

MEMORANDA DE LA DEMANDANTE



EN NOMBRE DE:

**IMPORTADORA DE
MARMITANIA S.A.**

Av. Costanera N° 2354, de la ciudad de
Peonia, capital del Estado de Marmitania

DEMANDANTE

EN CONTRA DE:

**FRIGORÍFICO DEL
ATLÁNTICO**

Calle 54 N° 123, de la ciudad de Puerto
Madre, capital del Estado de Costa Dorada

DEMANDADA

ABOGADOS:

DIEGO ALCAINE · VLADIMIR ALVARADO · CESAR ARTIGA
ALFREDO BONILLA · LUIS MARIO CORLETTO · JOSE ROBERTO DIAZ
HERMAN DUARTE · JOSE MANUEL IRAHETA
ELISA MENJIVAR · GUILLERMO MIRANDA · ROBERTO MIRANDA
HAZEL PINTO · DANIELLA RIVAS · JORGE RODRÍGUEZ

TABLA DE CONTENIDOS

Página No.

I. LISTADO DE ABREVIATURAS	I
II. LISTADO DE AUTORES	III
III. INDICE DE CASOS	X
Procesal	X
Sustantivo	XII
HECHOS	1
PARTE PROCESAL	5
ASUNTO 1: LA CLÁUSULA ARBITRAL NO HA SIDO RESUELTA POR LAS PARTES	5
1.1 La cláusula arbitral es un contrato separado del contrato principal	5
1.2 La intención de las partes no iba dirigida a la resolución de la cláusula arbitral	6
1.3 El Tribunal Arbitral es competente para resolver la presente disputa	7
1.4 Violación del principio del pacta sunt servanda por parte de la DEMANDADA	7
CONCLUSIONES DEL ASUNTO 1:	8
ASUNTO 2: LA CONTROVERSIA SE ENCUENTRA DENTRO DE LOS ALCANCES DE LA CLÁUSULA ARBITRAL	9
2.1 Alcance del acuerdo arbitral	9
2.2 El principio de la buena fe	10
2.3 El Principio de la Interpretación Efectiva (ut res magis valeat quam pereat)	11
2.4 Contra Proferentem	12
CONCLUSIÓN DEL ASUNTO 2	13
ASUNTO 3: LOS REQUISITOS PREVIOS AL ARBITRAJE PACTADOS EN EL CONVENIO ARBITRAL HAN SIDO CUMPLIDOS	13
3.1 El requisito de la mediación es alternativo al requisito de las negociaciones directas	13

3.2 La mediación es innecesaria, debido al evidente deterioro de la relación _____	14
CONCLUSIÓN DE ASUNTO 3 _____	15
PARTE SUSTANTIVA _____	16
ASUNTO 1: HA EXISTIDO UN INCUMPLIMIENTO ESENCIAL DE LA DEMANDADA _____	16
1.1 No ha existido resolución previo a la fecha 8 de marzo _____	16
1.1.1 Intentos de Resolución Fallidos _____	16
1.1.2 Exoneración de las obligaciones de IMSA de fecha de 1 de febrero por impedimento imprevisto _____	18
1.1.2.1 Validez de la exoneración _____	18
1.1.2.1.1 Medidas necesarias para el cumplimiento de la obligación _____	21
1.1.2.2 Declaración errónea de resolución _____	21
1.1.2.3 Atentado contra la buena fe _____	23
1.2 La condición esencial del plazo no ha sido violada _____	24
1.2.1 Plazo Estaba Hecho a Favor de la DEMANDANTE _____	24
1.2.2 La merluza, al ser un bien de temporada, es necesario venderla en Semana Santa _____	25
1.3 La DEMANDANTE cumplió con sus obligaciones como parte compradora _____	26
1.3.1 Pago: Obligación principal, lo que la DEMANDADA esperaba en virtud del contrato _____	26
1.3.1.1 Disposición de pago de la DEMANDANTE _____	26
1.3.1.2 Carta de Crédito _____	26
1.3.1.3 Aún no existía obligación de hacer el pago para la DEMANDANTE _____	27
1.3.1.4 Nombramiento del buque _____	28
1.3.2 La DEMANDADA incumplió sus obligaciones como vendedora _____	28
1.3.2.1 La no entrega de las mercaderías constituye un incumplimiento esencial por parte de la DEMANDADA _____	28
1.3.2.2 El detrimento sustancial de la parte DEMANDANTE era previsible por la DEMANDADA _____	29
1.3.2.3 Derecho de la DEMANDANTE a resolver el contrato en fecha 8 de marzo _____	30
CONCLUSIÓN ASUNTO 1 _____	31

