



III COMPETENCIA DE ARBITRAJE COMERCIAL DE LA UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES Y LA UNIVERSIDAD NUESTRA SEÑORA DEL ROSARIO.

BOGOTÁ, COLOMBIA, SETIEMBRE 2010

MEMORIA DE LA DEMANDADA



UNIVERSIDAD DE MONTEVIDEO

EN REPRESENTACIÓN DE:

**FERROTURISMO E.S.P y
REPÚBLICA DE COSTA DORADA**

Calle 100 N°7-45
Ciudad de Puerto Madre
República de Costa Dorada

DEMANDADA

EN CONTRA DE:

FANCY WAGONS S.A

Av. De Las Velitas N°84
Cuidad de Peonia
Estado de Marmitania

DEMANDANTE

ABOGADOS:

Agustina Bomio, María José Echinope, Gonzalo Filippini, Gonzalo Irrazabal, Santiago Gatica, Juan Manuel Gutiérrez, Aparicio Howard, Sofía Lanza, Valeria Motta, Javier Napoleone, Agustina Pérez, Sebastián Pérez, Juan Manuel Rey, Belén Rico, Martín Rossati, Andrea Rupenián, María Emilia Sapelli, Carolina Secondo, Guillermina Vivo



TABLA DE CONTENIDOS

ÍNDICE DE ABREVIATURAS.....	4
ÍNDICE DE AUTORIDADES.....	6
ÍNDICE DE CASOS.....	11
ÍNDICE DE NORMAS.....	15
HECHOS.....	16
PARTE PROCESAL: EL TRIBUNAL ARBITRAL NO ES COMPETENTE PARA ENTENDER EN EL PRESENTE CASO EN VIRTUD DE QUE LA CLÁUSULA ARBITRAL INSERTA EN EL CONTRATO ES INVÁLIDA E INOPONIBLE A LA REPÚBLICA DE COSTA DORADA Y FERROTURISMO.....	19
CONSIDERACIONES PREVIAS.....	19
ASUNTO 1: LA SUPUESTA CLÁUSULA ARBITRAL CONTENIDA EN EL CONTRATO ES NULA POR SER PATOLÓGICA.....	19
1.1. La supuesta cláusula arbitral no obliga a las partes a resolver los conflictos mediante arbitraje sino que establece una mera facultad de recurrir a arbitraje.....	19
(i) La cláusula no produce efectos obligatorios para las partes.....	20
1.2. Aún cuando se considerara que la cláusula arbitral es válida, se contradice con la cláusula del Contrato que remite a la jurisdicción de Costa Dorada.....	20
ASUNTO 2: COSTA DORADA NO CONSINTIÓ EL ACUERDO DE ARBITRAJE.....	22
2.1. Costa Dorada no puede ser parte en el arbitraje dado que no existe cláusula arbitral alguna que lo vincule a dichas partes, ni aceptación o asunción implícita de la jurisdicción arbitral pactada en el Contrato.....	22
2.1.1. El sometimiento a arbitraje de una disputa requiere el consentimiento de las partes involucradas.....	22
2.2. Costa Dorada no consintió el arbitraje.....	23
2.2.1. Costa Dorada no consintió el arbitraje en forma expresa.....	23
ASUNTO 3: LA CLÁUSULA ARBITRAL CONTENIDA EN EL CONTRATO NO ES VINCULANTE NI OPONIBLE A LA REPÚBLICA DE COSTA DORADA.....	24
3.1. Costa Dorada y Ferroturismo son dos personas jurídicas diferentes e independientes.....	24
3.2. La cláusula arbitral no es oponible a Costa Dorada por no ser parte del Contrato.....	25
3.3. Costa Dorada no puede ser llamado a arbitraje como tercero.....	26
3.3.1. La teoría del interrelacionamiento no es aplicable.....	26



3.3.2. Costa Dorada no puede ser llamado a arbitraje en virtud del Equitable Estoppel.....	27
PARTE SUSTANTIVA: FERROTURISMO Y COSTA DORADA NO ESTÁN OBLIGADAS A INDEMNIZAR A FW POR NINGÚN CONCEPTO.....	29
CONSIDERACIONES PREVIAS: FERROTURISMO ES UN ENTE INSTRUMENTAL DE COSTA DORADA.....	29
ASUNTO 1: FW INCUMPLIÓ CON LA OBLIGACIÓN ESCENCIAL DE DECORAR LOS VAGONES POR LO QUE FERROTURISMO NO SE ENCUENTRA OBLIGADO A ABONAR LA FACURA.....	30
1.1. Las obligaciones de renovar y decorar los vagones que surgen del Contrato son obligaciones de resultado.....	30
1.2. FW incumplió con la obligación de decorar los vagones.....	33
1.2.1. FW no decoró los vagones de acuerdo a los criterios pactados en el Contrato.	34
1.2.2. No existe causal de exoneración.....	36
1.2.3. Ferroturismo se encuentra en condiciones de rescindir el contrato dado que FW ha incurrido en un incumplimiento esencial.....	37
1.2.4. Ferroturismo no abonó la factura N° 2-2008 en virtud del incumplimiento esencial de FW....	38
ASUNTO 2: EN SUBSIDIO, COSTA DORADA NO RESPONDE A TÍTULO PROPIO POR LOS ACTOS DE SU ENTE INSTRUMENTAL FERROTURISMO.....	39
2.1. Costa Dorada no incumplió ninguna obligación.....	39
2.2. Costa Dorada no responde por los actos de Ferroturismo.....	40
2.3. No es aplicable la teoría del disregard of legal entity para reponsabilizar a Costa Dorada.....	41
ASUNTO 3: COSTA DORADA EJERCÍ SU LEGÍTIMA FACULTAD DE RESCINDIR UNILATERALMENTE EL CONTRATO.....	42
3.1. El contrato de renovación y decoración de vagones se rige por el Derecho Público.....	42
3.2. El contrato afecta el interés público.....	43
3.3. La rescisión del Contrato por parte de Costa Dorada fue válida y eficaz.....	44
PETITORIO.....	45
CERTIFICADO DE AUTENTICIDAD.....	46



ÍNDICE DE ABREVIATURAS

§	Párrafo
Caso	Descripción del caso de la Competencia Internacional de Arbitraje Comercial Tercera Edición
CNUDMI	Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional
Contrato	Contrato de Renovación y Decoración de Vagones
Convención de Nueva York	Convención de Nueva York Sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras
Convención Interamericana de Derecho Humanos	Convención Interamericana de Derechos Humanos
Declaración Universal de Derechos Humanos	Declaración Universal de Derechos Humanos
ICC	Cámara de Comercio Internacional
Ley Modelo de CNUDMI	Ley Modelo de CNUDMI para el Arbitraje Comercial Internacional
FW	Fancy Wagons S.A.
Ferroturismo	Ferroturismo E.S.P.
No.	Número
p.	Página





ÍNDICE DE AUTORIDADES

- Aguilar Gredier** Arbitraje Comercial Internacional y Grupos de Sociedades, Cuadernos de Derecho Transnacional, Octubre 2009), Vol. 1, Nº 2, pág. 14 ISSN 1989-4570
Citado en: § 51
- Alegría** Hector Alegría y otros, Responsabilidad Contractual, Tomo I, Ed. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires
Citado en: §108, 111, 112
- Ariño Ortiz** Gaspar Ariño Ortiz, La Administración Institucional: Origen y Personalidad, Profesor Encargado de la Catedra de Derecho de Madrid
Citado en: § 135
- Ballesteros (1)** Angel Ballesteros, Manual de Responsabilidad Patrimonial de los Entes Locales, Wolters Kluwer España, primera edición, Año 2007
Citado en: § 57, 134
- Ballesteros (2)** Angel Ballesteros, La Responsabilidad Patrimonial de los Entes Instrumentales de la Administración y su transmisión a la Entidad Matriz
Citado en: § 144
- Ballesteros (3)** Angel Ballesteros, Manual de la Administración Local, Edición 2006
Citado en: § 133
- Born** Gary Born, Parties in International Arbitration Agreements-Binding Non-Signatories to International Arbitration Agreements, Kluwer Arbitration
Citado en: § 1, 43
- Bueres** Alberto J. Bueres, Responsabilidad Civil de las Clínicas y Establecimientos Médicos, Ábaco, Buenos Aires, 1981
Citado en: § 112
- Bustamante** Jorge Bustamante Alsina, La prueba de la Culpa
Citado en: § 112



- Caivano** Caivano Roque J. Arbitraje y grupos de sociedades. Extensión de los efectos de un acuerdo arbitral a quien no ha sido signatario, Lima Arbitration N° 1, 2006
Citado en: § 42, 50, 51
- Cajarville** Juan Pablo Cajarville, Sobre derecho administrativo, Tomo II, Fundación de Cultura Universitaria, Segunda Edición Ampliada, 2008.
Citado en: § 154
- Chang** Eric Chang, Cour de Cassation (2 e Ch. Civ) 18 décembre 2003; The superiority of the Arbitration Clause over a Forum Clause under French Law. Kluwer Law International 2004 Volume 22 Issue 4
Citado en: § 15
- Craig/Park/Paulsson** Craig, W.L.; Park, W. and Paulsson, J. International Chamber of Commercial Arbitration Publicación: 2nd Ed., Oceana, New York, (1990)
Citado en: § 18, 26
- Davis** Benjamin G. Davis, Pathological Clauses: Frédéric Eisemann's Still Vital Criteria, Arbitration International, Kluwer International 1991 Volume 7
Citado en: § 6, 11
- De Ángel Yáñez** Ricardo De Ángel Yaguez, Estudios de Derecho de Obligaciones. Homenaje al profesor Mariano Alonso Pérez. Tomo I, 1ª edición, Editorial La Ley, Diciembre 2006
Citado en: § 72
- De Cores** Carlos De Cores, Anuario de Derecho Civil Uruguayo, Tomo XXXVI.
Citado en: § 87
- De la Cuetara** Juan Miguel De La Cuetara, Tres Postulados para el Nuevo Marco Jurídico de los Servicios Público, en A.A.V.V. - "El nuevo servicio público", Marcial Pons, Madrid 1997
Citado en: § 150
- Delpiazzo** Carlos Delipazzo, Estudios sobre la Responsabilidad de la Administración, Universidad de Montevideo, Edición Año 2009
Citado en: § 57, 60, 65



- Derains** Yves Derains. Cláusulas compromisorias patológicas y combinadas. El contrato de arbitraje. Legis Editores. 2008.
Citado en: § 5
- Dromi** José Roberto Dromi, Manual Derecho Administrativo, Editorial Astrea.
Citado en: § 155
- Durán** Durán Martínez y otros, Contratación administrativa – Curso de graduados 1988-, Fundación de Cultura Universitaria.
Citado en: § 154
- Fernandez Arroyo** Fernandez Arroyo (Coordinador), Derecho Internacional Privado de los Estados del Mercosur, Zavalía editor
Citado en: § 115
- Fernandez Montalvo** Rafael Fernández Montalvo, La Administración Instrumental, VIII Jornadas de Estudio del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía, Regimen de Contratación de la Administración Instrumental
Citado en: § 142, 143
- Frignani** Aldo Frignani Drafting Arbitration Agreements, Arbitration International, Volume 24, Nº 4 (2008)
Citado en: § 7, 12, 16, 18, 26
- Fouchard / Gaillard / Goldman** Fouchard, Gaillard, Goldman, On International Commercial Arbitration, E. Gaillard and J. Savage (Eds.), 1999
Citado en: § 16, 28
- Gamarra** Jorge Gamarra, Responsabilidad Contractual, Volumen I, El Incumplimiento, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1996
Citado en: § 129
- Garrido Falla** Fernando Garrido Falla, Origen y Evolución de las entidades instrumentales de las Administraciones Públicas, en A.A.V.V. – Administración Instrumental. Homenaje al Profesor Manuel Francisco Clavero Arévalo. Civitas, Madrid, 1994, Tomo I.
Citado en: § 58
- Gil del Campo / Mellado Benavente / Molina Alguea** Miguel Gil del Campo, Francisco Manuel Mellado Benavente, Enrique Molina Alguea, La Nueva Ley de Prevección del Fraude Fiscal, Edición Fiscal CISS, Valencia, 2007



Citado en: § 140

Gordillo

Agustín Gordillo, Tratado de Derecho Administrativo General, 2003

Citado en: § 147

Hanotiau

Bernard Hanotiau, Complex Arbitrations: Multiparty, Multicontract, Multi-Issue and Class Actions, Kluwer Law International, 2005

Citado en: §25, 38, 45, 51

Jain

Alok Jain, Pathological Arbitration Clause and Indian Courts, Journal of International Arbitration, Kluwer Law International, 2008, Volume 25, Issue 4

Citado en: § 12

Le Tourneau

Le Tourneau, Tratado, numeral 1091

Citado en: § 112

Lew / Mistelis / Kröll,

Julian D.M. Lew, Loukas A. Mistelis, Stefan M. Kröll, Comparative International Commercial Arbitration, Kluwer Law Internacional, 2003.

