buenos Aires, 1952, pág. 309.	<b>61</b>
<b>MOSSET JORGE y SOTO CARLOS</b>	Jorge Mosset Iturraspe y Carlos Soto. El Contrato en una Economía de Mercado. 59oraliza. Editora Normas Legales. Lima, Perú. 70.- 2004.	<b>39</b>
<b>ORREGO</b>	Juan Andrés Orrego Acuña <i>“De La Responsabilidad Precontractual Con Especial Énfasis En Los Tratos Negociales Previos”</i> . Pág. 10 -13.	<b>67</b>
<b>OVIEDO - ALBÁN</b>	Jorge Oviedo – Albán <i>“Tratos preliminares y responsabilidad precontractual”</i> Pág. 5, 7, 8, 102.	<b>68; 69</b>
<b>SOLARTE</b>	Arturo Solarte Rodríguez. <i>“La buena fe contractual y los deberes secundarios de conducta”</i> . Pág. 306 a 310.	<b>71</b>
<b>STIGLITZ, STIGLITZ,</b>	STIGLITZ, STIGLITZLI, <i>“Responsabilidad precontractual, Abeledo Perrot”</i> , Buenos Aires, 1992, pág. 34.	<b>57</b>
<b>TARDÍO</b>	Fátima Elva Tardío Quiroga, <i>Las manifestaciones de la autonomía de la voluntad en el constitucionalismo económico contemporáneo. En Revista 2000 3000, Universidad de Ibagué, 2013</i>	<b>40</b>



# 1. RELACIÓN CRONOLÓGICA DE HECHOS

1. El Bombillo es dueño del 94 % del total de acciones de “La Casa de Discos El Torero”, Sociedad Anónima legalmente establecida según la normativa vigente de Colombia, la cual generó utilidades de USD 84 millones en la gestión 2011.
2. El compositor de tango electrónico Enrique Bacano, artista principal de la casa de discos “El Torero” genera más del 50% del valor de las utilidades, y mantiene relación con la Disquera debido a la gran amistad que tiene con el Bombillo.
3. **El 24 de febrero del 2012**, el periódico de circulación nacional “El Día”, publica un artículo donde se indica que El Bombillo habría recibido una oferta de parte de la casa disquera inglesa Off The Records para comprarle la sociedad El Torero por una suma superior a los USD 540 millones. Esto genera rumores indicando que los artistas principales “Los Caminodos” y “El Bacano” firmarían nuevos contratos alejándose de El Torero.
4. **El 14 de agosto 2012**, el Bombillo decide vender la sociedad El Torero por problemas de salud.
5. Posteriormente, El Bombillo contacta al gerente del Fondo de Inversión Francés El Claustro, Alexis Mantilla, con motivos de negociación con el fin de vender El Torero.
6. **El 13 de octubre 2012**, Alexis Mantilla se dirige a la localidad de Chía en Bogotá y tienen una conversación de 18 minutos a cerca de la venta del Torero, dando como resultado el acuerdo de poner en contacto a sus abogados, el Dr. Charles Valderrama por parte del Bombillo y Maître Zidane por parte de Alexis Mantilla, para realizar un acuerdo de negociación.
7. **El 14 de octubre 2012**, los abogados Valderrama y Zidane realizan el MdE [DC §14] donde firman el Bombillo, Alexis Mantilla y El Torero en calidad de parte testigo.
8. **El 16 de octubre de 2012**, el Claustro revisa la información del *data room* que le otorga el Bombillo para efectuar su *due diligence*. El mismo día, el Bombillo otorga una copia

del MdE a la prensa, la cual no duda en publicarlo in extenso, indicando además que el Bacano y los Caminodos podrían firmar contratos con Off The Records.

9. **El 24 de octubre de 2012**, el Bacano da por terminado el contrato con El Torero por la posible venta de éste con El Claustro, y por consiguiente firma un nuevo contrato con la empresa Off The Records.
10. **El 31 de octubre de 2012**, Maître Zidane envía una carta al Dr. Valderrama indicando que El Bombillo debe cumplir las cláusula del MdE para que El Bacano regrese a El Torero [DC §17].
11. **El 4 de noviembre de 2012**, el Dr. Valderrama responde mediante una carta a Maître Zidane indicando que el Bombillo tenía un acuerdo previo a la firma del MdE con Off The Records y que había vendido El Torero en fecha 1 de noviembre de 2012 [DC §18].
12. **El 14 de noviembre de 2012**, El Claustro, presentó una solicitud de arbitraje contra El Bombillo y El Torero ante la Secretaría de la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI, y nombró a su coárbitro. El mismo día, el Secretario General de la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI, Andrea “il Dottore” Carlevaris, acusó recibo de la solicitud de arbitraje.
13. **El 15 de noviembre de 2012**, el Consejero líder del equipo latinoamericano de la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI, el Doctor Christian Albanesi, notificó la solicitud de arbitraje a las partes demandadas, El Bombillo y El Torero.
14. **El 14 de diciembre de 2012**, las partes demandadas: El Bombillo y El Torero, presentaron su contestación a la solicitud de arbitraje limitándose a objetar a la admisibilidad de la solicitud de arbitraje y a la competencia de la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI y de todo tribunal arbitral que fuera constituido bajo sus auspicios. En el mismo documento y bajo todo tipo de reservas, las partes demandadas designaron conjuntamente a su coárbitro.

## 2. SÍNTESIS DE LA DEMANDA

15. En virtud de la firma de un MdE suscrito entre nuestro cliente, en adelante El Claustro y el Sr. Luis Procopiak en adelante el Bombillo, referido a describir las aspiraciones de ambas partes en cuanto a la posible compra venta de la sociedad casa de discos El Torero S.A. y ante el incumplimiento del Bombillo y El Torero de las cláusulas inmersas en el MdE y fundamentalmente frente al incumplimiento de su deber de obrar de buena fe durante el proceso de negociación, demandamos el pago de una multa equivalente a los beneficios netos de un año de El Torero, en cumplimiento de los establecido en la cláusula I, del MdE. [DC §14].
16. Afirmando que el MdE responde a la voluntad de las partes que de manera consciente y sin presión alguna firmaron todas y cada una de las cláusulas contenidas en dicho documento, señalamos que ambas partes, de acuerdo a lo establecido en la Cláusula K del MdE, decidieron, someter cualquier tipo de desavenencias que puedan surgir del MdE a la Asociación de la Corte de Arbitraje Internacional de Inversiones de Paris, la misma que deberá desarrollar el Arbitraje bajo las normas contenidas en el Reglamento de Arbitraje de la CCI. [DC §14]
17. En referencia a la posibilidad establecida en la cláusula K de resolver las desavenencias de manera amistosa mediante la mediación de un árbitro calificado en el plazo de 44 días, señalamos que la resolución amistosa vía mediación de las desavenencias surgidas se ha tornado imposible por existir una evidente mala fe en el proceso de negociación por parte del Bombillo. Por tanto la buena fe, la lealtad, la honestidad, la transparencia (*fair dealing*) [PECL'S. Nota 2 al pie de Pág. 2], que debe existir entre las partes ha sido quebrantada de manera maliciosa por la parte demandada, rompiendo de esta manera cualquier posibilidad de solución amistosa y abriendo por lo tanto, paralelamente la jurisdicción arbitral, en la forma establecida en la cláusula K del MdE.
18. Frente al incumplimiento de las cláusulas del MdE y al incumplimiento del deber de buena fe en el proceso de negociación por parte del Bombillo y El Torero, señalamos que el Tribunal de Arbitraje, en cumplimiento de lo establecido por las partes en el MdE, debería aplicar, para la resolución de cualquier desavenencia surgida, los