ASUNTO 2: RECLAMACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS DERIVADOS DEL INCUMPLIMIENTO ESENCIAL DE LA DEMANDADA	32
2.1 Incumplimiento de la parte DEMANDADA que legitima a la DEMANDANTE a exigir daños y perjuicios	32
2.2 Determinación del monto a indemnizar a la DEMANDANTE por daños y perjuicios	33
2.3 La DEMANDANTE realizó las medidas de reducción de daños exigidas por el Art.77 CISG	35
CONCLUSIÓN ASUNTO 2	36
PETITORIO	37

LISTADO DE ABREVIATURAS

§	Párrafo
Art./Arts.	Artículo / Artículos
CAG	Court of Appeal of Grenoble
CCI	Cámara de Comercio Internacional
CIADI	Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones
CISG	Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías de 1980
CIETAC	China International Economic and Trade Arbitration Commission
Clau.	Cláusula
DEMANDANTE	Importadora de Marmitania S.A.
DEMANDADA	Frigorífico del Atlántico S.A.
Doc.	Documento
FASA	Frigorífico del Atlántico S.A.
FSC	Federal Supreme Court
IMSA	Importadora de Marmitania S.A.

Ley Modelo	Ley Modelo de la UNCITRAL para el Arbitraje Comercial Internacional
Lic.	Licenciado
No.	Número
Pág/Págs.	Página/Páginas
RAE	Real Academia Española
RFCCI	Russian Federation Chamber of Commerce and Industry
SCG	Secretarial Comentary Guide to the CISG
UNCITRAL	United Nations Commission on International Trade Law
UNCITRAL DIGEST	UNCITRAL Digest of case law on the United Nations Convention on the International Sale of Goods. A/CN.9/SER.C/DIGEST/CISG/33 [8 June 2004]
UNIDROIT	International Institute For The Unification Of Private Law.
UNIDROIT OFFICIAL COMMENTS	The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts, Rome, 1994.

LISTADO DE AUTORES

Babiak, Andrew

Defining "Fundamental Breach" Under the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods

Publicación: Sixth Temple International and Comparative Law Journal (1992)

Disponible en: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/babiak.html>

Citado como: **Babiak**

Citado en: §79, 97

Barona Vilar, Silvia (Coordinadora)

Comentarios a la ley de arbitraje (Ley 60/2003, de 23 de diciembre)

Publicación: Thomson Aranzadi

Citado como: **Barona**

Citado en: §7, 11

Barry, Nicholas

Impracticability in the UN convention on contracts

Publicación: Galston & Smit edition, International Sales: The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods

Disponible en: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/nicholas1.html>

Citado como: **Barry**

Citado en: §59

Bennet, Trevor

Bianca-Bonell Commentary on the International Sales Law

Publicación: Giuffrè, Milan (1987)

Disponible en: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/bennett-bb72.html>

Citado como: **Bennet**

Citado en: §41, 43

Born, Gary

Internacional Comercial Arbitration

Publicación: Kluwer Law International

Citado como: **Born**

Citado en: §4, 5

Bund, Jennifer

Force Majeure Clauses: Drafting Advice for the CISG Practitioner

Publicación: Journal of Law and Commerce (1998) págs. 381-413

Disponible en: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/bund.html>

Citado como: **Bund**

Citado en: §80

Caivano, Roque J.

Arbitraje

Publicación: Ad-Hoc

Citado como: **Caivano**

Citado en: §16,39

Deeb Gabriel, Henry

The Buyer's Performance Under the CISG: Articles 53-60. Trends in the decisions

Publicación: Twenty Fifth Journal of Law and Commerce (2005-06)

Disponible en: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/gabriel4.html>

Citado como: **Deeb Gabriel**

Citado en: §92

Ferrari, Franco

Fundamental Breach of Contract Under the UN Sales Convention, 25 Years of Article 25
CISG

Publicación: 25 Journal of Law and Commerce (Spring 2006)

Disponible en: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/ferrari14.html>

Citado como: **Ferrari**

Citado en: §95

Fouchard, Philippe / Gaillard, Emmanuel / Goldman, Berthold

Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration

Publicación: Kluwer Law International

Citado como: **Fouchard/ Gaillard/ Goldman**

Citado en: §3, 15, 21, 24, 27, 31

Graffi, Leonardo

Case Law on the Concept of "Fundamental Breach" in the Vienna Sales Convention

Publicación: International Business Law Journal (2003) No. 3, Págs 338-349

Disponible en: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/graffi.html>

Citado como: **Graffi**

Citado en: §95, 101

Honnold, John O.

Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention, 3rd ed.
(1999)

Publicación: American Society of International Law

Disponible en: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/honnold.html>

Citado como: **Honnold**

Citado en: §41,42, 55, 59, 63, 66, 84, 89, 94, 109

Knapp, Victor

In Bianca-Bonell Commentary on the International Sales Law

Publicación: Giuffrè, Milan (1987). Págs. 559-567

Disponible en:

Citado como: **Knapp**

Citado en: §111, 112

Koch, Robert

The Concept of Fundamental Breach of Contract under the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods

Publicación: Review of the Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) (1998), Kluwer Law International (1999)

Disponible en: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/koch.html>

Citado como: **Koch**

Citado en: §84,96

Lew, Julian D.M. / Mistelis, Loukas A. / Kröll, Stefan

Comparative International Commercial Arbitration

Publicación: Kluwer Law International

Citado como: **Lew/ Mistelis/ Kröll**

Citado en: §5, 21, 27

Liu, Chengwei

The Concept of Fundamental Breach: Perspectives from the CISG, UNIDROIT Principles and PECL and case law[2nd edition: Case annotated update (2005)]

Publicación:

Disponible en: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/chengwei.html#01-1>

Citado como: **Chengwei**

Citado en: §75, 78, 95

Remedies for Non-performance: Perspectives from the CISG, UNIDROIT Principles and PECL and case law[2nd edition: Case annotated update (2005)]

Publicación:

Disponible en: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/liu8.html>

Citado como: **Chengwei2**

Citado en: §104, 109, 110, 113

Lookofsky, Joseph

The 1980 United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (1984)

Publicación: J. Herbots editor / R. Blanpain general editor

Disponible en: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/lookofsky.html>

Citado como: **Lookofsky**

Citado en: §48, 55, 66, 82, 94, 104

Maskow, Dietrich

Citado en Bianca-Bonell Commentary on the International Sales Law

Publicación: Giuffrè, Milan (1987)

Disponible en: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/Maskow.html>

Citado como: **Maskow**

Citado en: §92

Merino Merchán, José F. / Chillón Medina, José M.

Tratado de Derecho Arbitral 3ra Edición

Publicación: Thomson Civitas

Citado como: **Merino/Chillón**

Citado en: §9, 11, 16, 25, 28

Mullis, Alastair

Avoidance for Breach under the Vienna Convention; A Critical Analysis of Some of the Early Cases

Publicación: Andreas & Jarborg eds., Anglo-Swedish Studies in Law, Lustus Forlag (1998) Págs. 326-355

Disponible en: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/mullis1.html>

Citado como: **Mullis**

Citado en: §95

Opie, Elisabeth

Commentary on the manner in which the UNIDROIT Principles may be used to interpret
Or supplement Article 77 of the CISG (2005)

Publicación: Pace Law School Institute of International Commercial Law

Disponible en: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/opie.html>

Citado como: **Opie**

Citado en: §113

Perales Viscasillas, Maria del Pilar

El contrato de compraventa internacional de mercancías, 2001

Publicación: M^a del Pilar Perales Viscasillas (2001)

Disponible en: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/perales1.html>

Citado como: **Perales Viscasillas**

Citado en: §43, 51, 52, 53, 64, 70, 80, 100, 104, 112

Redfern, Alan / Hunter, Martin

Law and Practice of International Commercial Arbitration

Publicación: Sweet & Maxwell

Citado como: **Hunter/ Redfern**

Citado en: §3, 13, 40

Schlechtriem, Peter

Uniform Sales Law - The UN-Convention on Contracts for the International Sale of
Goods

Publicación: Manz, Vienna (1986)

Disponible en: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/schlechtriem.html>

Citado como: **Schlechtriem**

Citado en: §41, 42, 87, 106, 109, 113

Sevón, Leif

Obligations of the Buyer under the Vienna Convention on the International Sale of Goods

Publicación: Suomalainen Lakimiesten Yhdistys: - Tidskrift utgiven av Juridiska Föreningen i Finland [Finnish Law Society] 126 (1990) Págs. 327-343

Disponible en: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/sevon.html>

Citado como: **Sevón**

Citado en: §82, 84, 89

Tweeddale, Andrew/ Tweeddale Keren

Arbitration of Commercial Disputes

Publicación: International and English Law and Practice

Citado como: **Tweeddale/ Tweeddale**

Citado como: §6

Ying, Colin

Comparison between provisions of the CISG (Articles 33 and 52(1)) and the counterpart provisions of the PECL (Articles 7:102 and 7:103)