Citado en: § 7, 23, 26, 27, 34, 35, 39, 40, 43

Llambías

Jorge J. Llambías, Tratado de Derecho Civil. Obligaciones. Tomo III

Citado en: § 108

Meilan Gill

Meilan Gill, La funcionalidad de los Entes Instrumentales como Categoría Jurídica, Administración Instrumental. Homenaje al Profesor Manuel Francisco Clavero Arévalo, Madrid 1994, Tomo II

Citado en: § 58

Ordoqui / Peirano

Gustavo Ordoqui y Jorge Peirano, Contratos, Tomo II

Citado en: § 116

Ordoqui

Gustavo Ordoqui, Anuario de Derecho Civil Uruguayo, Tomo IX

Citado en: § 97

Principios sobre los contratos Comerciales Internacionales

Principios sobre los contratos comerciales internacionales, UNIDROIT, Roma, 2001.

Citado en: § 79, 87, 92, 93, 95, 100, 118, 119



- Redfern/Hunter** Redfern, Alan, Hunter, Martin, Law and Practice of International Commercial Arbitration. Publicación: 4th Revised Edition, Sweet & Maxwell, London, 2004
Citado en: § 23
- Rivera** Julio Cesar Rivera, Arbitraje Comercial Internacional y Doméstico, Buenos Aires, Ed. Lexis Nexis, 2007
Citado en: § 7, 41
- Rubino** Rubino, L'appalto en Trattato di diritto civile italiano, bajo la dirección de Filippo Vasalli, Torino 1954, N° 198
Citado en: § 116
- Salvat / Galli** citados en Hector Alegría y otros, Responsabilidad Contractual, Tomo I, Ruibinzal-Culzoni, Buenos Aires
Citado en: § 109
- Sayagués** Enrique Sayagués Laso, Tratado de Derecho Administrativo, Tomo I, Fundación de Cultura Universitaria, 2002, 8va Edición.
Citado en: § 154
- Stavros** Stavros L. Brekoulakis, The notion of The Superiority of Arbitration Agreements over Jurisdiction Agreements: Time to Abandon it? Journal of International Arbitration, (Kluwer Law International 2007 Volume 24 issue 4)
Citado en: § 21
- Tang** Edward Ho Ming Tang. Methods to extend the scope of an arbitration agreement to third parties non-signatories. <http://lbms03.cityu.edu.hk/oaps/sl2009-4635-thm665.pdf>
Citado en: § 45
- Torrente / Schlesinger** citados en Hector Alegría y otros, Responsabilidad Contractual, Tomo I, Ruibinzal-Culzoni, Buenos Aires
Citado en: § 113
- Villar Rojas** Francisco José Villar Rojas, Responsabilidad en la Gestión Directa, Especial Referencia a las nuevas fórmulas de Gestión: Fundaciones, en <http://www.ajs.es/downloads/vol08011.pdf>
Citado en: § 132



ÍNDICE DE CASOS

Accord McCarthy v. Azure	Accord McCarthy v. Azure United States Court of Appeals for the First Circuit, 22 F.3d 351 (1994) Citado en: § 28
American Bureau v. Tencara	American Bureau of Shipping v. Tencara Shipyard S.P.A. United States Court of Appeals for the Third Circuit, 170 F.3d 349, 353 (1999) Citado en: § 53
Audiencia Provincial de La Coruña	Sentencia de la Audiencia Provincial de La Coruña, de 24 de junio de 2009. Id Cendoj: 15030370042009100348 Citado en: § 73
Audiencia Territorial de Albacete	Sentencia de la Audiencia Territorial de Albacete de 18 de Junio de 1982 Citado en: § 134
AT & T v. Communications	AT & T Technologies Inc. v. Communications Workers of America et al. United States Supreme Court , 475 U.S. 643 (1986) Citado en: § 23
Avila Group, Inc. v. Norma J. de California	426 F. Supp. 537, 542 (S.D.N.Y. 1977). Citado en: § 50, 51
Banque Arabe	Laudo del 17 de noviembre de 1994, 21 Y.B. Com. Arb. 13 (1996). Citado en: § 24
Barcelona (1)	Tribunal Supremo de Barcelona, juicio N° 821/2004, sentencia de fecha 16 de junio de 2005, párrafo tercero Citado en: § 119
Barcelona (2)	Tribunal Supremo de Barcelona, sentencia de fecha 15 de marzo de 1979 Diario La Ley, Año XXIV, número 5711, Barcelona. Citado en: § 121



- Bridas** Bridas S.A.P.I.C. et al v. Government of Turkmenistan et United States Court of Appeals for the Fifth Circuit, 345 F.3d
Citado en: § 23, 27, 29, 30, 45
- Caso N° 664/2007** Juzgado de Primera Instancia N° 8 de Murcia caso n° 664/2007
Citado en: § 101
- Calberson v. Schenker** In France Cass. civ., 15 de octubre de 1996, (1998) Rev. Arb. 409
Citado en: § 16
- Christopher et al c. NetscapeCommunications Corporation and America Online** US Court of Appeals for the Second Circuit, 2001, Inc., Docket N° 01-7860(L),01-7870(CON), 01-7872(CON), March 14, 2002
Citado en: § 51
- Deloitte Noraudit A/S v. Deloitte Haskins & Sells** United States Court of Appeals for the Second Circuit, 9 F.3d 1060, (1993).
Citado en: § 53
- DiRussa v. Dean Witter Reynolds Inc** DiRussia v. Dean Witter Reynolds Inc., 121 F. 3d 818, 824 (2d
Citado en: § 1
- Dumez v Etat** Cour de cassation, 15 July 1999, *Dumez GTM v Etat irakien et autres*, Clunet 45 (2000) 46
Citado en: §34
- Elf. Aquitaine v. Grupo Orri,** in re Orri c. Société des Lubrifiants Elf Aquitaine, Revue de l'arbitrage, 1992, N° 1.
Citado en: §51
- European State Company vs Middle East State Company** European State Company vs Middle East State Company, ICC case 7245
Citado en: § 59
- Fleetwood Enterprises, v. GasKamp** United States Court of Appeals for the Fifth Circuit 280 F.3d 1069 (2002).
Citado en: § 28
- ICC Award N° 3493** ICC Award N°3493, 16 de Febrero, 1983.
Citado en: § 136
- MAG Portfolio Consult, GMBH, v. Merlin Biomed Group LLC** United States Court of Appeals for the Second Circuit, 268 F.3D 58 (2001).



& Merlin Biomed	Citado en: § 52
Ms Dealer v. Franklin	<u>MS Dealer Serv. Corp. v. Franklin</u> , 177 F.3d. 942, 947 (11th Cir. 1999) Citado en: § 45
National Property Fund y Estado X v. Compañía Y.	Caso de UNCITRAL, del 31 de agosto de 2004. Citado en: § 60
Proshred v. Conestoga	Proshred Holdings v. Conestoga et al United States District Court for the Northern District of Illinois, Eastern Division, 2002 U.S. Dist. LEXIS 9384 Citado en: § 23
Ryan Sons v. Rhone.	<u>J.J. Ryan & Sons, Inc. v. Rhone Poulenc Textile, S.A.</u> , 863 F.2d 315 (4th Cir. 1988) Citado en: § 45
Sarhank Group v. Oracle Corp	Sarhank Group v. Oracle Corp., 404 F.3d 657 (2d Cir. 2005). Citado en: § 42
Société Bec Frères v Office des céréales de Tunisie	Cour d'appel Rouen, 20 June 1996, <i>Société Bec Frères v Office des céréales de Tunisie</i> , Rev Arb 263 (1997) Citado en: § 35
Techniques de l'Ingénieur v. Sofel	Tribunal de Grande Instance de Paris, 1 de febrero de 1979, (1980) Rev. Arb. 97 Citado en: § 17
Thomson CFS v. Evans	Thomson-CSF, S.A. v. American Arbitration Association, Evans & Sutherland and Computer Corporation United States Court of Appeals for the Second Circuit, 64 F.3d 773, (1995) Citado en: § 53
Total Chine	Total Chine v. EMH 1989 Rev. Arb.328. Citado en: § 1
Tribunal Supremo de España	Sentencia de fechas 5 de abril y 22 de diciembre de 2006 citadas en Sentencia Provincial de Zamora de 9 de marzo de 2010; RJ 401/2010. Citado en: § 120



Westland Case

ICC case no 3879 (1984), Westland Helicopters Ltd [y](#) Arab
Organization for Industrialization and others

Citado en: § 35



ÍNDICE DE NORMAS

CIAC	Reglamento de Procedimiento CIAC
CNUDMI	Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional
Convención de Nueva York	Convención Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras
Ley Modelo CNUDMI	Ley Modelo sobre contratación de bienes y servicios
Ley Federal de Derecho Internacional Privado	Ley Federal de Derecho Internacional Privado del 18 de diciembre de 1987 Suiza
Principios UNIDROIT	Principios UNIDROIT sobre los Contratos Internacionales 2004
Convención Interamericana	Convención Interamericana de Derechos Humanos
Declaración Universal de Derechos Humanos	
Resolución 1989	Resolución 1989 Instituto de Derecho Internacional



HECHOS

DEMANDANTES Fancy Wagons S.A. (en adelante, “FW”), una sociedad anónima constituida en Marmitania, cuya principal actividad es la renovación y decoración de vagones para trenes metros y tranvías.

DEMANDADOS Ferroturismo E.S.P. (en adelante, “Ferroturismo”), una sociedad de economía mixta cuya actividad principal es la gestión y mantenimiento de la línea férrea turística que une Puerto Madre con El Quijote; por otra parte, la República de Costa Dorada, quien detenta más del 50% de las acciones de Ferroturismo.

Principios del 2008 Alan Brito es nombrado Ministro de Turismo y Materias Aledañas de la República de Costa Dorada, autoridad de tutela de la Ferroturismo que mantiene y gestiona la vía férrea Puerto Madre – El Quijote, y en su calidad de tal es miembro y presidente de la Junta Directiva de Ferroturismo.

Comienzan los trabajos por parte de Ferroturismo para determinar la situación de las vías férreas de Puerto Madre – El Quijote, de lo que surge la determinación de renovar los vagones.

A los efectos de realizar tal negocio, el Gerente General de Ferroturismo consultó sobre la necesidad de realizar una licitación (Oficio N° 004 de 2008). El asesor jurídico del Ministerio, Dr. Ulpiano, contesta por medio del Oficio N° 345 de 2008 que dada la naturaleza del contrato (contrato de renovación y decoración de vagones) no era necesario hacer un llamado a licitación, por lo que se podía contratar directamente.

2 de agosto FW y Ferroturismo celebran el contrato para la renovación y decoración de vagones. Brito firmó el contrato en su calidad de Ministro de Turismo y Materias Aledañas como Parte Interviniente. En virtud del Contrato, FW se obligó a renovar 20 vagones y a decorar 10 de ellos de acuerdo a la novela “¡Ah!”, en un plazo de 6 meses a partir de la firma del Contrato. El precio por renovación por vagón es de US\$ 350.000. El precio por decoración de vagón es de US\$ 200.000 En caso de cumplimiento anticipado, se estableció una prima de US\$ 50.000 por vagón entregado anticipadamente. En caso de cumplimiento fuera de plazo, FW debe pagar a Ferroturismo una multa de US\$ 50.000 por semana de retraso y por vagón. En el contrato se pactó que toda controversia que surgiera se sometería a arbitraje. Como derecho



aplicable se establecieron los Principios UNIDROIT.