Principios Comunes del Derecho de las Obligaciones de las Naciones Latinoamericanas, sin embargo, al no existir normas latinoamericanas o normas del Estado con el que el Contrato tiene más relación que, de manera concreta, puedan efectivamente resolver las desavenencias surgidas en el caso en cuestión; como parte demandante, en virtud de la posibilidad que abren los artículos 9 y 10 de la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales, solicitamos al Tribunal Arbitral, en virtud del principio de tutela efectiva, aplicar los Principios UNIDROIT, PECL I, II,III, DCFR, y todas aquellas normas que sean pertinentes en razón de su aplicabilidad al presente caso, con el objeto de solucionar el fondo de la controversia; en relación a la norma aplicable al arbitraje, solicitamos que en cumplimiento de lo establecido, por las partes, en la cláusula K del MdE, se sirva aplicar la normas contenidas en el nuevo Reglamento de Arbitraje de la CCI .

19. Establecida la norma aplicable al caso, en relación a la responsabilidad pre-contractual en la que incurrieron El Bombillo y el Torero, podemos señalar que considerando la naturaleza jurídica del MdE, este se enmarca dentro de los llamados acuerdos precontractuales, al respecto los Principios UNIDROIT-2010, establecen que *“Las partes tienen plena libertad para negociar los términos de un contrato y no son responsables por el fracaso en alcanzar un acuerdo”*. Sin embargo, la parte que ha negociado, o ha interrumpido las negociaciones, con mala fe, será responsable por los daños y perjuicios causados a la otra parte. De acuerdo a los principios UNIDROIT, se considerará mala fe *“que una parte entre en o continúe negociaciones cuando al mismo tiempo no tiene la intención de llegar a un acuerdo”*. [Art. 2.1.15]

20. Al mismo tiempo los PECL, señalan que:

- (1) Las partes tienen libertad para negociar y no son responsables en caso de no llegar a un acuerdo.
- (2) Sin embargo, la parte que hubiere negociado o roto las negociaciones de manera contraria a las exigencias de la buena fe, será responsable de las pérdidas causadas a la otra parte.
- (3) En especial es contrario a la buena fe que una parte entable negociaciones o prosiga con ellas si no tiene intención alguna de llegar a un acuerdo con la otra parte. [Art.2:301]

De las normas citadas se puede concluir, sin lugar a dudas, que cuando alguna de las partes ha negociado, o ha interrumpido de manera súbita las negociaciones, incurriendo en mala fe, será responsable por los daños y perjuicios causados a la otra parte, caso en el que las negociaciones precontractuales habrán generado responsabilidad precontractual con el consecuente pago de daños y perjuicios.

21. Por tanto, el Bombillo al haber incumplido las obligaciones contraídas en la cláusula D del MdE. haciendo público el contenido del documento suscrito entre las partes, incumpliendo el deber de garantizar el derecho de exclusividad para la compra de El Torero a favor del Claustro (por 28 días acorde al documento) [DC §14];y al vender la disquera El Torero a la empresa Off The Records en un plazo menor al acordado, incumpliendo su obligación de garantizar el derecho de exclusividad a favor del Claustro por 28 días, establecido en la cláusula H del MdE y omitiendo realizar sus mejores esfuerzos para mantener a los artistas dentro de la casa disquera, ha incumplido las obligaciones contraídas con la firma del MdE incurriendo así en conductas de mala fe durante el proceso de pre negociación, las mismas que evidencian que al momento de la negociación, El Bombillo no tenía la intención de celebrar el contrato de venta de la casa disquera el Torero S.A. con el Claustro.
22. Por su parte, El Torero, como Sociedad Anónima constituida en Bogotá, en su calidad de persona jurídica, y en calidad de parte testigo, suscribe el MdE, teniendo por tanto, pleno conocimiento del objeto del MdE y de las obligaciones contraídas con la suscripción del mismo. Al respecto y pese a tener conocimiento de todas las actividades realizadas de mala fe por parte del Bombillo, jamás tuvo una actitud diligente y responsable en el caso, incurriendo de esta manera, también en conductas contrarias a la buena fe, y como corresponde, es también demandado y por tanto debe asumir las responsabilidades en relación al incumplimiento de las cláusulas y el resarcimiento de daños y perjuicios por tales actos.
23. Frente a estos hechos, resulta evidente que el Bombillo y por tanto El Torero, han incurrido en responsabilidad pre-contractual quedando obligados a resarcir los daños y perjuicios. Por tanto, pedimos a su autoridad, en convicción de las manifestaciones propuestas, obre de manera proba en la administración de justicia, resolviendo el

contrato y compeliendo a los demandados al cumplimiento de sus obligaciones de la manera establecida en la Cláusula I del MdE, es decir, al pago de una multa equivalente a los beneficios netos de un año del Torero, con éste fin solicitamos, al tribunal ordenar todas las medidas conducentes a garantizar el cumplimiento de ésta obligación por parte de los demandados.

### **3. NORMAS APLICABLES AL CASO**

#### **3.1. NORMAS APLICABLES AL FONDO DE LA CONTROVERSIA.**

**3.1.1. La norma elegida por las partes, para regir las cláusulas contenidas en el MdE, está establecida en la cláusula J del citado documento.**

24. Siendo ésta los Principios Comunes del Derecho de las Obligaciones de las Naciones Latinoamericanas, sin embargo, frente a la ineficacia e inaplicabilidad de las normas establecidas por las partes, será el tribunal arbitral el que deba decidir sobre cuál es la ley aplicable, sin embargo y con el objeto de tornar eficaz el arbitraje, sugerimos al Tribunal la aplicación de los Principios UNIDROIT: Art. 1.3 (Carácter vinculante de los contrato), Art. 1.6 (Interpretación e integración de los principios) referidos a sus Art. 1.7 (Buena fe y lealtad negocial); Art. 1.8 (comportamiento contradictorio), 2.1.15 (Negociaciones de mala fe), 2.1.16 (deber de confidencialidad), Art. 7.1.1 (definición de incumplimiento), Art. 7.3.3 (Incumplimiento Anticipado), Art. 7.3.5 (Efectos Generales de la Resolución), Sección 4 (Resarcimiento), Art. 7.4.1 (Derecho al Resarcimiento), Art. 7.4.2. (Reparación integral), Art. 7.4.3 (Certeza del Daño), Art. 7.4.4 (Previsibilidad del Daño) y otros artículos necesarios en relación a su pertinencia.
25. Y en su caso tome como referencia lo establecido por Los Principios Europeos de Contratación, PECL I, art. 1:102 (Libertad Contractual) en sus, art. 1. 106 (Interpretación e integración) art. 1:107 (Aplicación analógica de los principios), art 1:201 (Buena fe contractual), art. 1:302 (Definición de lo razonable). Por su parte las normas contenidas en la Sección 3 (Responsabilidad en las negociaciones), art. 2:301 (Negociaciones contrarias a la buena fe), 2.302 (Quiebra de la confidencialidad) y otros artículos pertinentes del Marco Común de Referencia Europeo DCFR, así como todas aquellas normas internacionales de los Contratos que sean pertinentes en razón de su aplicabilidad al presente caso.
26. Frente al incumplimiento de las cláusulas del MdE y al incumplimiento del deber de buena fe en el proceso de negociación por parte del Bombillo y El Torero, señalamos que el Tribunal de Arbitraje, en cumplimiento de lo establecido por las partes en el

MdE, deberá aplicar, para la resolución de cualquier desavenencia surgida, los Principios Comunes del Derecho de las Obligaciones de las Naciones Latinoamericanas. Al respecto y por fines consiguientes, resulta preponderante aclarar que las únicas normas latinoamericanas existentes en relación al tema puesto a consideración del Tribunal arbitral son: la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado, la Convención Interamericana sobre Derecho aplicable a los Contratos Internacionales, Convención Interamericana Sobre Eficacia Extraterritorial de la Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros, Convención Sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras y la Convención Interamericana Sobre Arbitraje Internacional.