Publicación: Pace Law School Institute of International Commercial Law

Disponible en: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/ying.html>

Citado como: **Ying**

Citado en: §72

Ziegel, Jacob

The Remedial Provisions in the Vienna Sales Convention: Some Common Law Perspectives

Publicación: Galston & Smit ed., International Sales: The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, Matthew Bender (1984), chapter 9

Disponible en: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/ziegel6.html>

Citado como: **Ziegel**

Citado en: §66

I. ÍNDICE DE CASOS

PROCESAL

CCI

Laudo Arbitral CCI No. 2795 (1977)

Citado como: **Laudo CCI, No 2795/1977**

Citado en: §25

Disponible en: <[http://tldb.uni-](http://tldb.uni-koeln.de/php/pub_show_document.php?pubdocid=202795&pubwithmeta=ja&pubwithtoc=ja&page=pub_show_document.php&print=ja)

[koeln.de/php/pub_show_document.php?pubdocid=202795&pubwithmeta=ja&pubwithtoc=ja&page=pub_show_document.php&print=ja](http://tldb.uni-koeln.de/php/pub_show_document.php?pubdocid=202795&pubwithmeta=ja&pubwithtoc=ja&page=pub_show_document.php&print=ja)>

Laudo Arbitral CCI No. 7920 (1998)

Citado como: **Laudo CCI, No 7920/1998**

Citado en: §29

Disponible en: <[http://tldb.uni-](http://tldb.uni-koeln.de/php/pub_show_document.php?pubdocid=202795&pubwithmeta=ja&pubwithtoc=ja&page=pub_show_document.php&print=ja)

[koeln.de/php/pub_show_document.php?pubdocid=202795&pubwithmeta=ja&pubwithtoc=ja&page=pub_show_document.php&print=ja](http://tldb.uni-koeln.de/php/pub_show_document.php?pubdocid=202795&pubwithmeta=ja&pubwithtoc=ja&page=pub_show_document.php&print=ja)>

Laudo Arbitral CCI No. 5485, YCA (1989)

Citado como: **Laudo CCI, No 5485**

Citado en: §16

Disponible en: <[http://tldb.uni-](http://tldb.uni-koeln.de/php/pub_show_content.php?page=pub_show_document.php&pubdocid=205485&pubwithtoc=ja&pubwithmeta=ja&pubmarkid=919000#mark919000)

[koeln.de/php/pub_show_content.php?page=pub_show_document.php&pubdocid=205485&pubwithtoc=ja&pubwithmeta=ja&pubmarkid=919000#mark919000](http://tldb.uni-koeln.de/php/pub_show_content.php?page=pub_show_document.php&pubdocid=205485&pubwithtoc=ja&pubwithmeta=ja&pubmarkid=919000#mark919000)>

Laudo Arbitral CCI No. 4145 , YCA (1987)

Citado como: **Laudo CCI, No 4145**

Citado en: §30

Disponible en: <<http://www.tldb.de/>>

CIADI

Amco Asia Corporation v. Republic of Indonesia, CIADI Case No. ARB/81/1, 23 I.L.M. 351 (1984)

Citado como: **Amco vs. Indonesia**

Citado en: §22

Disponible en: <http://tldb.uni-koeln.de/php/pub_show_content.php?page=pub_show_document.php&pubdocid=240100&pubwithtoc=ja&pubwithmeta=ja&pubmarkid=907000>

Estados Unidos

Prima Paint Prima Paint Corp. v. Flood & Conklin Mfg. Co., 388 U.S. 395 (1967).

Citado como: **Prima Paint vs. Flood & Conklin**

Citado en: §4

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

Remy Amerique, Inc. v. Touzet Distribution S.A.R.L., 816 F. Supp. 213 (2003)

Citado como: **Remy Amerique, Inc. vs. Touzet Distribution**

Citado en: §28

Disponible en:

www.kluwerarbitration.com/arbitration/DocumentFrameSet.aspx?ipn=5181

First Travel Corporation v. Iran, 1, 340; 9, 360 (1987)

Citado como: **First Travel Corp. vs. Irán**

Citado en: §31

Suecia

Libyan American Oil Company (Liamco) v. The Government of Libyan Arab Republic 20 I.L.M. 1 (1981)

Citado como: **LIAMCO vs. Libia**

Citado en: §4

Disponible en: <http://tldb.uni-koeln.de/php/pub_show_content.php?page=pub_show_document.php&pubdocid=231600&pubwithtoc=ja&pubwithmeta=ja&pubmarkid=924000>