- 2 de septiembre** Carta de FW a Merizalde y Brito informándoles del mal estado de los vagones a renovar y pidiéndoles la firma de una Adenda de prórroga de plazo.
- 30 de septiembre** Se celebra la Adenda al contrato, prolongando los plazos de entrega de los vagones por 6 meses adicionales.
- 1 de octubre** Brito renuncia como Ministro tras publicar anécdotas censurables de algunas fiestas memorables que compartió con el Presidente de la República. Merizalde se solidariza con Brito y también renuncia.
- 2 de octubre** El Presidente nombra a Alí Cay Cedo (alias el “Calvo”) como Ministro de Turismo y Materias Aledañas. A su vez, Alí Cay Cedo nombra a Martín Secho (alias “Lagaña”) como Gerente General de Ferroturismo.
- 2009:**
- 31 de julio** FW entrega 10 vagones renovados y 10 vagones renovados y decorados dos días antes del plazo pactado entre las partes. Por consiguiente, exige el pago del precio a través de Factura N° 2-2008 por concepto de renovaciones, decoraciones y prima por entrega anticipada.
- El Dr. Ulpiano afirma en su Oficio N° 412 que la Adenda podría ser nula y sugiere la creación de una comisión técnica para revisar si los vagones cumplían con las especificaciones técnicas previstas en el Contrato.
- La Comisión Técnica concluye que la renovación de vagones se adecuaba a lo previsto en el Contrato, pero no así la decoración.
- Ulpiano recomienda que Ferroturismo le solicite al Ministro de Turismo y Materias Aledañas que termine el Contrato por “falta de causa e ilegitimidad de la Adenda”.
- 15 de octubre** Se le notifica a FW el acto administrativo de terminación unilateral del Contrato.
- 25 de octubre** FW protesta el acto administrativo y le solicita tanto al Ministro como al Gerente General de Ferroturismo que reconsideren su decisión, pero dicha comunicación nunca fue respondida.
- 15 de enero** FW propone un acercamiento entre las partes para arreglar amistosamente el diferendo, aclarando que de no recibir respuesta en 45 días FW se vería obligada a comenzar un arbitraje, pero dicha carta tampoco fue respondida.
- 16 de marzo** FW envía su notificación de arbitraje a Ferroturismo y la República de Costa Dorada, con copia a la Doctora Adriana Polanía Polanía (Directora General de



la CIAC).



PARTE PROCESAL: EL TRIBUNAL ARBITRAL NO ES COMPETENTE PARA ENTENDER EN EL PRESENTE CASO EN VIRTUD DE QUE LA CLÁUSULA ARBITRAL INSERTA EN EL CONTRATO ES INVÁLIDA E INOPONIBLE A LA REPÚBLICA DE COSTA DORADA Y FERROTURISMO

CONSIDERACIONES PREVIAS

1. Los árbitros deben fallar únicamente sobre los elementos alegados por las partes de un arbitraje. En este sentido, la jurisprudencia internacional es conteste en afirmar que los laudos arbitrales son anulables si los árbitros se excedieron en fallar sobre elementos no alegados por las partes [*DiRussa v. Dean Witter Reynolds Inc.*; *Born, capítulo 24*; *Total Chine v. E.M.H.*] pues el arbitraje es esencialmente dispositivo.
2. FW no determina en ningún punto de la demanda las razones por las cuales Costa Dorada debe ser sometida a arbitraje. En consecuencia, este Tribunal no debería fallar sobre las cuestiones no alegadas por la Demandante.
3. Sin perjuicio de ello y a efectos de no menoscabar el derecho de defensa de las Demandadas, a continuación desarrollaremos los argumentos que fundan la pretensión de las Demandadas.

ASUNTO 1: LA SUPUESTA CLÁUSULA ARBITRAL CONTENIDA EN EL CONTRATO ES NULA POR SER PATOLÓGICA

1.1 La supuesta cláusula arbitral no obliga a las partes a resolver los conflictos mediante arbitraje sino que establece una mera facultad de recurrir a arbitraje

4. La cláusula arbitral es un acuerdo de voluntades mediante el cual las partes consienten en someter asuntos litigiosos futuros y eventuales que deriven de un contrato, a la decisión de una o más personas privadas, conocidas como árbitros. Dicha cláusula implica una renuncia a la intervención del juez estatal.
5. A efectos de ser considerada válida la cláusula deberá cumplir cuatro funciones fundamentales: (i) producir efectos obligatorios para las partes; (ii) evitar la intervención de la jurisdicción estatal; (iii) dar a los árbitros el poder para resolver el litigio; y (iv) permitir la organización que conduzca a un laudo [*Derains, p.191*]. De lo contrario, la cláusula será considerada como “cláusula patológica” y no será posible someter el conflicto a arbitraje.
6. De este modo, toda imprecisión que afecte a una cláusula e impida el cumplimiento efectivo de alguna de las cuatro funciones esenciales enumeradas más arriba, acarrea su nulidad [*Davis, p. 369*].



7. El pacto arbitral supone entonces una voluntad clara y manifiesta de excluir los eventuales conflictos que pueden surgir entre las partes contratantes de la órbita de la justicia estatal [*Frignani, p. 560; Lew / Mistellis, / Kröll, p. 128; Rivera, p. 185*], confiando su resolución a un tribunal arbitral, ya sea *ad hoc* o en el marco del arbitraje institucional.

8. En el caso que nos compete, la cláusula arbitral inserta en el Contrato no cumple con los requisitos esenciales de validez que deben contener las cláusulas. En particular, la cláusula no impone la obligación de someter a arbitraje los conflictos derivados del Contrato.

(i) La cláusula no produce efectos obligatorios para las partes

9. La cláusula recita: “*Todas las controversias que resulten de este Contrato o que guarden relación con éste podrán ser sometidas al arbitraje. El proceso se llevará a cabo en idioma español*”.

10. El hecho de que la cláusula contenga la palabra “*podrán*” (ser sometidas al arbitraje) y no la palabra “*deberán*”, confiere a las partes una mera facultad, no imponiéndoles la obligación. El uso de la palabra “*podrán*” sugiere algo diferente a la sumisión obligatoria del arbitraje. Así la función esencial de la cláusula – producir efectos obligatorios entre las partes – no se lleva a cabo [*Davis, p.366*].

11. Cuando las partes acordaron la *posibilidad* de someter sus disputas al arbitraje no se puede decir que existe una cláusula arbitral, ya que no existe un consentimiento auténtico en someterse a arbitraje [*Jain, p.440*]. Por lo tanto, si una cláusula establece que las partes “*podrán* someterse a arbitraje”, no está excluyendo la posibilidad de recurrir a la justicia ordinaria y en consecuencia la cláusula arbitral deviene inválida [*Frignani, p.561*].

12. En el presente caso no es clara ni manifiesta la voluntad de las partes de someterse a arbitraje ya que la cláusula no impone la obligación de someter los conflictos a arbitraje sino una mera facultad de hacerlo. Tal defecto, denominado como una patología de la cláusula, produce como resultado la nulidad de la cláusula y por tanto la imposibilidad de someter las desavenencias al arbitraje.

1.2 Aún cuando se considerara que la cláusula arbitral es válida, se contradice con la cláusula del Contrato que remite a la jurisdicción de Costa Dorada

13. El contrato prevé dos cláusulas que se cancelan entre sí por ser contradictorias. Por un lado se establece una cláusula en la cual se determina que “*podrán*” recurrir al arbitraje como método de resolución de eventuales conflictos (cuya invalidez fue demostrada en el punto 1.1). Por otro lado,



una cláusula que establece la elección del Tribunal de Costa Dorada para resolver las controversias. *[Caso, párrafos 35- 36].*

14. La Suprema Corte de Francia ha establecido que cuando en un contrato hay dos cláusulas de selección de foros, éstas se cancelan por evidente contradicción *[Chang, p.808]*. Por lo tanto, la disputa deberá ser resuelta por la jurisdicción ordinaria, que es el foro que compete por defecto. La misma posición ha sido adoptada en Jurisprudencia *[Freudenberg v. Constructions Navales et Industrielles de la Méditerranée; Demarigny v. Caizabank Monaco citado en Chang]*.

15. Además, la doctrina más recibida sostiene que tratándose de cláusulas contradictorias como la recién señalada, cuando la contradicción se manifiesta en forma evidente, el pacto arbitral no puede rescatarse *[Fouchard / Gaillard / Goldman, p. 269]*. La contradicción es patente cuando una misma cláusula dispone, por un lado, la resolución de los conflictos mediante arbitraje, y por otro, la remisión a la justicia ordinaria *[Frignani, p. 561]*. Tales cláusulas deben ser consideradas por nulas por auto contradictorias. *[Frignani, p. 561; Calbersson v. Schenker]*.

16. En el caso *Techniques de l'Ingénieur v. Sofel*, se discutió la validez de una cláusula que estipulaba: “*en caso de disputa, las partes acuerdan someterse al arbitraje, pero en caso de litigio, el Tribunal de la Seine tendrá jurisdicción exclusiva*”. El Tribunal determinó que dicha cláusula era claramente inválida por ambigua, y esta contradicción supuso un obstáculo insalvable para la efectiva invocación de la jurisdicción arbitral *[Techniques de l'Ingénieur v. Sofel]*.

17. En definitiva, cuando la cláusula arbitral no excluye la posibilidad de recurrir a la jurisdicción ordinaria, dicha cláusula debe tenerse por nula *[Craig / Park / Paulsson, p. 158; Frignani, p. 561]*.

18. Además, en caso que una parte invoque la subsidiariedad de la cláusula de jurisdicción deberá probarlo. De no conseguir probarlo, se tendrá por inválida la cláusula arbitral por ser contradictoria con el contenido del contrato.

19. En nuestro caso, la verdadera intención de FW y Ferroturismo al contratar no era llevar los posibles conflictos a arbitraje sino simplemente plantear la facultad de las partes de convenir someter a arbitraje los eventuales conflictos que surjan de la relación contractual. En caso de no llegarse a un acuerdo posterior sobre esto, deberían recurrir al foro pactado que es el que entendieron que ofrecería más garantías para satisfacer los intereses comerciales que surgen del Contrato.

20. El hecho de que las partes al Contrato hayan incluido una cláusula arbitral junto con una cláusula de jurisdicción no demuestra que Ferroturismo y FW preferían ir a arbitraje antes que a los tribunales de Costa Dorada, ni que se quería evadir la resolución por éstas cortes. Por el contrario, evidencia el hecho de que las partes quieren evitar *the Specific default National Court [Stavros, p. 355]* y elegir un foro específico, determinado por ambas partes de acuerdo a sus intereses comerciales.



21. Por lo tanto, aún cuando el Tribunal entendiera que la cláusula arbitral inserta en el Contrato establece la obligación de las partes de someterse a arbitraje, la cláusula deberá ser considerada nula y carente de todo efecto jurídico por ser contradictoria con la cláusula de elección de jurisdicción aplicable inserta en el Contrato.

ASUNTO 2: COSTA DORADA NO CONSINTIÓ EL ACUERDO DE ARBITRAJE

2.1 Costa Dorada no puede ser parte en el arbitraje dado que no existe cláusula arbitral alguna que lo vincule a dichas partes, ni aceptación o asunción implícita de la jurisdicción arbitral pactada en el Contrato

2.1.1 El sometimiento a arbitraje de una disputa requiere el consentimiento de las partes involucradas

22. Una de las características principales del arbitraje es su naturaleza esencialmente consensual, rasgo que lo distingue de la jurisdicción ordinaria, que, al ser la manifestación del poder del Estado, se impone como forzosa. Lo anterior se traduce en la regla de que nadie puede ser obligado a someterse a arbitraje contra su voluntad [*Redfern / Hunter, pp. 148-51; Lew / Mistelis / Kröll, p. 99; AT & T v. Communications; Proshred v. Conestoga, p. 7- 8*]. El arbitraje requiere el consentimiento de las partes, ya sea expreso o tácito [*Bridas, p. 353*], más aún tratándose de una renuncia de las partes a dirimir sus disputas ante la jurisdicción ordinaria [*Lew / Mistelis / Kröll, p. 128*].