27. De la revisión de los documentos señalados con anterioridad, podemos concluir que el contenido de la mayoría de los mismos no corresponden en su aplicabilidad al presente caso; sin embargo, existen ciertos artículos de las Normas Latinoamericanas referidas al Derecho Internacional Privado, emanadas de las CIDIP, que abren diversas posibilidades de solución y aplicación de normas para el caso concreto, al respecto, los artículos 9 y 10 de la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales señalan:

**Artículo 9**

Si las partes no hubieran elegido el derecho aplicable, o si su elección resultara ineficaz, el contrato se regirá por el derecho del Estado con el cual tenga los vínculos más estrechos.

El tribunal tomará en cuenta todos los elementos objetivos y subjetivos que se desprendan del contrato para determinar el derecho del Estado con el cual tiene vínculos más estrechos.

**También tomará en cuenta los principios generales del derecho comercial internacional aceptados por organismos internacionales.**

No obstante, si una parte del contrato fuera separable del resto del contrato y tuviese una conexión más estrecha con otro Estado, podrá aplicarse, a título excepcional, la ley de este otro Estado a esta parte del contrato.



## Artículo 10

Además de lo dispuesto en los artículos anteriores, **se aplicarán, cuando corresponda, las normas, las costumbres y los principios del derecho comercial internacional**, así como los usos y prácticas comerciales de general aceptación con la finalidad de realizar las exigencias impuestas por la justicia y la equidad en la solución del caso concreto.

28. En el caso en cuestión, las partes en la cláusula J del MdE, establecen que el mismo se regirá por los Principios Comunes del Derecho de las Obligaciones de las Naciones Latinoamericanas, sin embargo, como evidenciamos en párrafos anteriores, esta elección resulta en gran parte ineficaz por no existir dichos principios en concreto, por tanto y siguiendo lo establecido por la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales, señalamos que el Tribunal Arbitral tendrá que: “ *tomar en cuenta todos los elementos objetivos y subjetivos que se desprendan del contrato para determinar el derecho del Estado con el cual tiene vínculos más estrechos*” [Art. 9], en el caso concreto resulta evidente que el MdE fue firmado en la ciudad de Bogotá, que es la sede de la casa disquera El Torero S.A., se encuentra en Bogotá y que gran parte de los efectos del MdE, debían desarrollarse en dicha Ciudad por tanto, el ya citado MdE, en principio debería regirse por las normas de derecho de obligaciones y contratos del Estado con el cual tiene vínculos más estrechos.
29. Al respecto la escueta normativa, del Estado con el que el Contrato guarda vínculos más estrechos, en relación a la responsabilidad pre contractual señala: “*que las partes deberán proceder de buena fe exenta de culpa en el periodo precontractual, so pena de indemnizar los perjuicios que se causen*” [Art. 863 Cód. Com. Colombia]. Congruentes con esta posición se encuentran todas las normas de Derecho Internacional de los Contratos, siendo éstas normas de carácter internacional mucho más eficaces para resolver las controversias surgidas a consecuencia de la firma del MdE.
30. Consideramos que el Tribunal puede aplicar más de una ley porque todas coinciden en relación a la responsabilidad pre contractual a consecuencia de comportamientos de mala fe por una de las partes, por tanto para la solución del caso, el Tribunal puede aplicar para la solución de la controversia de fondo una pluralidad de leyes.

31. Por tanto, como parte demandante, solicitamos al Tribunal Arbitral que al momento de resolver la controversia surgida en este caso, se digna aplicar de manera subsidiaria los Principios UNIDROIT, PECL I, II,III, DCFR, y todas aquellas normas que sean pertinentes en razón de su aplicabilidad al presente caso.

### **3.2. LEY APLICABLE AL ARBITRAJE**

#### **3.2.1. Nuevo reglamento de arbitraje de la CCI – vigente para todos los arbitrajes que sean iniciados a partir del 1° de enero del 2012.**

32. En base a la cláusula K, del MdE la cual fue firmada por las partes interesadas, se puede colegir la voluntad indubitable de las partes de recurrir al arbitraje, puesto que ambas partes expresaron su consentimiento de que en caso de desavenencia que no pueda ser resuelta amistosamente, se someterán a proceso arbitral en la Corte de Arbitraje Internacional de Inversiones de Paris. Habiendo sido presentada la solicitud de arbitraje en fecha 14 de noviembre del 2012, corresponde que el presente proceso arbitraje sea desarrollado bajo las reglas contenidas en el nuevo Reglamento de Arbitraje de la CCI – vigente para todos los arbitrajes que sean iniciados a partir del 1° de enero del 2012 [Art. 6. 1.].

33. De la misma manera, las partes acordaron que los árbitros será nombrados en número de tres, de conformidad a lo establecido en las normas del Reglamento de Arbitraje de la CCI, ahora nuevo Reglamento vigente, en sus Arts. 11- 15, siendo la sede del arbitraje la ciudad de Bogotá D.C. como resalta la cláusula K del MdE.

34. Ahora bien, con relación a temas relacionados con la sede del Arbitraje, se deberá aplicar las normas estatales, y por ende, la ley de la sede del arbitraje (Bogotá D.C.).

35. Finalmente tomando como fuente de referencia, la voluntad de las partes, es necesario considerar las cláusulas establecidas en el MdE, concretamente la Cláusula Arbitral contenida en la Cláusula K del MdE que define el medio de solución de controversias. Es imprescindible interpretar la cláusula arbitral a la luz de la norma elegida por las partes que es única y exclusivamente el Reglamento de la CCI, y a partir de la misma considerar la resolución de los desavenencias resultantes del presente MdE.

36. Por tanto, y para concluir el presente acápite señalamos que, los diferentes aspectos del arbitraje serán resueltos en relación a pluralidad de normas.

## 4. ARGUMENTOS SOBRE EL FONDO DE LA DISPUTA

### 4.1. VALIDEZ DE LA CLÁUSULA ARBITRAL, ADMISIBILIDAD DE LA SOLICITUD DE ARBITRAJE Y COMPETENCIA DE LA CORTE INTERNACIONAL DE ARBITRAJE DE LA CCI.