Reino Unido

Asheville Investments Ltd. v. Elmer Contractors Ltd., Q.B. 488. (1989)

Citado como: **Ashville Investment Ltd. vs. Elmer Contractors Ltd.**

Citado en: §21

SUSTANTIVO

Alemania

Oberlandesgericht Naumburg, April 27 1999

Disponibile en: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/990427g1.html>

Citado como: **Naumburg(Alemania, 1999)**

Citado en: §62

Landgericht Oldenburg 12 O 2541/95

Disponibile en: <http://www.cisg.law.pace.edu/cases/960327g1.html>

Citado como: **Oldenburg(Alemania, 1995)**

Citado en: §67

OLG Frankfurt, Germany, 17 September 1991

Disponibile en: <http://www.cisg.law.pace.edu/cases/910917g1.html>

Citado como: **Frankfurt (Alemania, 1991)**

Citado en: §95

OLG Köln 21 May 1996

Disponibile en: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/960521g1.html>

Citado como: **Köln (Alemania, 1996)**

Citado en: §104

Oberlandesgericht Hamburg, 28 February 1997

Disponibile en: <http://www.cisg.law.pace.edu/cases/970228g1.html>

Citado como: **Hamburg (Alemania, 1997)**

Citado en: §109

CCI

ICC March 1999 International Court of Arbitration, Case 9978

Disponibile en: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/999978i1.html>

Citado como: **CCI 9978**

Citado en: §95

ICC Arbitration Case No. 8574 of September 1996

Disponibile en: <http://www.cisg.law.pace.edu/cases/968574i1.html>

Citado como: **CCI 8574**

Citado en: §100

Bulgaria

Arbitration Case 56/1995 (Coal case), 24 April 1996

Disponibile en: <http://www.cisg.law.pace.edu/cases/960424bu.html>

Citado como: **Coal Case(Bulgaria, 1996)**

Citado en: §54

China

1 February 2000 CIETAC Arbitration proceeding

Disponibile en: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/000201c1.html>

Citado como: **CIETAC (China, 2000)**

Citado en: §44

CIETAC (PRC) Arbitration Award Molybdenum Alloy Case 30/04/97 Shanghai, China

Disponibile en: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/970430c1.html>

Citado como: **CIETAC(China, 1997)**

Citado en: §68

China 26 October 1993 CIETAC Arbitration proceeding

Disponibile en: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/931026c1.html>

Citado como: **CIETAC (China, 1993)**

Citado en: §85

Estados Unidos

US Ct. of App., 2d Cir., decided 6 December 1995. Rotorex v. Delchi Carrier

Disponibile en: <http://www.cisg.law.pace.edu/cases/951206u1.html>

Citado como: **Caso Rotorex vs Delchi Carrier**

Citado en: §112

Francia

Court of Appeal of Grenoble, 4 February 1999

Disponibile en: <http://www.cisg-france.org/decisions/040299v.htm>

Citado como: **CAG(France, 1999)**

Citado en: §66

Italia

Pretura circondariale di Parma, 24 November 1989

Disponibile en: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/891124i3.html>

Citado como: **Parma(Italia, 1989)**

Citado en: §95

Appellate Court Milan el 20 de Marzo de 1998

Disponibile en: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/980320i3.html>

Citado como: **Milan (Italia,1998)**

Citado en: §95

Rusia

Arbitration at Russian Federation Chamber of Commerce and Industry [No. 155/1994 of
16 March 1995 ICC Arbitration No. 7645 of March 1995

Disponibile en: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/957645i1.html> ICC

Citado como: **RFCCI, No. 7645**

Citado en: §90, 109

Suiza

Federal Supreme Court, Switzerland 15 Sept. 2000

Disponibile en: <http://www.cisg.law.pace.edu/cases/000915s1.html>

Citado como: **FSC(Suiza, 2000)**

Citado en: §73, 75, 78

Handelsgericht Zürich, 5 February 1997

Disponibile en: <http://www.cisg.law.pace.edu/cases/970205s1.html>

Citado como: **Handelsgericht (Suiza, 1997)**

Citado en: §100

Switzerland 22 August 2003 Canton Appellate Court Basel

Disponibile en: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/030822s1.html>