23. La jurisprudencia ha reafirmado en reiteradas ocasiones la regla del consentimiento en materia arbitral. Así un Tribunal *ad hoc* en un arbitraje bajo las reglas de UNCITRAL, expresó que: “*Contrariamente a lo que sucede en las contiendas sometidas a la jurisdicción ordinaria [...], en el arbitraje solo quienes son parte del acuerdo arbitral escrito pueden participar en dicho proceso, ya sea como demandantes o demandados. Esta regla cardinal, inherente a la naturaleza voluntaria del arbitraje, está internacionalmente reconocida en el Art. II de la Convención de Nueva York. [...]. Consecuencia directa de lo anterior es que las partes que no suscribieron acuerdo arbitral alguno, ya sea directamente, o a través de apoderado, no pueden participar del arbitraje.*” [*Banque Arabe, p. 20*].

24. Dicho de otra forma, cuando un tribunal arbitral debe determinar quiénes son partes del proceso arbitral, debe establecer necesariamente quienes consintieron el acuerdo arbitral. [*Hanotiau, p. 7*].



2.2 Costa Dorada no consintió el arbitraje

2.2.1. Costa Dorada no consintió el arbitraje en forma expresa

25. De acuerdo a lo dispuesto por el Art. II de la Convención de Nueva York, el consentimiento expreso se otorga mediante un acuerdo escrito firmado por las partes u otorgado en un intercambio de cartas o telegramas [*Convención de Nueva York, Artículo II*] ya que supone la renuncia a un derecho humano fundamental como lo es el derecho de acción frente a los tribunales estatales [*Convención Interamericana de Derechos Humanos, Artículo 25; Declaración Universal de Derechos Humanos, Artículo 8; Lew / Mistelis / Kröll, p. 130*]. En este sentido, el pacto arbitral supone una voluntad clara y manifiesta de excluir los eventuales conflictos que pueden surgir entre las partes contratantes de la órbita de la justicia estatal [*Frignani, p. 560; Lew / Mistellis, / Kröll, p. 128; Rivera, p. 185*], confiando su resolución a un tribunal arbitral. El acuerdo escrito es considerado una prueba fehaciente del consentimiento de las partes en este sentido, y como tal, no puede dar lugar a ambigüedades [*Craig / Park / Paulsson, p. 158*].

26. El consentimiento expreso se mide, en primer lugar, por la calidad de signatario [*Bridas, p. 353, Lew / Mistelis / Kröll, p. 99*], salvo contadas excepciones. De los hechos del caso que nos ocupa se desprende que el Estado de Costa Dorada nunca consintió ni aceptó someterse a jurisdicción arbitral en forma expresa. En primer lugar, no suscribió el Contrato que contiene la cláusula de jurisdicción que la Demandante pretende oponerle, ni ningún otro documento que contenga una obligación arbitral que la vincule con FW. La firma del Ministro Brito existente en el Contrato fue hecha sólo en su calidad de autoridad de Ferroturismo, mas no como representante de Costa Dorada [*Caso, párrafo 27*].

27. La jurisprudencia ha indicado que existe una presunción relativa de que las partes que celebran un contrato lo hacen para que surta efecto exclusivamente entre sí mismas [*Fleetwood v. Gaskamp, p. 1075-76*] de acuerdo al principio de relatividad de los contratos. Esta presunción, cae cuando se logra demostrar fehacientemente que existe una manifiesta intención de beneficiar o abarcar a un tercero no signatario, intención que debe estar claramente expresada en el texto del acuerdo [*Fouchard / Gaillard / Goldman, p. 281; Accord v. Azure, p. 36*].

28. El Contrato no otorga a Costa Dorada ningún beneficio directo, ni le impone obligación alguna en forma expresa. Con ello se demuestra que las partes, no tuvieron intención de permitir que Costa Dorada quede comprendida por la jurisdicción arbitral allí pactada, ni de ninguna otra forma abarcada por el Contrato [*Bridas, p. 362.*].

29. Todo ello determina que el Contrato, con su correspondiente cláusula de jurisdicción, no resulte oponible a Costa Dorada, conclusión que se condice además, con el principio de relatividad



de los contratos [*Bridas., p. 355*].

30. Debido a que Costa Dorada nunca firmó el Contrato, no existió consentimiento expreso a la jurisdicción arbitral. A su vez, nunca fue la intención de las partes contratantes incluir a Costa Dorada en la relación contractual.

ASUNTO 3: LA CLÁUSULA ARBITRAL CONTENIDA EN EL CONTRATO NO ES VINCULANTE NI OPONIBLE A LA REPÚBLICA DE COSTA DORADA

31. Si bien en el escrito de demanda no se hace referencia expresa al punto, sostenemos que Costa Dorada no puede ser llamada a arbitraje por FW, ya que no es parte del contrato celebrado entre Ferroturismo y FW.

3.1. Costa Dorada y Ferroturismo son dos personas jurídicas diferentes e independientes

32. Ferroturismo es una persona jurídica diferente a Costa Dorada. Tal como se analizará en las Consideraciones Previas de la Parte Sustantiva, Costa Dorada y Ferroturismo son dos personas jurídicas diferentes por lo que es necesario definir la validez y oponibilidad de la cláusula arbitral respecto de cada una de ellas. De acuerdo al artículo 7 de la resolución de 1989 del Instituto de Derecho Internacional [*Resolución 1989*] el acuerdo a ir a arbitraje de un ente estatal no implica en sí mismo el consentimiento del Estado para ser parte del arbitraje.

33. El mero hecho de que el Estado sea el titular de la entidad y ejerza cierto control sobre ella no es suficiente en sí para justificar una extensión del acuerdo arbitral al Estado [*Resolución 1989*] [*Lew / Mistelis / Kröll p. 733*]. La regla es que se respete la separación legal entre el Estado y la entidad en el caso con una presunción de que cuando un Estado no ha firmado el acuerdo arbitral, la entidad que la ha firmado debe considerarse como la única parte del acuerdo arbitral [*Dumez v. Etat*]. Es más, aprobación subsiguiente por parte del Estado no es suficiente para obligar al Estado a arbitrar [*Lew / Mistelis / Kröll p.734*].

34. Como mencionamos, el hecho de que la personería jurídica de la República de Costa Dorada sea independiente de la de Ferroturismo hace que sean necesarios ciertos requisitos adicionales para poder llevar al Estado arbitraje. Sobre estos requisitos se pronunció un Tribunal Federal Suizo en el caso Westland [*Westland Case*] donde la organización paraestatal estaba conformada por ministros, diciendo “*el control estricto de una entidad legal por el estado, o la estrecha relación entre ambos no es suficiente para vencer la presunción de que cuando el estado no ha firmado la cláusula arbitral, el ente que si la firmo, debe ser considerado como la única parte del arbitraje*”. Esta postura ha sido confirmada numerosas veces, siendo la única excepción de la regla cuando el Estado



interviene de modo diario en el curso del negocio [*Société Bec Frères v Office des céréales de Tunisie*]. En los casos que el ente instrumental tiene personalidad jurídica propia -como en el caso de Ferroturismo- cuando dicha entidad suscribe un contrato se obliga por sí sola, no extendiendo sus obligaciones -entre ellas la cláusula arbitral- al Estado con el cual se encuentra vinculado. Solamente se puede considerar parte del contrato al Estado en cuestión si se logra comprobar alguna de las siguientes circunstancias: (i) que el Estado consintió someterse a arbitraje o (ii) que no se pueda demostrar la personalidad jurídica independiente del ente instrumental [*Lew/ Mistelis/Kroul, p. 738-739*].

35. De la demanda no surge que Costa Dorada consintiera explícita o implícitamente someterse a arbitraje, así como tampoco surge la dependencia o interrelacionamiento entre Ferroturismo y Costa Dorada.

36. Por lo tanto, ambas son personas jurídicas diferentes e independientes.

3.2. La cláusula arbitral no es oponible a Costa Dorada por no ser parte del Contrato

37. El 2 de agosto de 2008, la empresa Ferroturismo realizó un contrato con FW el cual fue suscrito por el presidente de la Junta Directiva [*Caso, párrafos 24 y 27*]. Sin perjuicio que el Ministro Brito fuera quien suscribiera el contrato por parte de la empresa Ferroturismo, es necesario mencionar que el mismo lo realizó en virtud de su calidad de presidente de la Junta Directiva de la referida sociedad. En tal sentido, cabe destacar la sentencia de la Corte de Apelaciones de París de fecha 12 de julio de 1984 en el caso Estado de Egipto v. SPP [*citada por Hanotiau, p. 63-65*], en la cual la Corte entendió que la firma de un Ministro en un contrato que contuviera una cláusula arbitral, no bastaba para llamar a arbitraje al Estado de Egipto ya que dicho Ministro firmaba en su calidad de autoridad de tutela, pero no en representación del Estado. Tal como surge de los párrafos 24 y 27 del caso, el Ministerio de Turismo y Materias Aledañas es la autoridad de tutela de la sociedad Ferroturismo y el Ministro, como fue mencionado anteriormente, el Presidente de su Junta Directiva.

38. Asimismo, en el caso Pyramids, la Corte de Apelaciones de París entendió que la firma del Ministro de Turismo, en un contrato entre una empresa privada de Hong Kong y una entidad egipcia controlada por el estado, no habilitaba la extensión de la cláusula arbitral al estado egipcio sino que operaba a modo de autorización para que dicha entidad pueda contratar. Es decir, solamente, respondía a un requisito de funcionamiento interno de la entidad egipcia [*Caso Pyramids citado en Lew/Mistelis/Kroul, p. 739-742*].

39. En el caso de Ferroturismo y Costa Dorada entendemos que se verifican circunstancias análogas y por tanto no corresponde hacer extensivo el acuerdo arbitral a Costa Dorada. La firma del



contrato por parte del Ministro es también un requisito preceptivo para que Ferroturismo pueda contratar en tanto que es el Presidente de la Junta Directiva, siendo lógicamente el representante estatutario de la mencionada entidad [*Lew/Mistelis/Kroul, p. 739-742*].

40. Por lo tanto al no ser parte del Contrato firmado entre FW y Ferroturismo Costa Dorada no se encuentra obligada por las disposiciones de éste y no se encuentra alcanzada por la cláusula arbitral.

3.3. Costa Dorada no puede ser llamado a arbitraje como tercero

41. En principio los contratos son inoponibles a terceros, dado que los mismos no pueden crear obligaciones o derechos a terceros o favor de ellos [*Rivera, p. 136; UNIDROIT, 1.3*]. Consecuentemente solo las partes del contrato están obligadas por la cláusula arbitral y los terceros que no han prestado su consentimiento al convenio arbitral no están obligados por él no estando obligados a participar de un arbitraje, ni excluidos de recurrir a la justicia estatal.

42. La Corte de Apelaciones de Estados Unidos del Segundo Circuito, en *Sarhank Group v. Oracle Corporation*, sostuvo que la cláusula arbitral es “siempre” voluntaria y, por tanto entendió que los árbitros carecen de facultades para extender el alcance de su jurisdicción a los terceros no signatarios de la cláusula arbitral [*Sarhank Group v. Oracle Corp.*]. Adicionalmente, jurisprudencia alemana e inglesa, se muestran contrarias a admitir los efectos vinculantes de la cláusula arbitral respecto de terceros [*Caivano, p. 137*].

43. Tanto doctrina como jurisprudencia se basan en diferentes doctrinas tales como, “interrelacionamiento”, o la teoría del Estoppel [*Lew/ Mistelis/ Krouml, p. 733-735; Born, p. 1141-1142*], a los efectos de llamar a un tercero no signatario de la cláusula arbitral a arbitraje.