#### 4.1.1. Validez y Eficacia de la cláusula arbitral

37. [MATTHIES] señala que cláusula arbitral:

“Es un acuerdo de voluntades que se celebra casi siempre conjuntamente con uno a varios negocios jurídicos y en donde las partes declaran de antemano su decisión de someter cualesquiera controversias que pudieran resultar de la interpretación o ejecución de dichos negocios, a la exclusiva jurisdicción de los árbitros. Se le da el nombre de cláusula porque generalmente va inserta como una de muchas cláusulas de que consta el o los negocios que liga a dos o más partes.”

38. [DE CASTRO], menciona que la autonomía privada se manifiesta de dos maneras: La primera, referida a la autonomía privada en sentido estricto, como poder atribuido a la voluntad para la creación, modificación, extinción de las relaciones jurídicas, conocida también como autonomía de la voluntad, pilar fundamental en el ámbito del negocio jurídico y del contrato, y en una segunda esfera, más amplia, como poder para usar, gozar y disponer de facultades y derechos subjetivos.

39. Así, dentro de la esfera de la autonomía privada surge la autonomía de la voluntad como un axioma, como un principio filosófico, que ofrece la posibilidad a los individuos de dictar normas para auto-regular sus relaciones privadas. [ROMANO], citado por [DE CASTRO, Pág 12. 1997], define la autonomía de la voluntad como “*aquella potestad de los particulares para darse un ordenamiento*”. A su vez Galgano, [MOSSET JORGE y SOTO CARLOS Pág. 31], señala que para entender el principio filosófico de la autonomía de la voluntad se construyen otros principios más técnicos y específicos, como el de la libertad contractual que se manifiesta en como un poder para que las partes mediante un acto de voluntad puedan construir, regular, modificar o extinguir las

relaciones patrimoniales, obligarse a ejecutar prestaciones a favor de otros y disponer libremente de sus bienes. *“De este modo el derecho objetivo convierte el poder de hecho en poder jurídico, en poder de generar normas jurídicas o poder jurigenético de la voluntad”*.

40. Por tanto esta materialización del principio de la autonomía de la voluntad en una regla jurídica más tangible, conocida como la libertad contractual, permite el libre desenvolvimiento de la voluntad en sus distintas manifestaciones: circulación de riqueza, fijación de precios de los productos y servicios, multiplicación y agilización de los intercambios, libre oferta y demanda [TARDÍO]. En este sentido, dentro del marco general establecido por la Ley, las partes pueden: Crear figuras atípicas, modificar, añadir, combinar y disolver todo tipo de relaciones de carácter patrimonial privado, de la misma manera otorga a las partes el poder de resolver las desavenencias surgidas en sus relaciones obligacionales a través del uso de métodos alternativos de solución de conflictos, siendo uno de estos el Arbitraje.
41. El arbitraje como un método alternativo de resolución de controversias, de carácter hetero-compositivo responde en su origen al principio de la Autonomía de la voluntad, por el cual las partes de manera consciente y sin presión alguna deciden no acudir a la jurisdicción estatal y deciden someter la resolución de sus desavenencias a la jurisdicción arbitral, esto a través de la firma libre, voluntaria y sin presión alguna de una clausula arbitral o de un convenio arbitral, el mismo que, al haber sido firmado de manera libre y voluntaria deberá ser respetado y cumplido por las partes en el marco de la buena fe.
42. Al respecto, [CAIVANO Pág. 6] señala, que *“El acuerdo arbitral produce el efecto de sustraer ciertas categorías de litigios de la Jurisdicción de los jueces ordinarios, ya que, por imperio de la Voluntad de las Partes se sustituye la Jurisdicción Estatal por una privada”*
43. De esta manera podemos afirmar que el MdE suscrito entre el Bombillo y el Claustro responde a la autonomía de la voluntad de ambas partes que de manera consciente, libre y sin presión alguna firmaron todas y cada una de las cláusulas contenidas en dicho

documento, estando inmersa dentro de éstas, la Cláusula K, Clausula de arbitraje que claramente dispone que ante cualquier desavenencia las partes se obligarían a resolver la misma, de manera amistosa mediante la Mediación de un árbitro calificado en el plazo de 44 días y que en caso de no poder ser resuelta vía mediación a someter la resolución del conflicto surgido a la Asociación de la Corte de Arbitraje Internacional de Inversiones de Paris, la misma que deberá desarrollar el Arbitraje bajo las normas contenida en el Reglamento de Arbitraje de la CCI.

44. En este sentido y en virtud del principio de la autonomía de la Voluntad, las partes tienen amplias facultades para elegir, el Tribunal arbitral al que se someterá la controversia en caso de que esta surja; de la misma manera la composición del Tribunal Arbitral y la norma bajo la cual se desarrollará el Proceso arbitral, al respecto en el presente caso, para efectos de ejecutabilidad del arbitraje, las partes en la Cláusula K (Cláusula arbitral) del MdE [DC §14], suscrito en fecha 14 de octubre de 2012 señalaron de manera clara:

“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. La sede de ambos arbitrajes será la ciudad de Bogotá, D.C. El idioma del arbitraje será el castellano”.

45. De lo señalado y demostrado podemos concluir que la cláusula arbitral, cuenta con los requisitos que impone la doctrina, consolidándose como vía idónea para el arreglo de las desavenencias surgidas. Dicha cláusula es perfectamente válida en el ámbito material y formal, que es por tanto fuente inevitable del arbitraje.

#### **4.1.1.1. Validez Material:**

46. 1.- Por responder a la voluntad y al libre consentimiento de ambas partes, en el caso en cuestión: El Claustro, El Bombillo y el Torero (como parte testigo)
- 2.-Arbitrabilidad de la controversia surgida, que legalmente puede ser motivo de arbitraje. [CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional. Art. 7]

#### **4.1.1.2. Validez Formal**

47. 1.- La cláusula ha sido establecida por escrito en la Cláusula K del MdE suscrito por las partes. [CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional Art. 7. 2]

#### **4.1.2. Imposibilidad de resolver las desavenencias de manera amistosa mediante la Mediación de un árbitro calificado**

48. En referencia a la posibilidad establecida en la cláusula K de resolver las desavenencias de manera amistosa mediante la mediación de un árbitro calificado en el plazo de 44 días, podemos señalar que la base de la Mediación como medio de solución alternativo de solución de conflictos se funda en la intención claramente demostrada de las partes de resolver el conflicto, con la ayuda de un mediador, en el marco de la buena fe; sin embargo en virtud de los hechos acontecidos y del accionar de la parte demandada, la resolución amistosa vía mediación de las desavenencias surgidas se ha tornado imposible por existir hechos comprobables (a ser desarrollados en acápite posteriores), que demuestran un evidente comportamiento de mala fe por parte de los demandados en el proceso de negociación. Por tanto, la buena fe, la lealtad, la honestidad, la transparencia (*fair dealing*) [PECL I] que debe existir entre las partes ha sido quebrantada de manera maliciosa por la parte demandada rompiendo de esta manera cualquier posibilidad de solución amistosa y abriendo por lo tanto, la jurisdicción arbitral.
49. Entonces si se desestima la mediación amistosa por la explicación ya dada y la cláusula arbitral cumple con los requisitos, no se hace posible la inadmisibilidad de la solicitud arbitral, a nuestro parecer los demandados asumen una posición dilatoria y entorpecedora que puede comprometer la consecución del arbitraje al no poder llegarse a la resolución del conflicto. Lógicamente se reconoce la posibilidad de someterse al arbitraje.