Citado como: **Basel(Suiza, 2003)**

Citado en: §104

HECHOS

- DEMANDANTE** Importadora de Marmitania S.A. (IMSA), empresa que se dedica principalmente a la importación de productos alimenticios, para la posterior reventa del producto a cadenas de supermercados, y que funge el rol de compradora en el contrato.
- DEMANDADO** Frigoríficos del Atlántico S.A. (FASA), del domicilio de Costa Dorada, que se encarga de la captura y procesamiento de productos del mar, vendedora en el contrato.
- Agosto 1, 2006** FASA dirige a IMSA una oferta irrevocable suficientemente específica en cuanto a mercadería, cantidad y precio por el que, como oferente, mostraba la intención de quedar obligado. Además, la cláusula 3 incluye condiciones esenciales para efectos de la entrega, tal como es el caso de la nominación del buque por parte de IMSA, y plazo hasta el 28 de febrero para cumplir con la obligación **[Doc. No 1]**. Asimismo, se establece una cláusula arbitral sobre la interpretación o ejecución del contrato, preexistiendo negociaciones directas o mediación, sometidos al reglamento de la UNCITRAL.
- Agosto 4, 2006** IMSA recibe la comunicación.
- Agosto 7, 2006** IMSA contesta aceptando la oferta irrevocable, perfeccionando el contrato **[Doc. No 2]**.
- Agosto 10, 2006** FASA recibe dicha aceptación.
- Noviembre 22, 2006** Por medio de la ley N. 54/2006 se declara una prohibición a la exportación de merluzas en todas sus formas en un plazo de noventa días prorrogables (este plazo termina el 20 de febrero de 2007) **[Doc. No. 3]**.
- Diciembre 14, 2006** IMSA expresa su conocimiento sobre la veda a la exportación y muestra su preocupación, por vía epistolar, por haber cerrado un contrato de reventa con Sur. S.A. en el que se obliga a entregar la merluza el día 16 de marzo de 2007 **[Doc. No 4]**.

- Diciembre 22, 2006** FASA responde confirmando la existencia de dicha ley, dejando claro que no es preocupante, pues FASA tiene stock suficiente y confía en que el gobierno no prorrogará, por lo que el cumplimiento de la obligación no está en riesgo **[Doc. No 5]**.
- Enero 1, 2007** IMSA, manifestando los motivos de su preocupación, muestra su intención de acordar con FASA la resolución del contrato **[Doc. No 6]**.
- Enero 5, 2007** FASA acusa de recibo la carta anterior y enfatiza la seguridad que tiene en que el gobierno no prorrogará y expresa que el Directorio de FASA rechaza terminantemente cualquier resolución del contrato **[Doc. No 7]**.
- Enero 12, 2007** IMSA, lamentando la respuesta anterior, expresa su incomodidad detallando las condiciones (y posibles pérdidas) de su contrato con Sur S.A. e insiste en su intención de resolver el contrato **[Doc. No 8]**.
- Enero 22, 2007** FASA reitera que ha recibido promesa verbal de fuentes cercanas al gobierno que aseguran que no habrá prórroga y ratifica la “indeclinable voluntad” de cumplir con el contrato existente **[Doc. No 9]**.
- Febrero 1, 2007** IMSA, por medio ahora de su gerente de asuntos legales, Roberto Esteban Izquierdo, y dada la incertidumbre del futuro cumplimiento, se exonera de sus obligaciones contractuales en relación al contrato **[Doc. No 10]**.
- Febrero 5 – 23, 2007** FASA guarda silencio.
- Febrero 20, 2007** Mediante el Decreto 432/2007 el gobierno confirma que no se prorrogará la veda a la exportación, pero sí el precio máximo, dejando el precio de mercado para la exportación por encima de los U\$S 6,00 **[Doc. No 11]**.
- Febrero 23, 2007** IMSA reanuda comunicaciones y, apegado al contrato, procede a nombrar el buque Poseidón, que arribará a Puerto Madre el 2 de marzo de 2007. También pone a disposición de FASA la carta de crédito para efectuar el pago, pagadera el 28 de febrero de 2007 **[Doc. No 12]**.
- Febrero 26, 2007** FASA rechaza la comunicación previa por considerar resuelto el contrato desde el día 1 de febrero y declara que no procederá a la entrega. **[Doc. No 13]**.