44. A continuación analizaremos cada una de estas teorías a los efectos de demostrar que la República de Costa Dorada tampoco puede ser llamado a arbitraje como tercero.

3.3.1. La teoría del interrelacionamiento no es aplicable

45. La jurisprudencia ha sostenido en los casos que dos sociedades son inseparables cuando ambas tienen participación en los hechos que dan lugar a una demanda y logra probarse un control efectivo total de forma tal que no existen dos voluntades diferentes sino una sola que se impone por sobre la otra, o cuando la única consecuencia de no diferenciarlas sea el fraude, se debe someter a las dos a arbitraje, [*Ryan Sons v. Rhone; MS Dealer v. Franklin; Hanotiau, p.28; Tang, p.4; Bridas; Hanotiau, p. 99*]. Este es el caso de los Estados cuando realizan transacciones de naturaleza económica por intermedio de una persona jurídica distinta, siempre que el Estado mantenga un control absoluto sobre dicha persona jurídica y ambas entidades se encuentren vinculadas por sus actos.



46. La Demandante no probó en la demanda que exista vinculación alguna entre de Costa Dorada y Ferroturismo. Los referidos extremos no fueron invocados, así como tampoco acreditados. Sin perjuicio, de esto podría interpretarse que conforme a ciertos factores como ser la participación accionaria del Estado en Ferroturismo y la existencia de directores en común podría aplicarse esta teoría.

47. Sin embargo, atendiendo al contexto fáctico del presente caso, la teoría del interrelacionamiento no es aplicable.

48. Esta teoría no puede ser aplicada puesto que sus supuestos no encuadran en los hechos que dan lugar a la demanda. En primer lugar, no puede considerarse que haya existido fraude por parte de Ferroturismo o del Estado de Costa Dorada, pues no hay ningún engaño calificado sino que ambas partes procedieron en todo momento conforme a la buena fe. Es decir, de acuerdo al caso [*Caso, párrafos 23, 39 y 46*] se consultó tres veces al Dr. Ulpiano a los efectos de evitar ilegalidades y se convocó una comisión técnica a los efectos de verificar si los vagones se adecuaban a lo pactado [*Caso, párrafo 47*].

49. La Demandante tampoco probó la existencia de un control absoluto del Estado sobre Ferroturismo. En tal sentido vemos como, justamente, el director financiero de Ferroturismo el Ec. Mantilla es quien decide en mérito al incumplimiento de los plazos originariamente pactados no pagar la prima por entrega anticipada [*Caso, párrafo 45*]. Esta decisión demuestra que existe autonomía, puesto que la decisión fue tomada sin consulta previa al Ministerio. Es evidente la importancia de tal decisión que es la que origina la controversia, demostrativo además que si existiese un control absoluto nunca se hubiese tomado tamaña decisión sin por lo menos, consultar al Estado previamente.

3.3.2. Costa Dorada no puede ser llamado a arbitraje en virtud del Equitable Estoppel

50. La República de Costa Dorada no queda sujeta a la cláusula arbitral en virtud de la doctrina del Estoppel. Asimismo es de principio, y como fue expuesto en el punto 3.3, que los no signatarios del acuerdo arbitral no se encuentran vinculados al mismo. La teoría del Estoppel establece que no es posible que alguien niegue o afirme la existencia de un hecho determinado, debido a que antes se haya ejecutado un acto, hecho una afirmación, o formulado una negativa, en el sentido precisamente opuesto [*Avila Group Inc. v. Norma J. of California; Caivano, p.130*].

51. Tanto jurisprudencia [*Avila Group, Inc. v. Norma J. de California; Elf. Aquitaine v. Grupo Orri; Christopher et al v. Netscape Communications Corporation and America Online*] como doctrina [*Caivano, p. 130; Aguilar Gredier Arbitraje Comercial Internacional y Grupos de Sociedades, p. 14; Hanoutiau, n. 14*] son unánimes en aplicar la teoría del Estoppel en los procesos



arbitrales a los efectos de no permitir que un comportamiento contrario a la buena fe, lleve a la exclusión de un tercero sólo porque no es parte en el sentido formal.

52. En este sentido también se requiere, como uno de los elementos que configuran el Estoppel, que el tercero no signatario goce de un beneficio real y efectivo derivado del contrato del cual no es parte y consecuentemente no pueda desconocer el referido contrato [*MAG v. Merlin, p. 7*].

53. Asimismo, la jurisprudencia norteamericana se ha pronunciado reiteradas veces respecto de la naturaleza del beneficio mencionado supra a los efectos de poder invocar con éxito la teoría del Estoppel. Se han considerado beneficios directos: (i) uso de la marca de uno de los contrayentes por el no signatario [*Deloitte Noraudit v. Deloitte Haskins*], (ii) el explotar la obligación de exclusividad pactada en un contrato entre terceros [*Thompson-CFS. v. Evans*], o (iii) la obtención de un seguro a primas considerablemente reducidas [*American Bureau v. Tencara*].

54. En virtud de los extremos expuestos, en primer lugar debemos decir que si bien en la demanda no se hace mención alguna respecto de la conducta de Costa Dorada durante la negociación del contrato así como la celebración del mismo, la participación activa en la celebración del contrato entre Ferroturismo y FW fue la del Ministro Brito, pero en su calidad de Presidente de la Junta Directiva de Ferroturismo, como ya fue mencionado. Asimismo, de los hechos del caso y de lo alegado por la demandada no se desprende un comportamiento contrario a la buena fe por parte de Costa Dorada, con el fin de eludir la cláusula arbitral.

55. En este sentido, cabe destacarse que Costa Dorada, tampoco obtuvo beneficio alguno, ya sea económico o material, que amerite se le oponga una jurisdicción arbitral que nunca consintió. Es por ello que Costa Dorada no puede ser llamada a arbitraje por la teoría del Estoppel.



PARTE SUSTANTIVA: FERROTURISMO Y COSTA DORADA NO ESTÁN OBLIGADAS A INDEMNIZAR A FW POR NINGÚN CONCEPTO

CONSIDERACIONES PREVIAS: FERROTURISMO ES UN ENTE INSTRUMENTAL DE COSTA DORADA

56. Ferroturismo debe ser considerado un ente instrumental de la República de Costa Dorada ya que cumple con los requisitos establecidos tanto por la doctrina como por la jurisprudencia de la ICC para determinar la existencia de lo que también se ha denominado *emanation o instrumentality*.

57. Los requisitos para ser considerado un ente instrumental del Estado son los siguientes: (i) personalidad jurídica propia del ente instrumental; (ii) relación de instrumentalidad o dependencia con la Administración que lo crea; y (iii) el objeto y operaciones realizadas deben estar en función del cumplimiento de los cometidos del Estado [*Delpiazzo, p. 81; Ballesteros (1), p. 81*].

58. Respecto al primer requisito, la personalidad jurídica distinta formalmente de la del Estado es el eje de la instrumentalidad y el fundamento para determinar que la Administración con la cual se tiene la relación de instrumentalidad no responda por los actos del ente [*Meilan Gill, p. 975; Garrido Falla, p. 29*]. En el presente caso, Ferroturismo adoptó la forma de Sociedad de Economía Mixta, por lo que goza de personalidad jurídica propia.

59. El propio Tribunal de la ICC sostuvo que el hecho que la entidad demandada fuese propiedad del Estado y controlada por éste de ninguna manera implicaba que la referida entidad no tuviera personalidad jurídica propia [*European State Company v. Middle East State Company*].

60. Con relación al segundo requisito, la relación de instrumentalidad o dependencia con la Administración que lo crea, cabe destacar que es la Administración quien crea este tipo de entes y los mantiene “*sometidos a su dirección y control*” [*Delpiazzo, p. 80*]. En *National Property Fund y Estado X v. Compañía Y* se determinó que el *National Property Fund* era un ente instrumental del Estado X debido a que los miembros de su Junta Directiva eran electos por el Gobierno del Estado X, careciendo de autonomía respecto de la toma de decisiones concernientes a la dirección de la empresa [*National Property Fund y Estado X v. Compañía Y*].

61. En el presente caso, la República de Costa Dorada detenta más del 50% de las acciones de Ferroturismo [*Aclaraciones, párrafo 3 del punto I*] y el Sr. Brito, en su calidad de Ministro de Turismo y Materias Aledañas de Costa Dorada, es también miembro y Presidente de la Junta Directiva de la sociedad Ferroturismo.

62. Por otra parte, el Gerente General de Ferroturismo - el Sr. John Jairo Merizalde U - fue nombrado como tal por el Ministro Brito. Adicionalmente, dos de los restantes cuatro miembros de la Junta Directiva - además del Ministro en su calidad de Presidente de la Junta - son directamente



designados por el Gobierno Central. De esta forma, si bien los miembros son designados tanto por los accionistas privados como por el Gobierno Central, dos de ellos son los designados por los restantes accionistas y tres por el Gobierno, contando así con una mayoría en la composición y toma de decisiones.

63. Además, a lo largo de las negociaciones del presente contrato se manifestó la tutela del Ministerio sobre Ferroturismo. En efecto, fue el Ministro Brito quien recomendó la contratación con FW y el asesoramiento jurídico fue brindado por el departamento jurídico de su Ministerio.

64. A la luz de lo anteriormente expuesto se concluye que la Costa Dorada, en particular el Ministro de Turismo y Materias Aledañas, ejerce pleno control y dirección sobre Ferroturismo.

65. Por último, Ferroturismo tiene como actividad principal la gestión y mantenimiento de la línea férrea que une el tramo Puerto Madre – El Quijote [*Caso, párrafo 5*], siendo el transporte uno de los cometidos del Estado, y en este caso teniendo particular relevancia para el turismo de Costa Dorada. Por lo tanto, como el objeto y las operaciones de la entidad están en función de uno de los cometidos del Estado [*Delpiazzo, p. 80*], se verifica el tercer requisito.

66. En conclusión, verificados los tres extremos que caracterizan a los entes instrumentales de un Estado, Ferroturismo debe ser considerado un ente instrumental de la República de Costa Dorada.

ASUNTO 1: FW INCUMPLIÓ CON LA OBLIGACIÓN ESCENCIAL DE DECORAR LOS VAGONES POR LO QUE FERROTURISMO NO SE ENCUENTRA OBLIGADO A ABONAR LA FACURA

67. La Demandante alega que los Principios UNIDROIT son la ley aplicable al fondo de la controversia y entiende que la obligación de decorar los vagones es una obligación de medios.

68. Sin perjuicio que en el Asunto 3 demostraremos que el contrato se rige por el Derecho Público y Costa Dorada se encuentra facultada para rescindir unilateralmente el contrato, demostraremos que las obligaciones contractuales de renovar y decorar los vagones son obligaciones de resultado en aplicación de los mismos Principios UNIDROIT invocados por la Demandante.

69. Por lo tanto, FW incumplió con su obligación esencial de decorar los vagones, y Ferroturismo no abonó la factura N° 2-2008 en virtud de dicho incumplimiento. Ferroturismo se encuentra entonces en condiciones de rescindir el contrato dado que FW ha incurrido en un incumplimiento esencial.

1.1. Las obligaciones de renovar y decorar los vagones que surgen del Contrato son



obligaciones de resultado

70. A pesar de que la Demandante haya entendido que la obligación de renovar los 20 vagones consiste en una obligación de resultado y la obligación de decorar los 10 vagones en una obligación de medios, ambas constituyen obligaciones de resultado y FW incumplió con su obligación de decorar los vagones conforme a la descripción de la novela “¡Ah!”.

71. Se entiende por obligación de resultado aquella en que el deudor garantiza la obtención de un resultado determinado. Es por ello que lo que importa en este tipo de obligación es si se alcanzó o no el resultado esperado. En cambio, en las obligaciones de medios lo trascendente es la actividad del deudor, el servicio prestado por éste; de modo que, el resultado obtenido no es lo primordial, sino la diligencia y aplicación con las cuales se desarrolló la actividad debida [UNIDROIT, 5.1.4].