### **4.1.3. Competencia del Tribunal Arbitral y Admisibilidad de la Solicitud de Arbitraje**

50. Frente a la objeción de la admisibilidad de la solicitud de arbitraje, y a la competencia de la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI, realizada por la parte demandada, podemos señalar que será el propio Tribunal Arbitral el que deba resolver sobre la admisibilidad de la presente demanda y sobre su propia competencia, bajo el ya conocido principio Kompetenz-Kompetenz, que señala que los árbitros tienen competencia para conocer sobre su propia competencia, estando facultados para decidir acerca de la misma y sobre la admisibilidad de la demanda de arbitraje. Al respecto el Art. 6.5 del Nuevo Reglamento de la CCI, señala “*Que en todos los casos sometidos a la Corte bajo el Artículo 6 (4), cualquier decisión relativa a la competencia del tribunal arbitral, excepto en relación con partes o demandas respecto de las cuales la Corte decida que el arbitraje no debe proseguir, será tomada por el propio tribunal arbitral*”.
51. La competencia del tribunal arbitral, en el caso en cuestión, se extiende a todo tipo de controversias que surjan del MdE por los términos generales, bajo los cuales se pactó la cláusula arbitral. Por tanto será el propio Tribunal Arbitral el que resuelva sobre la admisibilidad de la demanda y sobre su propia competencia bajo el principio Kompetenz-Kompetenz, de la misma manera el Tribunal Arbitral es competente para determinar si:
- La cláusula de arbitraje es válida. [Nuevo Reglamento de la CCI. Art. 6.4.]
  - El tribunal se ha constituido adecuadamente acorde a la legislación aplicable [Nuevo Reglamento de la CCI. Al respecto el Art. 6.3.]
52. Frente a la objeción de la admisibilidad de la solicitud de arbitraje por las partes demandadas es necesario verificar lo establecido en el Reglamento de la CCI [Art. 6. 1 - 9] en relación a los efectos del acuerdo de arbitraje.
53. El arbitraje se caracteriza por ser consensual.
54. Es menester señalar que el objetivo central del arbitraje consiste en ser el mecanismo que garantice las inversiones realizadas y el cumplimiento de las obligaciones



contraídas por un inversionista o un empresario en un país extranjero y de esta manera, otorgar la estabilidad que requiere el desarrollo del intercambio comercial.

55. Uno de los pilares del arbitraje se materializa en la posibilidad que brinda a los particulares de sustraer la resolución de cualquier conflicto que pueda surgir de la jurisdicción ordinaria estatal, permitiendo la posibilidad de acudir a la jurisdicción arbitral a través de un procedimiento, rápido, informal y flexible, entonces el arbitraje no está condicionado a ninguna formalidad, basta el consenso de las partes para legitimarlo no pudiendo negarse a este y reconociéndosele plena competencia por el simple hecho de establecer “las partes se someterán”. De esta manera los particulares tienen la certeza de que en caso de existir problemas estos serán resueltas bajo normas internacionales y ante tribunales de carácter internacional.
56. Por tanto, solicitamos al Tribunal Arbitral, no aceptar la observación sobre la admisibilidad de solicitud de arbitraje y declarar la competencia de la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI y de todo tribunal arbitral que fuera constituido bajo sus auspicios.

## **4.2. NATURALEZA JURÍDICA Y OBJETO DEL MDE SUSCRITO ENTRE EL BOMBILLO Y EL CLAUSTRO.**

### **4.2.1. Naturaleza Jurídica del MdE.**

57. Es imprescindible señalar que el llamado Memorando de Entendimiento (MdE) es un acuerdo de voluntades con el objeto de establecer las condiciones necesarias, para poder formalizar un contrato definitivo en el futuro. También conocido como Trato Preliminar, se lo debe entender como un acercamiento de los eventuales interesados para celebrar un contrato determinado. Este tipo de documento cumple la función de preparar el camino para que la voluntad de las partes expresen su intención real y efectiva de crear obligaciones, a través de la celebración de un contrato futuro. [STIGLITZ; STIGLITZ].
58. Aclarar que este acto jurídico bilateral, cualquiera sea el nombre dado por las partes al momento de la suscripción del mismo, (*contrato, acuerdo, memorándum de*

*entendimiento*), refleja un acuerdo de voluntades que tiene por objeto crear obligaciones, claramente establecidas en el MdE en las cláusulas C, D, F, G, H, I, K L, por tanto de la interpretación conjunta de las cláusulas contenidas en el MdE y de la intención común de las partes, podemos señalar que la voluntad de ambas partes fue la de obligarse, una frente a la otra, más allá del tenor literal de las palabras utilizadas.

59. Frente a cualquier duda respecto a la intención de las partes de generar obligaciones a través de la suscripción del MdE, podemos acudir a las reglas de interpretación de los contratos que de manera análoga pueden ser aplicadas a cualquier tipo de acuerdo o convenio suscrito por dos o más partes con el objeto de generar obligaciones, al respecto los Principios UNIDROIT en el Capítulo 4 referido a la Interpretación señalan que al momento de interpretar un contrato se deberá ver la intención común de las partes [Art. 4.1]: *“El contrato debe interpretarse conforme a la intención común de las partes”*; así como las circunstancias relevantes [Art.4.3.], intentando en todo momento realizar una interpretación sistemática del contrato [Art. 4.4.], logrando así una integración de todas las cláusulas del contrato, [Art. 4.8.] Normas de interpretación similares, encontramos en los PECL’S [Art. 5.101] (Reglas generales de interpretación).
60. Si bien, de acuerdo a las normas internacionales referidas a principios contractuales (UNIDROIT, PECL’S I, II, III, DCFR), este tipo de documentos preliminares, no generarían en principio, obligaciones en cuanto a la celebración del contrato definitivo, lo evidente es que las mismas también señalan que las partes durante toda la etapa pre negociacional deberán actuar bajo el principio de Buena Fe, incluso cuando no se celebre el contrato.
61. De acuerdo al documento de los PECL’S I, el sentido del fair dealing o buena fe; en lenguaje jurídico castellano; hace referencia a la transparencia en los negocios, lealtad de las transacciones, honradez, confianza en los tratos [Principios UNIDROIT. Nota al pie 2, Pág.2), por tanto, actuar contra la buena fe, mediante actos que denoten la falta de lealtad y transparencia en los episodios de la negociación, así como interrumpir de manera intempestiva la negociaciones o continuar con los actos de negociación sabiendo que no se podrá concluir el contrato, genera la responsabilidad de resarcir los daños y perjuicios hacia la otra parte. Al respecto [MESSINEO pág. 309] señala que ,

*“...las negociaciones obligan en otro sentido: esto es, que, cuando han llegado a tal punto que permita prever que el contrato debería poderse formalizar y una de las partes rompe las negociaciones sin un justo o atendible motivo (culpa in contrahendo, es decir, culpa en el curso de negociaciones contractuales; responsabilidad precontractual), la contraparte tendrá derecho al resarcimiento del daño –o sea, el llamado interés contractual negativo, ...”*

62. Por lo expuesto, indicamos que el MdE firmado entre el Bombillo y El Claustro, cumple con las características típicas de un acuerdo bilateral generador de obligaciones, toda vez que la voluntad del Claustro tuvo en todo momento el fin de establecer parámetros de conducta diligente, seria y leal en toda la etapa negocial, con el fin de comprar la casa de discos El Torero. Por consiguiente, según la doctrina expuesta, indicamos que el presente MdE, concibe obligaciones en relación a la buena fe que debe prevalecer dentro del periodo de negociación.