- Marzo 2, 2007** IMSA comunica por medio de acta notarial que el buque “Poseidón” se encuentra en el Puerto. FASA se limita a reiterar lo dispuesto en la correspondencia previa. La mercadería no se entrega **[Doc. No 14]**.
- Marzo 8, 2007** IMSA, por medio de telegrama internacional, resuelve el contrato por incumplimiento fundamental de las obligaciones de FASA y se reserva el derecho de reclamar los perjuicios derivados **[Doc. No 15]**.
- Marzo 12, 2007** FASA rechaza la comunicación por improcedente **[Doc. No 16]**.
- Marzo 22, 2007** IMSA da por cerrado todo intercambio epistolar **[Doc. No 17]**.
- Marzo 31, 2007** Los presidentes de ambas empresas intentan resolver el diferendo por medio de negociación directa sin llegar a un acuerdo.
- Abril 24, 2007** IMSA remite notificación de arbitraje. Anticipa su petición de que se declare el incumplimiento de contrato por parte de FASA debido a la no entrega de la mercadería y que se condene a FASA a pagar la indemnización derivada de dicho incumplimiento. Además, se hace la designación del árbitro Dr. José María del Horno **[Doc. No 18]**.
- Mayo 24, 2007** FASA rechaza la solicitud de arbitraje negando el incumplimiento del contrato y señalando que el mismo había sido resuelto unilateralmente por IMSA, misma que no había respetado los plazos establecidos en el contrato. En dicho comunicado, se fundamentó la oposición al arbitraje en el incumplimiento del trámite previo de negociación, además de alegar la extinción de la cláusula arbitral como efecto de la resolución del contrato **[Doc. No 19]**.
- Junio 4, 2007** IMSA solicita al Secretario General del Tribunal Permanente de Arbitraje de La Haya el nombramiento del árbitro que omitió designar FASA.
- Junio 28, 2007** El Secretario General del Tribunal Permanente de Arbitraje de La Haya designa al Presidente de la Cámara de Comercio de Costa Dorada como autoridad nominadora.
- Julio 3, 2007** IMSA solicita, al Presidente de la Cámara de Comercio de Costa Dorada, designar el árbitro que omitió nombrar FASA.
- Julio 31, 2007** El Presidente de la Cámara de Comercio de Costa Dorada comunica a las partes la designación del Dr. Gustavo Ramondegui como árbitro.

- Agosto 13, 2007** Los árbitros designados nombran a la Dra. María del Carmen Prieto como presidenta del tribunal.
- Agosto 29, 2007** Se declara formalmente constituido el tribunal y se fijan veinte días hábiles para la presentación de la demanda arbitraje.

PARTE PROCESAL

ASUNTO 1: LA CLÁUSULA ARBITRAL NO HA SIDO RESUELTA POR LAS PARTES

1 Una de las razones por las cuales la DEMANDADA se niega a reconocer la procedencia del arbitraje es porque “la cláusula arbitral ha quedado extinguida con la resolución del contrato” **[Doc. No 19]**. Sin embargo, como se demostrará a continuación, existen argumentos lógico-jurídicos de suficiente envergadura como para asegurar que dicho acuerdo no ha sido resuelto.

1.1 La cláusula arbitral es un contrato separado del contrato principal

2 Un principio comúnmente aceptado, tanto en la jurisprudencia como en la doctrina, es el de separabilidad o autonomía de la cláusula arbitral. Este principio es tan ampliamente reconocido, que se ha convertido en uno de los principios generales del arbitraje, a los que los árbitros internacionales atienden con independencia de su sede o de la ley que rige los procedimientos **[Fouchard/ Gaillard/ Goldman, Pág. 198]**.

3 El principio de separabilidad consiste en que la cláusula arbitral se considera separada del contrato principal del que forma parte y, por ello, subsiste a la terminación del contrato **[Hunter/ Redfern, 167]**, tal y como se consagra en el Art.16 de la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional de la UNCITRAL . Además, el Reglamento de Arbitraje de la UNCITRAL, al cual las partes se han sometido en el convenio arbitral **[Doc. No1, clau. 5]**, establece dicho principio en el Art. 21.

4 En la misma línea, la Suprema Corte de Estados Unidos ha afirmado que “las cláusulas arbitrales (...) son separables de los contratos en los que están contenidas” **[Prima Paint vs. Flood & Conklin]**. En el caso **[LIAMCO vs. Libia]**, el Tribunal Arbitral determinó que una cláusula de arbitraje sobrevive a la terminación unilateral del contrato en el que se inserta, y sigue en vigor incluso después de esa terminación. Lo anterior en congruencia con lo que establece la doctrina dominante **[Born, Pág. 68]**. Por lo tanto, en el presente caso cualquier intento de terminación del contrato en ningún momento afectó la cláusula arbitral.