72. En la obligación de resultado, el deudor no se obliga solamente a desplegar una simple actividad diligente con vistas a la consecución de un determinado resultado, sino que es precisamente el logro de este concreto resultado el que se constituye en contenido de la prestación del deudor, en lo debido por éste. En cambio, cuando se trata de prestaciones de actividad o de medios, el contenido de la prestación del deudor, el “*facere*”, se agota en el simple despliegue o desarrollo de una actividad o conducta diligente –diligencia que puede ser técnico-profesional o común-, sin que se integre en el contenido de la prestación del deudor –en lo debido por éste- el logro o consecución del fin o resultado al que tal actividad o conducta está teológicamente enderezado” [De Ángel Yáñez, p. 420].

73. La Audiencia Provincial de La Coruña se pronunció en un caso relacionado a la contratación de una empresa con el fin de ampliar y decorar un local comercial, expresando que “*se define el contenido de la prestación del deudor a partir de la inclusión o no en la prestación comprometida del logro o de la realización de aquel «interés primario» del acreedor que subyace en la constitución del vínculo obligatorio, de modo que el deudor no se obliga solamente a desplegar una actividad diligente con vistas a la obtención de un determinado resultado, sino que es el logro de ese resultado concreto el que se constituye en contenido de la prestación del deudor*” [Audiencia Provincial de La Coruña, p. 17].

74. En el presente caso, la obligación de renovar consiste en una obligación de resultado, y lo mismo debe entenderse de la obligación de decorar los vagones. Esto último se debe a que a Ferroturismo en ningún momento le interesó la actividad del deudor en sí, sino que por el contrario lo que se buscó fue la obtención de un resultado. Esto quiere decir que Ferroturismo contrató con FW para obtener un resultado específico, no porque le interesara la realización de una actividad determinada.



75. El Tribunal podría entender que la obligación de decorar es obligación de medios porque el gusto por la decoración es subjetivo, ya que depende de la apreciación de cada persona. No obstante, si se toma en cuenta que FW es una empresa altamente especializada y con una gran experiencia en la decoración de vagones, no se puede aceptar el resultado obtenido. Esto se debe a que en ningún momento se consiguió la “*atmósfera de felicidad y ligereza*” que se buscó al momento de contrato. Uno de los elementos a tomar en cuenta para determinar el tipo de obligación es la actividad que ordinariamente desarrolla el sujeto obligado; en el caso es evidente que FW es una empresa especializada en la renovación y decoración de vagones, como surge de sus propios estatutos.

76. Es por ello que es inaceptable considerar la obligación de decorar los vagones como una obligación de medios, dado que es la especialización de la empresa.

77. Para analizar la decoración de los vagones se creó una Comisión Técnica, la cual tuvo como objetivo determinar si se había cumplido con la renovación y la decoración de éstos. La Comisión concluyó que no se cumplió con ésta última.

78. Cabe destacar que la Comisión tuvo como única finalidad determinar si se había verificado la decoración tal como se pactó en el contrato, y dicha determinación la realizó de forma objetiva, sin ningún tipo de presión por parte de la parte demandada, por lo cual el informe se debe tomar como un medio de prueba representativo de la realidad y no como una declaración subjetiva. Por lo tanto, el informe de la Comisión debe reputarse como técnico, imparcial y confiable [***Aclaraciones, punto III***].

79. Con la intención de argumentar que la obligación de decorar consiste en una obligación de medios, la Demandante invoca el artículo 5.1.5. literal (d) de los principios UNIDROIT, pero omite hacer referencia a los restantes literales, que deben ser estudiados en su conjunto para determinar el tipo de obligación [***Principios sobre los contratos internacionales comerciales, p. 106-108***].

80. El primer literal establece que se deberán tomar en cuenta “(a) *los términos en los que se describe la prestación en el contrato*”. En el contrato se estableció que FW se obligaba a renovar 20 vagones y a decorar 10 de éstos, de acuerdo con la descripción de la novela “*¡Ah!*”; no se estableció como obligación llevar a cabo una actividad diligente para decorar los vagones. A su vez, es posible encontrar la intención de obligarse a obtener un resultado, en la oferta formal que le envió FW a Ferroturismo, donde se ofrecían a decorar 10 vagones tal y como Alan Brito lo había descrito en su novela “*¡Ah!*”.

81. El segundo literal expresa que “(b) *el precio y otros términos del contrato*” serán elementos de gran importancia para disipar el tipo de obligación a que se obliga el deudor, dado que si se abona un precio excesivamente alto se espera que se obtenga un resultado determinado. En nuestro caso, no se puede esperar que por la suma de U\$S 200.000 por vagón, FW sólo colgara 10 piñatas e instalara



algunas luces de colores, lo que resulta definitivamente insuficiente e impropio de una empresa especializada en la decoración de vagones. En efecto, de haber pretendido tal sencillez en la decoración Ferroturismo podría haber contratado a cualquier otra empresa menos especializada para que por un precio menor colgara piñatas e instalara luces de color en los vagones.

82. En el siguiente literal se menciona que “(c) *el grado de riesgo que suele estar involucrado en alcanzar el resultado esperado*”, es un factor concluyente, dado que dependiendo del riesgo de la actividad, es que se determina el tipo de obligación. Sin lugar a dudas, es imposible imaginar un riesgo para FW en llevar a cabo la decoración de unos vagones. Por cierto, no se trata de una actividad aleatoria, dado que no influye ningún factor externo que pueda llegar a frustrar dicha actividad.

83. Es verdad que si se toma en cuenta únicamente el último literal: “(d) *la capacidad de la otra parte para influir en el cumplimiento de la obligación*”, como lo hizo la Demandante, se podría llegar a entender que se trata de una obligación de medios, pero es fundamental tener en cuenta que no se debe aplicar únicamente este parámetro, sino que por el contrario se deben considerar todos los criterios previstos en los Principios UNIDROIT. Asimismo, es necesario tener en cuenta que este artículo no es taxativo y que corresponde recurrir a otros factores para determinar el tipo de obligación, como por ejemplo, el sujeto obligado, en este caso, una empresa especializada en la decoración de vagones.

84. Por último, la intención de pactar obligaciones de resultado y no de medios queda demostrada con el hecho de que las partes hayan acordado tanto primas por entrega anticipada como multas por entrega tardía [*Caso párrafos 33 y 34*], dejando entrever la importancia del efectivo resultado y no de la mera diligencia en el cumplimiento de las obligaciones.

85. En suma: la obligación asumida por FW de decorar los vagones de Ferroturismo consiste en una obligación de resultado.

1.2. FW incumplió con la obligación de decorar los vagones

86. La Demandante alega que FW cumplió en forma satisfactoria con las dos obligaciones a las cuales se comprometió en el Contrato, ya que: (i) renovó los veinte vagones, y (ii) decoró diez vagones. FW justifica su cumplimiento alegando que los vagones fueron entregados antes del vencimiento del plazo y que la decoración de los mismos fue satisfactoria dado que se cumplió con la “calidad razonable” exigida por los Principios UNIDROIT.

87. El artículo 7.1.1 de los Principios UNIDROIT establece que el incumplimiento consiste en: “*la falta de ejecución por una parte de alguna de sus obligaciones contractuales, incluyendo el*



cumplimiento defectuoso o el cumplimiento tardío” [UNIDROIT, 7.1.1]. La definición de incumplimiento consagrada en los Principios es una definición amplia lo cual implica que la parte que no recibió el cumplimiento tiene derecho a resolver el contrato sin tomar en consideración si el incumplimiento fue o no excusable [*Principios sobre Contratos Comerciales Internacionales, p. 159*]. Este tipo de incumplimiento incluye hipótesis de vicios ocultos y de faltas de calidad sometiendo a estos al mismo régimen que cualquier otro incumplimiento [*De Cores, p. 593*]

88. Contrariamente a lo afirmado por la demandante, en el presente caso, FW no cumplió con las dos obligaciones asumidas en el Contrato, ya que no entregó los vagones decorados de acuerdo a lo estipulado.

1.2.1. FW no decoró los vagones de acuerdo a los criterios pactados en el Contrato.

89. FW incumplió su obligación de decorar los vagones, ya que siendo ésta una obligación de resultado, tal como fue demostrado en el punto 1.1., no se logró el propósito buscado, existiendo en consecuencia un incumplimiento por falta de calidad.

90. Dicha falla devino en un incumplimiento en la obligación de entrega de la cosa debida asumida por FW, que a su vez, constituyó un incumplimiento esencial en los términos del artículo 7.3.1 de los Principios UNIDROIT.

91. El incumplimiento de la decoración de los vagones efectivamente constituye un supuesto de incumplimiento esencial ya que la decoración de los mismos constituía un elemento primordial del Contrato [*Caso, párrafo 47*].

92. Asimismo, y a efectos de determinar si existió o no un incumplimiento esencial resulta fundamental considerar un elenco de circunstancias relevantes que afectan o influyen directamente en la relevancia o peso del incumplimiento [*Principios sobre Contratos Comerciales Internacionales, p. 188*].

93. En este sentido, uno de los elementos que se deben tomar en cuenta a efectos de determinar si el incumplimiento fue o no esencial es si éste priva o no substancialmente a la parte acreedora de sus expectativas [*Principios sobre Contratos Comerciales Internacionales, p. 188-189*]. En el contrato las partes estipularon que el objetivo de la decoración era lograr la creación de una atmósfera de alegría para lograr así promover el viaje entusiasta de los turistas en tren [*Caso, párrafos 13 y 18*]. Asimismo, en el preámbulo del contrato se estableció que el objetivo de éste era el desarrollo del turismo nacional en virtud de lo cual el proyecto revestía importancia no solo para el desarrollo del turismo sino también para la prosperidad de la economía de Costa Dorada [*Caso, párrafo 29*].

94. En el presente caso, la parte deudora entregó los vagones sin haber logrado mediante su decoración crear la atmósfera que se pretendía. Así lo determinó la Comisión Técnica creada a tal



efecto al expresar la misma que: “*la decoración de los 10 vagones, elemento esencial del Contrato, no se correspondía en nada a lo descrito por Brito en ¡Ah!*” [Caso, párrafo 47]. Este informe de la Comisión es técnico, imparcial y objetivo [Aclaraciones, punto III].

95. Por otra parte, otro de los elementos indispensables para determinar si el incumplimiento fue o no esencial es considerar si el mismo causó o no a la parte acreedora una pérdida que pueda calificarse como desproporcionada [Principios sobre Contratos Comerciales Internacionales, p. 190].

96. En el presente caso, Ferroturismo acordó realizar una inversión sustancialmente elevada en decoración, US\$ 200.000 por vagón, para lograr promover el viaje de los turistas en tren reactivando así el turismo de la zona [Caso, párrafo 32]. Habiendo acordado la mencionada inversión, el no haber logrado el efecto deseado conlleva indudablemente una pérdida desproporcionada. Dicha pérdida se refuerza si tomamos en cuenta que para lograr tener los vagones decorados FW se vio privada de disponer de los mismos durante doce meses [Caso, párrafo 40 y 44].

97. El incumplimiento de la demandante es aún más gravoso si se considera que la obligación asumida es pasibles de ser calificada como “intuitu personale” [Ordoqui/ Peirano, p. 556] ya que cuando se decidió contratar a FW se tomó en cuenta que era una empresa especializada en la renovación y decoración de vagones para trenes, metros y tranvías [Caso, párrafo 1].

98. Asimismo, la parte demandante alegó que la calidad que debían reunir los vagones no había sido determinada en el contrato y que por tanto resulta de aplicación el criterio de la “calidad razonable” del artículo 5.6. Discrepamos con el criterio sustentado por la contraria ya que el mencionado concepto de la “calidad razonable” solo resulta aplicable cuando “*la calidad de la prestación no ha sido precisada en el contrato ni puede ser determinada en base a éste*” [UNIDROIT, 5.6].

99. En el presente caso la calidad de la decoración fue perfecta y detalladamente determinada en el contrato ya se estipuló que la decoración debía ser la descripta por el escritor Brito en su novela “¡Ah!”. En concreto, la página 48 de dicho libro describe: “*y los puertomadrenses podrían olvidar a pesadez de la existencia al encontrarse, en una fiesta rodante, en el medio de vagones con luces que parecerían estrellas, bajo un firmamento de confeti y viento alado hecho de pétalos venusianos, viviendo, al fin, al ritmo de músicas desconocidas (de otras galaxias, quizás) en fin, en una atmósfera de felicidad y ligereza*” [Caso, párrafo 13].