#### **4.2.2. Objeto del MdE**

63. El objeto del MdE suscrito por las partes, tuvo por objeto exclusivo describir las aspiraciones de las Partes en cuanto a la posible compra y venta de “El Torero”, y organizar las revisiones que El Comprador hará de todo lo relativo al mismo para decidir si compra o no las acciones del mencionado dentro del plazo previsto en la Cláusula H.[DC §14] como demuestra el mismo documento.

64. Dentro de la normativa aplicable a nuestro caso, se asume que en estos acuerdos surge la obligación de obrar con Buena Fe y Lealtad Negocial [UNIDROIT Art 1.7], incluso cuando no se celebre el contrato (etapa pre contractual).

65. Actuar contra la buena fe en el acuerdo conlleva al resarcimiento de daños y perjuicios hacia la otra parte sin perjuicio de todo lo que pueda sobrevenir al concurrir la mala fe. [UNIDROIT Art 2.1.15]

### 4.3. ETAPA NEGOCIAL Y RESPONSABILIDAD PRE CONTRACTUAL.

66. Conscientes de que en cierto tipo de negocios jurídicos que asumen un carácter complejo, existe un período precontractual en el que las partes desarrollan un conjunto de actos de negociación tendientes a establecer las mejores condiciones para la celebración del contrato definitivo, podemos señalar que, en esta etapa previa al nacimiento del contrato pueden surgir dificultades, desavenencias o acciones contrarias a la buena fe provenientes de las partes que pretendían concretar el contrato, en este sentido, estas situaciones pueden generar una ruptura definitiva de las negociaciones y por lo tanto impedir la celebración del contrato.
67. Ante la ruptura intempestiva del proceso de negociación, a consecuencia del accionar de una de las partes, emerge la posibilidad del surgimiento de la denominada responsabilidad civil precontractual, entendida como: “...*la que puede producirse durante los tratos negociales previos, es decir, en las negociaciones que anteceden a una oferta.*” [ORREGO]. Por tanto cuando una de las partes causa daño a la persona o patrimonio del otro contratante, durante el proceso pre-negociacional está obligada a reparar el daño causado.
68. Bajo este razonamiento, las partes, dentro del proceso pre-negociacional deberán actuar bajo ciertos deberes de conducta, siendo uno de los principales el deber de actuar de buena fe, del cual emergen otros deberes secundarios de conducta, [OVIEDO – ALBÁN] como: deber de información, deber de secreto, deber de protección y conservación, deber de no abandonar las negociaciones sin justa causa, deber de protección y conservación, entre otros.
69. Por tanto la violación de los deberes mencionados genera la obligación de reparar los perjuicios cometidos. Frente a ello, se ha generado el principio de la culpa in *contrahendo*, atribuido a Irving, de forma tal que quien genera daños en virtud de las negociaciones preliminares, será obligado a repararlos [DÍEZ-PICAZO] Igualmente se atribuye a SALEILLES haber formulado como un deber derivado de la buena fe, el no terminar las negociaciones de manera arbitraria e indemnizar los perjuicios causados cuando ello ocurriere. [OVIEDO ALBÁN]

#### **4.3.1. El Bombillo incumple el deber de actuar de buena fe en la etapa pre contractual**

70. Como ya se ha hecho mención, la naturaleza de nuestro MdE corresponde a la de un trato preliminar; de tal modo, que los parámetros que rigen a la buena fe como el deber de actuar de manera leal y correcta [BARROS], deberían haber sido observados por las partes suscriptoras, pues como se mencionó, en acápites anteriores, la buena fe se ha convertido a piedra angular del derecho privado moderno funcionando como canon hermenéutico y fuente integradora dispositiva.
71. El MdE acordado, implica un deber de actuar de Buena Fe [UNIDROIT Art. 1.7]. del cual emergen otros deberes secundarios como los de protección, información, consejo, fidelidad y reserva o secreto [SOLARTE] e incluye al mismo tiempo no abandonar las negociaciones sin justa causa, en la etapa precontractual.
72. Dentro de esta etapa también debe considerarse el obrar leal y correctamente, no solo en el momento de suscripción del MdE sino también dentro la etapa de formación del mismo. Esto implica que, la lealtad debe ser inequívoca para la consumación del contrato final al que ha llegado la intención de la voluntad de las partes, referido dentro del documento PECL I [Art. 1:102].
73. [CARRASCOSA GONZALES] al respecto en la jurisprudencia arbitral internacional, se reconoce el deber de buena fe en los tratos negóciales, “...cuya violación se sanciona de varias maneras: paralización de las negociaciones, resarcimiento, activación de las cláusulas penales, etc. (...) la jurisprudencia arbitral suele reconocer las siguientes obligaciones a observar durante la etapa precontractual, derivadas del principio de que las partes deben comportarse de acuerdo con la buena fe en las negociaciones: 1. Obligación de información recíproca; 2. Obligación de no romper las negociaciones sin justa causa. Retener unas negociaciones artificialmente, de modo que estas se rompen posteriormente sin una causa justificada, y cuando la otra parte tenía fundada confianza en que el contrato se celebraría, es infringir la buena fe precontractual”.

74. Por ende, y acorde todo lo mencionado, consideramos que las actitudes y actos realizados y demostrados por El Bombillo, son inequívocos para demostrar la mala fe de éste, puesto que el Bombillo, con sus actos, ha demostrado que no tenía la mínima intención de consumar la venta de El Torero S.A. al Claustro, de la misma manera ha incurrido en mala fe al vender la casa disquera el Torero a Off the Records sin dar previo aviso al Claustro y al romper, de esta manera, abruptamente las negociaciones.

#### **4.3.2. Incumplimiento de los deberes secundarios de buena fe por parte del Bombillo.**

##### **4.3.2.1. Deber de no abandonar las negociaciones sin justa causa.**

75. Se debe entender que uno de los deberes que se desprenden del principio de buena fe, es el referido a que las partes no deben generar falsas expectativas (descritas como aspiraciones en el MdE [DC §14 cláusula B]), unas frente a las otras, al contrario, las partes deben obligarse en la medida de sus posibilidades de cumplimiento, por lo demás, en caso de no poder concluir las negociaciones con la suscripción del contrato definitivo, deberán manifestar prudencia al momento de retirarse de la negociación. Es importante mencionar la existencia de una norma que ampara a las víctimas de negociaciones de mala fe:

76. [Principios UNIDROIT Art. 2.1.15. *Negociaciones con mala fe*)

*Las partes tienen plena libertad para negociar los términos de un contrato y no son responsables por el fracaso en alcanzar un acuerdo.*

*Sin embargo, la parte que ha negociado, o ha interrumpido las negociaciones, con mala fe, será responsable por los daños y perjuicios causados a la otra parte.*

*En especial, se considerará mala fe el entrar en o continuar negociaciones cuando al mismo tiempo no tiene la intención de llegar a un acuerdo.*

77. Al contrario el Bombillo, al no tener las intenciones de llegar a un acuerdo final interrumpió de manera intempestiva las negociaciones, obrando de mala fe y abandonando las negociaciones sin justa causa y sin comunicar ninguna decisión al Claustro, procedió a vender la casa disquera El Torero a otro interesado, incurriendo en mala fe incumpliendo los deberes secundarios que de ésta emergen. Al contrario el Claustro actuó en apego al principio de la buena fe y la lealtad negocial, demostrando en todo momento la firme intención de comprar la casa de discos El Torero, realizando todos los actos necesarios (viajes, reuniones, gastos, traslados) para cumplir con dicho fin, manteniendo en secreto las negociaciones y demostrando en todo momento la buena voluntad de concluir las negociaciones, razón por la cual sus intereses no pueden ser perjudicados de ninguna manera, por el accionar del Bombillo.

78. Es a partir de esta premisa, que se torna por demás evidente el presente argumento de acciones de mala fe en las negpor parte de una de las partes suscriptoras del documento puesto a análisis, y por ende debe ser sometido al pago y resarcimiento de los daños y perjuicios, incluyendo aquellos que devengan de los deberes secundarios de la buena fe.

#### **4.3.2.2. Incumplimiento del deber de secreto.**

79. El bombillo ha incumplido con la obligación contraída en la cláusula G del MdE referida al deber de mantener bajo confidencialidad estricta el contenido del MdE.

Cabe mencionar que a los dos días de firmado el MdE, el 16 de octubre, mientras Alexis Mantilla realizaba las actos requerida y necesarios de “due diligence” para la adquisición de El Torero, nos enteramos por medio de la prensa colombiana (Diario de circulación nacional El Día), que el Bombillo había entregado una copia del MdE al mencionado periódico, que no dudo en ningún momento en publicar in extenso el mencionado documento. Ante este hecho se evidencia el incumplimiento de deber de secreto por parte del Bombillo al haber hecho público el contenido del MdE, mediante su publicación en el periódico El Día, dos días después de la suscripción

del MdE. Por tanto al haber hecha pública la información de las negociaciones ha incurrido en mala fe atentando el deber de secreto.

80. Al respecto los Principios UNIDROIT en el ARTÍCULO 2.1.16 :  
(Deber de confidencialidad), señalan:

*“Si una de las partes proporciona información como confidencial durante el curso de las negociaciones, la otra tiene el deber de no revelarla ni utilizarla injustificadamente en provecho propio, independientemente de que con posterioridad se perfeccione o no el contrato. Cuando fuere apropiado, la responsabilidad derivada del incumplimiento de esta obligación podrá incluir una compensación basada en el beneficio recibido por la otra parte”.*

81. De manera concordante los Principios De Derecho Europeo De Los Contratos Artículo 2:302 .Quiebra de la confidencialidad, señalan:

*Si en el transcurso de las negociaciones una parte comunica a la otra alguna información confidencial, la segunda tiene la obligación de no divulgar dicha información y de no utilizarla para sus propios fines, con independencia de que el contrato llegue a celebrarse o no. El incumplimiento de este deber puede comportar una indemnización por los perjuicios causados y la devolución del beneficio disfrutado por la otra parte.*

82. Ante este hecho es evidente que el Bombillo incurre en total mala fe al incumplir la cláusula G del MdE, por medio del cual las partes se obligaban a mantener el documento estrictamente confidencial.

#### **4.3.2.3. Incumplimiento al deber de protección y conservación por parte del Bombillo.**

83. El “Bombillo” incumple también con este deber secundario a la Buena Fe al no asumir la custodia y conservación de la disquera “El Torero” procediendo a la venta de la casa disquera a la empresa Off the Records a los 15 días de la firma del MdE incumpliendo



su obligación de garantizar un derecho de exclusividad a favor de “El Claustro” por 28 días como establecía la cláusula H del documento.

84. No obstante, no es la única acción por parte del demandado que contraviene al deber de conservación, sino también este incumplimiento se refleja en su mala fe al no poner “sus mejores esfuerzos” para la continuidad dentro de la disquera de los cantantes: Los Caminodos, Jason Mayer, Felipe Merizalde, José Miguel García Restrepo, Brigita Simões y Enrique Bacano, firmando este último contrato con la empresa inglesa Off The Records. Sin duda alguna este hecho infringe lo estipulado en la Cláusula F del MdE.

#### **4.4. EL TORERO EN CALIDAD DE PARTE TESTIGO DENTRO DE LA SUSCRIPCIÓN DEL MdE.**

85. El MdE que fue firmado por el Claustro y el Bombillo el 14 de octubre de 2012 tuvo en calidad de parte testigo a la casa de discos El Torero, aspecto que da a conocer, que todo lo dicho y acordado en la reunión que se llevó día antes de la suscripción del MdE, era de conocimiento de la casa de discos El Torero, puesto que para poder actuar como parte testigo debía estar al corriente de las negociaciones que se venían desarrollando entre el Bombillo y el Claustro.

86. De la misma manera tuvo conocimiento de los actos en contra de la buena fe, en los que venía incurriendo el Bombillo y no hizo nada por detener dichos actos.

87. Finalmente, El Torero al firmar en calidad de testigo de las negociaciones desarrolladas por las partes y de las cláusulas inmersas en el MdE, da fe de la capacidad jurídica del bombillo, durante el proceso de las negociaciones y durante el momento de la suscripción del MdE.

88. De esta manera, la casa disquera El Torero, al haber firmado, como parte y como testigo, el MdE, se obliga solidariamente con el Bombillo, por tanto la cláusula arbitral lo alcanza, no como un tercero sino como parte suscriptora del documento que genera obligaciones, incurriendo por tanto en responsabilidad contractual con la consecuente

obligación de reparar los Daños y perjuicios causado de la forma establecida en la Cláusula I del MdE.

#### 4.5. EL BOMBILLO ES LEGALMENTE HÁBIL.

89. Es necesario mencionar que dentro de los hechos anteriormente señalados el Bombillo, había argumentado que debido a un problema que tuvo desde nacimiento, este no llega a recordar “algunas” de las cosas que realiza, entre ellos el presente acto jurídico, el MdE firmado. [DC § 18]

90. Sin embargo, para determinar en qué medida la obligación de una parte implica una obligación de emplear los mejores esfuerzos o de lograr un resultado específico, se tendrán en cuenta, entre otros factores ***la capacidad de la otra parte para influir en el cumplimiento de la obligación.*** [UNIDROIT Artículo 5.1.5 inc. (d)]

Es a partir de estos argumentos que debemos señalar el concepto de capacidad, siendo esta “...*la aptitud legal para adquirir derechos, subjetivos, ejercerlos y contraer obligaciones*”. [Kaune]

91. A partir que de este concepto se deducen dos clases de capacidades:

A) ***Capacidad jurídica***, la cual es la aptitud o idoneidad para ser sujeto de derechos subjetivos.

B) ***Capacidad de obrar***, la aptitud o facultad que tiene el sujeto para ejercitar sus derechos y realizar actos jurídicos de cualquier naturaleza contrayendo obligaciones.