100. Por tanto, y en virtud de que la calidad de la cosa fue acordada expresamente por las partes, no corresponde acudir a criterios subsidiarios como el recientemente mencionado de la “calidad razonable” [Principios sobre Contratos Comerciales Internacionales, p. 109-110]. FW se comprometió a decorar los vagones tal cual los describió Brito y los vagones entregados no



reunieron dicha condición de acuerdo a lo resuelto de manera objetiva y por tanto irrefutable por la Comisión Técnica especialmente constituida a tal efecto.

101. En este sentido el Juzgado de Primera Instancia N° 8 de Murcia, España ha entendido que: “*nunca se llegó a efectuar entrega alguna en los términos pactados, entendiendo a partir de lo expuesto, no que ha existido un cumplimiento defectuoso, sino que no ha existido un cumplimiento esencial en cuanto que se ha privado al comprador de lo que esperaba como consecuencia de lo contratado*” [Caso N° 664/2007, p. 4].

102. Si bien podría sostenerse que respecto al incumplimiento de la obligación de decorar cabía la posibilidad de que el deudor subsanara su incumplimiento de acuerdo a lo estipulado en el artículo 7.1.4 de los Principios, tal oportunidad precluyó por el transcurso del tiempo.

103. Esto es así porque la parte deudora no habría cumplido con los requisitos del artículo 7.4.1 para poder subsanar el incumplimiento. Esto se debe a que el artículo mencionado establece que para poder subsanar el incumplimiento: (i) la parte deudora debe sin demora injustificada notificar a la parte acreedora la forma y el momento propuesto para la subsanación; (ii) la subsanación debe ser apropiada a las circunstancias; (iii) la parte acreedora debe carecer de un interés legítimo para rechazarla; y (iv) dicha subsanación debe llevarse a cabo sin demora [UNIDROIT, 7.4.1].

104. Por tanto, FW no está en condiciones de subsanar su incumplimiento porque no cumplió con ninguna de las condiciones mencionadas *supra*, demostrando en consecuencia que nunca fue su intención adecuarse a lo pactado.

105. En virtud de lo expuesto el Tribunal deberá entender que ha existido un incumplimiento esencial por parte de FW al no haber entregado los vagones decorados de acuerdo a lo pactado.

1.2.2. No existe causal de exoneración

106. La Demandante no puede justificar su incumplimiento ya que siendo las obligaciones asumidas “obligaciones de resultado”, de acuerdo a lo establecido en el capítulo anterior, el incumplimiento solo puede justificarse alegando la existencia de fuerza mayor en los términos del artículo 7.1.7. de los Principios UNIDROIT.

107. En el caso, el incumplimiento de la demandante no se debió a ningún “*impedimento ajeno a su control y que, al momento de celebrarse el contrato, no cabía razonablemente esperar*”, por tanto, no cabe la posibilidad de que el incumplimiento se justifique por esta vía [UNIDROIT, 7.1.7].

108. La doctrina ha entendido acertadamente que imposibilidad significa “*falta de posibilidad para existir una cosa o para hacerla, e imposible se interpreta como no posible*” [Alegría, p. 42]. La imposibilidad sería entonces la existencia de un obstáculo insuperable para el deudor, en cuanto la prestación no puede realizarse porque su objeto es inviable [Llambías, p. 86].



109. Asimismo, si el hecho se puede evitar, no se configura la imposibilidad del cumplimiento y por ende, no hay efecto liberatorio [*Salvat / Galli, p. 45*].

110. En el presente caso, el cumplimiento exacto de la obligación de decorar de acuerdo a lo escrito por Brito en “*¡Ah!*”, constituía un factor plenamente controlado y al alcance de la Demandante. Por tal motivo, su incumplimiento carece de justificación.

111. Además, cuando la obligación es de resultado, el deudor debe utilizar para lograr el cumplimiento todos los medios, incluso los más sofisticados y los más desproporcionados a la economía del deudor, que al momento del cumplimiento resulten necesarios para satisfacer al interés del acreedor [*Alegría, p. 50-51*].

112. Al ser la obligación de decorar los vagones una obligación de resultado la posición del acreedor es más favorable porque no está obligado a aportar la prueba de la culpa bastándole con justificar el hecho objetivo: que el resultado no tuvo lugar [*Le Tourneau, p. 376; Bueres, P. 158; Bustamante Alsina, p. 889; Alegría, p. 29*].

113. Por último, la prueba de la imposibilidad indudablemente corresponde al deudor, que pretende ampararse en dicha imposibilidad para obtener su liberación siempre que acredite tal circunstancia [*Torrente / Schlesinger, p. 73*]. En el presente caso, la Demandante no ha esgrimido ninguna razón ni ha intentado probar hecho alguno para justificar el incumplimiento de las obligaciones asumidas contractualmente.

114. Entendemos que queda demostrado que no ha existido causa alguna de exoneración que permita a FW eximirse de su incumplimiento.

1.2.3. Ferroturismo se encuentra en condiciones de rescindir el contrato dado que FW ha incurrido en un incumplimiento esencial

115. El artículo 7.3.1 de los Principios estipula que: “*una parte puede resolver el contrato si la falta de cumplimiento de una de las obligaciones de la otra parte constituye un incumplimiento esencial*”. El hecho que el incumplimiento sea esencial opera como el presupuesto básico para que proceda la resolución del contrato [*Fernández Arroyo, p. 86*].

116. La facultad de Ferroturismo de rescindir el contrato se refuerza si se tiene en cuenta que en el Contrato de Arrendamiento de Obra no alcanza con realizar la obra o hacerla bien, sino que además: i) la obra debe realizarse dentro del plazo convenido [*Ordoqui / Peirano, p. 556*], y ii) debe reunir las características que hayan sido descriptas [*Rubino, p. 209*].

117. Ha quedado demostrado en el punto 1.2. que el incumplimiento de FW en la decoración de los vagones constituye un incumplimiento esencial. Además, se ha demostrado que no existió causa



alguna de exoneración que sirva para justificar dicho incumplimiento. Por lo tanto, FW se encuentra en condiciones de rescindir unilateralmente el contrato.

1.2.4. Ferroturismo no abonó la factura N° 2-2008 en virtud del incumplimiento esencial de FW

118. El artículo 7.1.3. de los Principios establece que: “*Cuando las partes han de cumplir de modo sucesivo, la parte que ha de cumplir después puede suspender su cumplimiento hasta que la parte que ha de hacerlo primero haya cumplido*” [UNIDROIT, 7.1.3]. El presente artículo trata de los remedios de la parte perjudicada y se corresponde funcionalmente con el concepto de *exceptio non adimpleti contractus* (excepción de contrato no cumplido) [*Principios sobre los contratos comerciales internacionales, p.162*].

119. Si bien el texto del artículo no aborda expresamente el problema que surge cuando una parte cumple parcialmente con su obligación pero no en forma completa, se entiende que la parte facultada a recibir la prestación puede igualmente suspender la suya ante el incumplimiento parcial [*Principios sobre los contratos comerciales internacionales, Pág.162; Tribunal Supremo de Barcelona (1)*].

120. El artículo 7.3.1. de los Principios ha recogido una línea fundada en el derecho inglés, que se resume diciendo que una parte podrá dar por terminado el contrato si la falta de la otra parte al cumplir una de las obligaciones contractuales constituye un incumplimiento esencial y se considera que es esencial si priva a la parte perjudicada de lo que tenía derecho a esperar como consecuencia del contrato [*Tribunal supremo de España, párrafo 4*].

121. No basta la mera actividad para entender cumplido el contrato de obra, sino que el resultado pretendido va más allá. Es por esto que si la obra ejecutada no se entrega reuniendo la misma las condiciones requeridas, el comitente puede rehusar el pago del precio que se le reclame; tanto si el contratista no le ha hecho entrega de la obra, como si solamente ha cumplido en parte o ha tratado de cumplir en un modo defectuoso, porque la característica de este contrato es que la obligación del empresario no se agota con la mera ejecución de la obra, sino en una realización que reúna las cualidades prometidas y que además no adolezca de vicios o defectos [*Tribunal Supremo de Barcelona (2), párrafo 6*].

122. En el presente caso, Ferroturismo no abonó la factura N° 2-2008 remitida por FW porque estaba en condiciones de interponer la excepción de contrato no cumplido establecida en la cláusula 7.3.1 de la los Principios [*Caso, párrafo 44*].

123. De acuerdo a lo demostrado *supra*, esta facultad no decae, aún cuando solo se haya incumplido una de las obligaciones asumidas por la demandante, la de decorar los vagones, dado que la misma constituía una obligación esencial.



ASUNTO 2: EN SUBSIDIO, COSTA DORADA NO RESPONDE A TÍTULO PROPIO POR LOS ACTOS DE SU ENTE INSTRUMENTAL FERROTURISMO

124. La Demandante en ningún momento especifica el fundamento de la inclusión de Costa Dorada en la nómina de Demandados, cuando claramente Ferroturismo es una persona jurídica diferenciada. Tampoco aclara si Costa Dorada debe responder a título propio o por un incumplimiento de Ferroturismo, el cual de todas formas ya se ha demostrado que no se verificó.

125. En la demanda tan solo se deja entrever un cierto grado de “vinculación” entre Ferroturismo y Costa Dorada, sin más explicación, y en su párrafo 47 se establece que “*el Estado es asimilado a una persona común y corriente*”, dejando entrever una supuesta identificación entre Ferroturismo y Costa Dorada, a pesar de que quien contrató con FW fue Ferroturismo (ente instrumental de Costa Dorada) y no el Estado de Costa Dorada, personas jurídicas diferenciadas.

126. Sin perjuicio de que la Demandante no aclaró el fundamento de su pretensión, demostraremos que aún en el caso que el Tribunal entienda que Ferroturismo incumplió con sus obligaciones, Costa Dorada no debe responder bajo ninguna de las hipótesis que la Demandante podría haber invocado a tales efectos.

2.1. Costa Dorada no incumplió ninguna obligación

127. Costa Dorada no puede ser responsabilizada a título propio ya que no adquirió ninguna obligación emergente del contrato celebrado entre FW y Ferroturismo.

128. En efecto, el contrato fue suscrito exclusivamente entre FW y Ferroturismo, y Brito firmó el contrato en su calidad de Ministro a los meros efectos de Parte Interviniente, como específicamente se aclaró en las definiciones del contrato [*Caso, párrafo 27*]. La firma de Brito como Parte Interviniente responde lógicamente a la tutela que ejerce el Ministerio sobre Ferroturismo, pero no implica asumir obligación directa alguna ni responsabilidad de ningún tipo por las obligaciones de Ferroturismo, como se demostrará infra. Por lo tanto, Costa Dorada no responde directamente bajo ningún concepto.

129. La responsabilidad contractual implica el incumplimiento de cualquier obligación [*Gamarra, p. 9*], lo que presupone el haber adquirido una obligación. Además, como bien establecen los Principios UNIDROIT, todo contrato celebrado es obligatorio exclusivamente para las partes [*UNIDROIT, 1.3.*]. Por lo tanto, el presente contrato solamente obliga a FW y a Ferroturismo como



partes del mismo. Entonces como Costa Dorada no adquirió obligación por no ser parte del Contrato, no existe posibilidad alguna de que incumpla.

130. Por lo tanto, al no ser parte del Contrato Costa Dorada no adquirió ninguna obligación emergente de éste. En consecuencia, difícilmente pueda sostenerse que incumplió el Contrato.

2.2. Costa Dorada no responde por los actos de Ferroturismo

131. Según detallamos en el punto 1.2., Ferroturismo no incumplió el Contrato. No obstante, aún si el Tribunal entendiera que si existió incumplimiento por parte de Ferroturismo, Costa Dorada no debe responder por dicho incumplimiento, porque los Estados no responden por los actos de sus entes instrumentales.