92. La regla es que todas las personas tienen capacidad y la excepción constituye las incapacidades. ***No se concibe seres humanos que no cuentan con ella; se las adquiere por el solo hecho de la existencia y dura desde la gestación hasta el fallecimiento de las personas.***

93. La capacidad jurídica y de obrar son cualidades o poderes jurídicos conferidos a las personas por el ordenamiento jurídico, para que sean titulares de derechos subjetivos y los ejerciten contrayendo obligaciones. Es a partir de los preceptos anteriormente

señalados que debemos referirnos si los problemas de salud de Bombillo, tiene razón suficiente y probatoria para la nulidad y/o anulabilidad del MdE, suscrito.

#### **4.5.1. Incapacidad Judicialmente Declarada.**

94. En relación a la capacidad jurídica del Bombillo, el Dr. Valderrama, en fecha 4 de noviembre mediante misiva dirigida al Claustro justifica la venta del Torero a Off de Records, en razón a un supuesto problema de salud del Bombillo, que se manifestaba en la pérdida de memoria, razón por la cual, éste había olvidado un acuerdo previo con Off de Records para la venta del Torero. [DC § 18]
95. Al respecto podemos señalar que la incapacidad total es la “Enfermedad o deficiencia física o psíquica, de carácter permanente, que priva a algunas personas de su capacidad de obrar”. [AFRICA ELORZA DEL RÍO]. Para proteger a estos individuos que no poseen una voluntad consciente y libre, ni suficiente discernimiento para adoptar las decisiones adecuadas en la esfera personal, y/o en la de administración de sus bienes, la Ley ha previsto la declaración de incapacidad. Al tratarse de un asunto tan grave y, con consecuencias tan trascendentes, el ordenamiento jurídico impone que **la incapacitación sólo puede declararla por un Juez mediante Sentencia**, tras haberse tramitado el oportuno procedimiento judicial. [Fundación Tutelar de La Rioja].
96. En relación a Bombillo se debe considerar que, el Bombillo ha realizado la mayoría de sus actos jurídicos de manera independiente, sin precisar en ningún momento el apoyo de un tutor o curador, y por ende nunca ha sido declarado incapaz en la realización de sus actos jurídicos por autoridad competente y por ende no existe causa suficiente para desvirtuar los efectos y las responsabilidades sobrevinientes a la firma del MdE, toda vez que la incapacidad debe ser declarada por autoridad competente. Por lo expuesto anteriormente, la parte demandante tiene a bien declarar que el Sr. Bombillo es legalmente capaz [ACLARATORIAS].

#### **4.5.2. La Incapacidad Parcial de Obrar**

97. Al mismo tiempo, dentro de nota de prensa del Diario de circulación nacional “El Día”, hace referencia, de alguna manera, el Bombillo se haya olvidado de sus empresa y que haya decidido su futuro en un momento en el cual era incapaz de querer entender o comprender, y por tanto a consecuencia de ese estado momentáneo de incapacidad haya realizado la suscripción del MdE. Sin embargo, a partir de todas las actuaciones de parte de Bombillo, se deberá tomar en cuenta si efectivamente se encontraba dentro de un estado de incapacidad parcial de obrar al momento de la suscripción del mencionado documento. [DC § 19]
98. Entonces podemos señalar que la incapacidad parcial de obrar es la falta de aptitud legal para ejercitar determinados actos jurídicos. En esta categoría están aquellos que no pueden celebrar sobre sus bienes actos de disposición, aunque gozan de la capacidad para realizar actos de administración ordinaria. [KAUNE]
99. Acorde a la definición anteriormente mencionada la incapacidad parcial de obrar no corresponde al presente caso, puesto que el Bombillo, al momento de la suscripción del MdE, se encontraba justamente con una de las personas de su más alta confianza, el Dr. Valderrama, además de que con la suscripción del presente documento por parte del Torero (como parte testigo), se otorga mayor solemnidad al MdE, razón por la cual El Torero también asume la responsabilidad emergente del MdE, dando fe plena de la capacidad de obrar del Bombillo al momento de la suscripción del presente MdE.
100. Al mismo tiempo, el momento de la suscripción del MdE, es diferenciado en relación a las conversaciones precedentes a la suscripción de la misma, aspecto que a pesar de la mínima posibilidad de la existencia de incapacidad parcial de obrar (capacidad de querer o entender en un tiempo determinado) de parte de Bombillo, esta debería perder sus efectos en relación al tiempo transcurrido entre las negociaciones previas y la suscripción del MdE.
101. Por todo lo mencionado, se descarta la posibilidad de cualquier tipo de incapacidad de obrar de parte de Bombillo, al momento de las negociaciones y la suscripción del MdE.

#### **4.6. EL CLAUSTRO ACTUÓ EN TODO MOMENTO DE BUENA FE.**

102. Ahora bien, el señor Alexis Mantilla, en representación del Claustro, teniendo conocimiento de la posible venta del Torero por parte del Bombillo, mantuvo relaciones de negociación con el mismo, con el fin de concretar la compra del Torero, dando como resultado la firma del MdE entre Alexis Mantilla en representación del Claustro, El Bombillo y por último el Torero en calidad de parte testigo [DC §§ 13, 14, 15].
103. El Claustro en todo momento, mantuvo una actitud diligente, seria y prudente en la negociación, que puede ser evidenciada por el accionar de su representante el Sr. Alexis Mantilla que dedicó la totalidad de su tiempo en Bogotá al desarrollo de las negociaciones con el Bombillo, alejado de su residencia en París, analizando diligentemente la posibilidad de compra del Torero sin incumplir ninguna cláusula del MdE.
104. En la sentencia del caso Argentina Benettar SAIC c/ BENETTON SPA se señala que "Las partes se hallaron siempre en una etapa de tratativas preliminares o pourparlers, pero sin duda esa situación generó una legítima expectativa de Benettar en concretar la operación." Tal es la situación de El Claustro en relación a la suscripción del MdE.

## 5. PRETENSIONES.

Por todo lo expuesto precedentemente y en virtud de todo lo argumentado, El Claustro solicita respetuosamente al honorable Tribunal Arbitral declare:

- La Validez del MdE suscrito entre las partes y la validez de la cláusula Arbitral
- La Admisibilidad de la solicitud de arbitraje y la competencia de la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI y de todo tribunal arbitral que fuera constituido bajo sus auspicios, en consideración a la imposibilidad de llegar a resolver amistosamente mediante mediación las desavenencias surgidas, en razón de que se efectuó la venta de El Torero en fecha 1 de Noviembre de 2012 a la empresa Off the Records, tornándose imposible cualquier solución amistosa.
- La validez y eficacia de los efectos obligacionales del MdE, en virtud de su naturaleza jurídica y el incumplimiento por parte de Bombillo y el Torero de las obligaciones estipuladas en el mencionado documento.
- La resolución del MdE y el pago de la multa equivalente a los beneficios netos de un año del Torero, estipulado en la Cláusula I del mencionado documento, en virtud de la mala fe demostrada por el Bombillo en sus actos posteriores a la suscripción del MdE..

La Admisibilidad del pedido de medidas cautelares mediante orden motivada o laudo sobre la totalidad de los bienes de Bombillo y de la casa de discos el Torero, con el objeto de garantizar la ejecución posterior del Laudo Arbitral y el cumplimiento del resarcimiento de daños y perjuicios de la manera establecida en la cláusula I del MdE, conforme el art. 28 del nuevo Reglamento de Arbitraje de la CCI.