132. Tal como se explicó en las Consideraciones Previas, Ferroturismo es un ente instrumental de Costa Dorada, y es posible catalogarlo dentro de los entes definidos como organismos autónomos. Estos últimos se caracterizan por tener personalidad jurídica, patrimonio y tesorería propios, así como autonomía de gestión. Dentro de su esfera de competencias les corresponden las potestades administrativas precisas para el cumplimiento de sus fines, en los términos de sus estatutos, y se les encomiendan actividades de fomento, prestacionales o de gestión de servicios públicos [*Villar Rojas, p. 125*].

133. Por lo tanto, debido a que el ente instrumental está dotado de personalidad jurídica propia y no es un órgano de la Administración, la actuación de dicho ente no puede ser imputada al Estado. [*Ballesteros (3), p. 577*]. Consecuentemente, en caso que se le imputara responsabilidad patrimonial a Ferroturismo por alguna causa, éste responderá pura y exclusivamente con su propio patrimonio, dado que se trata de una persona jurídica diferente al Estado, por más de que su actividad diga relación con aquel.

134. La jurisprudencia ha negado la transmisibilidad de la responsabilidad al ente matriz precisamente por la personalidad jurídica de la que está revestido el ente filial. Basta con que se de el requisito de la personificación para que no sea lícito confundirla con la Administración que haya contribuido a su nacimiento [*Ballesteros (1), p. 88; Audiencia Territorial de Albacete, p. 268-269*].

135. Las personas jurídicas son una entidad con existencia real e independiente de sus elementos componentes, que a su vez se tratan de entidades jurídicamente ordenadas, y que actúan como sujetos de derecho. Consecuentemente, a las personas jurídicas se les reconocen derechos y obligaciones, y tienen un patrimonio, no sólo separado, sino independiente, al cual se le refiere la propia responsabilidad, por lo que no cabe extender dicha responsabilidad al Estado [*Ariño Ortiz, p. 85-130*].



136. Por otra parte, el hecho que Ferroturismo sea una sociedad de economía mixta cuyo capital está integrado en más de un 50% por el Estado, no implica de modo alguno que el Estado deba responder por el actuar de sus *instrumentalities*. Así lo dictaminó la *Cour de Cassation* francesa en el renombrado caso *Pyramids*, donde se estableció que el control estricto del Estado sobre una entidad jurídica, o la cercana relación entre ellas, no es suficientemente relevante como para superar la presunción de que cuando un Estado no ha firmado el acuerdo arbitral, la entidad que lo firmó tendría que ser considerada como la única parte en el arbitraje [*ICC Award N° 3493*].

137. Por lo tanto, las facultades de designación y remoción de los cargos directivos de Ferroturismo muestran la tutela y los controles de eficacia que realiza Costa Dorada a través del respectivo Ministerio, pero no implican asumir responsabilidad alguna por el actuar del ente.

138. Asimismo, en un plano lógico, si el objetivo de la creación de Ferroturismo como sociedad de economía mixta es procurar cierto grado de descentralización de la Administración, dicho objetivo no se estaría cumpliendo ya que de todas formas se estaría recurriendo al Estado para que sea responsabilizado. Por lo tanto, no habría diferencia alguna con el hecho de que el Estado preste directamente el servicio, y no tendría sentido alguno la creación de estos entes.

2.3. No es aplicable la teoría del disregard of legal entity para reponsabilizar a Costa Dorada

139. Finalmente, tampoco se puede responsabilizar a Costa Dorada levantando el velo de la sociedad de economía mixta Ferroturismo porque para que opere el instituto del disregard se requiere la existencia de fraude, y en el presente caso no ha operado fraude alguno.

140. En primer lugar, si la actuación es conforme a las normas del Derecho societario no procede el levantamiento del velo. Además, la aplicación del levantamiento del velo debe ser prudente ya que afecta a la seguridad jurídica y a una pluralidad de intereses, y su aplicación reviste asimismo carácter subsidiario y restrictivo, limitándose a los supuestos en los que se acredite que se trata de personas jurídicas ficticias o de la utilización de personas jurídicas como instrumentos para defraudar a terceros por parte de socios o empresas relacionadas (incumpliendo obligaciones, evitando indemnizaciones, aparentando insolvencia) [*Gil del Campo / Mellado Benavente / Molina Alguea, p. 140*].

141. Por lo expuesto, el principio es la existencia plena de la personalidad jurídica independiente. Excepcionalmente, para que dicho levantamiento del velo de la personalidad jurídica sea procedente se exige que existencia de la persona jurídica sea fraudulenta, requisito que no ha sido probado de modo alguno en este caso, y cuya prueba se torna imposible ya que no se encuentra indicio alguno de fraude en el presente caso. Ferroturismo es una sociedad de economía mixta lícitamente creada para



llevar a cabo un cometido del Estado.

ASUNTO 3: COSTA DORADA EJERCIÓ SU LEGÍTIMA FACULTAD DE RESCINDIR UNILATERALMENTE EL CONTRATO

3.1. El contrato de renovación y decoración de vagones se rige por el Derecho Público

142. El contrato se rige por el Derecho Público ya que dentro de la heterogénea variedad de categorías existentes de entes instrumentales Ferroturismo debe ser catalogado como un organismo autónomo, y se entiende que el régimen de contratación de la administración instrumental en estos casos se rige por el Derecho Público en materia de gestión de servicios públicos [*Fernández Montalvo, p. 124*].

143. Estos entes instrumentales catalogados como organismos autónomos son aquellos que tienen la finalidad de fomentar, prestar o gestionar servicios públicos, y se entiende que su régimen jurídico es de Derecho Público, sin perjuicio su personalidad jurídica y patrimonio propios. [*Fernández Montalvo, p. 127*].

144. El régimen de estos organismos es de Derecho Público ya que es una realidad que la Administración debe acudir a intermediarios para cumplir con sus finalidades, tales como aquellos que resultan de la creación de sociedades, incluyendo las de economía mixta. Por lo tanto, al Estado le interesa la actuación de estos entes por ser ellos un “instrumento” para llevar a cabo sus cometidos, ya que no debemos dejar de lado que, sea cual fuere la modalidad de actuación de la administración para cumplir con sus tareas, no rompe con el lazo que hay entre ella y estos intermediarios, aplicándose así el Derecho Público. [*Ballesteros (2), p. 570*].

145. Tal como fue demostrado en el punto anterior, Ferroturismo es una sociedad de economía mixta que cuenta con personalidad jurídica propia y se encuentra conformada principalmente por capitales públicos, además de estar vinculada al Ministerio de Turismo y Materias Aledañas de la República de Costa Dorada. Su principal actividad es la gestión y mantenimiento de una línea férrea turística, es decir, materia correspondiente al servicio público de transporte y en nuestro caso vinculada a la actividad del turismo. Consecuentemente, Ferroturismo es un organismo autónomo, categoría que corresponde a los privados cuando estos conforman junto al Estado una sociedad con la finalidad de brindar un servicio público

146. Es por la aplicación de este régimen de Derecho Público que el Estado, en este caso Costa Dorada, ejerce aún cierta tutela administrativa y controles de eficacia, a través del Ministerio correspondiente.



147. Además, aunque un contrato celebrado en ejercicio de funciones administrativas públicas no esté incluido en el derecho público por disposición de la ley ni por la voluntad expresa o implícita de las partes al incluir cláusulas exorbitantes al derecho privado, puede todavía ser un contrato administrativo y regirse por el Derecho Público si se refiere en forma directa a la prestación o al funcionamiento de un servicio público o en cualquier caso si tiene por objeto directo de algún modo asociar al contratante privado a la gestión de un servicio público. *[Gordillo, p. 329]*

148. En conclusión, tratándose Ferroturismo de una entidad encargada de realizar un cometido estatal, el régimen jurídico que se le aplicará será el de Derecho Público, no obstante contar con personalidad jurídica y patrimonio propios y diferenciados. Por lo tanto, el contrato celebrado entre Ferroturismo y Fancy Wagons se rige por el Derecho Público.

3.2. El contrato afecta el interés público

149. Al enfrentarnos a prestaciones que impliquen fomentar, prestar o gestionar servicios públicos, estamos ante situaciones que necesariamente afectan el interés público, por lo que el contrato se ve alcanzado por este interés y Costa Dorada se encuentra facultada para intervenir en la relación contractual contraída por su ente instrumental.

150. En este sentido, ante la prestación de un servicio público, la Administración cuenta con ciertos derechos o potestades que se fundamentan en el interés público. En efecto, la transferencia de la prestación de un servicio público a uno o más particulares, genera un entramado de relaciones jurídicas diversas, propias de los que se ha llamado el “triángulo Administración – gestor – usuario”. Es en virtud de estos últimos sujetos - los usuarios – que el Estado puede ejercer esos derechos, pudiendo así modificar, rescindir o ejercer sus poderes exorbitantes. *[De la Cueta, p.134].*

151. Por lo tanto, Costa Dorada, a la hora de tutelar el transporte y el turismo, debe velar por el cumplimiento de dichos cometidos, siendo fundamental en nuestro caso la fiel decoración de los vagones a los efectos de explotar el potencial turístico derivado de la línea férrea El Quijote – Puerto Madre. Concretamente, los servicios públicos siguen formando parte de los cometidos del Estado, por lo tanto éste no puede desinteresarse de ellos. Además, las partes no pueden disponer contractualmente la afectación o no del interés público.

152. Por lo tanto, el contrato afecta el interés público, independiente de la existencia de la cláusula de Calificación Jurídica pactada, y Costa Dorada está facultada a intervenir en el cumplimiento del contrato invocando dicho interés.



3.3. La rescisión del Contrato por parte de Costa Dorada fue válida y eficaz

153. Costa Dorada actuó conforme a derecho al rescindir unilateralmente el contrato, debido a que como fue demostrado *supra*, el contrato se rige por el Derecho Público y afecta el interés general en la prestación de un cometido estatal.

154. La doctrina ha determinado que el Estado puede proceder a la rescisión unilateral de un contrato en las siguientes hipótesis: (i) motivos relativos al propio contrato, ya sea por ilegitimidad o por razones de mérito; (ii) motivos relativos a la ejecución del contrato, o sea, el cumplimiento o el incumplimiento; y (iii) por fuerza mayor o modificación unilateral de la Administración [*Cajarville p. 422-4228; Durán p. 124; Sayagués p. 565-581*].

155. En el presente caso, FW incumplió con su obligación de decorar los 10 vagones tal y como Alan Brito los había descrito en su novela “¡Ah!”. En respuesta a dicho incumplimiento, Costa Dorada rescindió válidamente el contrato invocando a tales efectos el incumplimiento verificado tal como fue demostrado en el punto 1.2., o sea, un motivo relativo a la ejecución del contrato. El Estado puede proceder a tal rescisión de manera directa, sin necesidad de intervención previa de órgano judicial alguno [*Dromi, p.66*].

156. Por lo tanto, la rescisión unilateral decretada por Costa Dorada tiene plena validez y eficacia para extinguir las obligaciones emergentes del Contrato.



PETITORIO

La Parte Demandante solicita respetuosamente al Tribunal Arbitral:

1. Que se reconozca la invalidez e ineficacia de la cláusula arbitral contenida en el Contrato de Renovación y Decoración de Vagones.
2. Que se reconozca que referida cláusula es inoponible y no vincula a las Demandadas.
3. Que, en definitiva, este Tribunal Arbitral se declare incompetente en el presente caso y decidir sobre el fondo del asunto.
4. Que se reconozca que FW incumplió con sus obligaciones contractuales.
5. Que se reconozca que Ferroturismo no se encuentra obligado a abonar la Factura 2-2008.
6. Que se reconozca que la República de Costa Dorada rescindió validamente el Contrato de Renovación y Decoración de Vagones.
7. Que en definitiva se exonere a Ferroturismo y Costa Dorada de la reclamación de la Demandante.



CERTIFICADO DE AUTENTICIDAD

Montevideo, 30 de julio de 2010

Por medio de la presente, declaramos que la Memoria enviada ha sido escrita integralmente por los estudiantes miembros del equipo de la Universidad de Montevideo, en los términos previstos en el artículo 56 de las Reglas de la Competencia.