5 La finalidad del principio de la separabilidad ha sido reiterada por diversas autoridades en la materia. Así, se ha señalado que la separabilidad protege la integridad del acuerdo arbitral y

juega un rol importante al asegurar que la intención de las partes de someter sus controversias a arbitraje no será quebrantada fácilmente [Lew/ Mistelis/ Kröll, Pág. 102]. Por otro lado, se afirma que sin el principio de la separabilidad, siempre quedaría abierta la posibilidad para una de las partes de impugnar su obligación arbitral por el simple hecho de declarar que el contrato no tiene efectos [Born, Pág.69], tal como lo intenta hacer la DEMANDADA.

6 Como se mencionó anteriormente [§1], la DEMANDADA alega que “la cláusula arbitral ha quedado extinguida con la resolución del contrato” [Doc. No 19]. Es evidente, entonces, que éste argumento de la DEMANDADA atenta contra el principio de separabilidad de la cláusula arbitral y a la finalidad que el mismo persigue.

7 Es importante recalcar que la DEMANDADA, al utilizar el citado argumento, estaría yendo en contra de sus propios actos, pues se niega a reconocer un principio a la que ella misma se ha sometido. El reconocimiento de éste principio se comprueba en la cláusula arbitral, en la que ambas partes consintieron en someterse al reglamento de arbitraje de la UNCITRAL, el cual consagra la separabilidad del convenio arbitral en su Art. 21, ya invocado [§3]. En este sentido se manifiesta Barona Vilar: “(...) las disposiciones del reglamento arbitral al que las partes se hayan sometido integran el contenido del convenio arbitral o de cualquier otro acuerdo entre las partes. Estamos ante una norma integradora de la voluntad de las partes, de manera que tan voluntad de ellas es la decisión que toman directamente, como la decisión que se toma en virtud de la aplicación del convenio arbitral (...) Se produce así un proceso de transvase de la autonomía de la voluntad de las partes hacia las normas del reglamento arbitral, a las que se considera manifestación indirecta de esa autonomía” [Barona, Pág. 182].

1.2 La intención de las partes no iba dirigida a la resolución de la cláusula arbitral

8 En base al principio de separabilidad se puede afirmar que la resolución del contrato principal no implica, de manera automática, la resolución del convenio arbitral. Por lo tanto, mientras la cláusula arbitral no haya sido resuelta de manera inequívoca por voluntad de las partes, existe la posibilidad de someter el conflicto a arbitraje. Para ello, carece de relevancia si el contrato principal ha sido resuelto o no.

9 Uno de los efectos del convenio arbitral radica en su irrevocabilidad, a no ser por mutuo disenso [Merino/Chillón, 1283]. De las comunicaciones realizadas entre las partes no puede

inferirse que exista una intención común de resolver la cláusula arbitral, por lo que esta última no puede ser impugnada.

1.3 El Tribunal Arbitral es competente para resolver la presente disputa

10 La DEMANDADA alega que la cláusula arbitral contenida en el contrato de compraventa de merluza celebrado con la DEMANDANTE no es exigible dado que fue resuelto y por lo tanto el arbitraje es improcedente [**Doc. No 19**]. Dicha alegaciones irían en contra de uno de los principios rectores del Arbitraje Comercial Internacional el cual es el *Kompetenz-Kompetenz* (Art.16 Ley Modelo).

11 Dicho principio se traduce en la facultad de los árbitros de poder controlar de oficio su propia competencia. Esta doctrina no solo se extiende a la apreciación de la competencia sino a la apreciación de cualquier otra excepción cuya estimación impida entrar en el fondo de la controversia [**Barona, 806**], en idéntico sentido se expresan la corriente dominante al aceptar que este principio implica la potestad de juzgar sobre las excepciones relativas a la existencia o validez del convenio arbitral y cualesquiera otras cuya estimación impida entrar en el fondo de la controversia [**Merino/Chillón, 1442**].

12 Es claro en la doctrina que cualquier alegación que afecte la existencia del convenio arbitral no es suficiente para convertir al arbitraje en improcedente. Por dichos motivos la alegación de la DEMANDADA pierde valor, ya que el Tribunal Arbitral tiene toda la discreción y competencia para decidir y valorar si la cláusula arbitral fue resuelta, y como fue explicado *supra* [**§10,11**] no existe resolución válida que afecte el convenio arbitral.

13 Aceptar los alegatos de la DEMANDADA de oposición al arbitraje debido a la falta de exigibilidad de la cláusula, sería ir en contra de una facultad considerada intrínseca de los Tribunales Arbitrales [**Hunter/Redfern, 372**]. Además que el Reglamento de Arbitraje de la UNCITRAL, el cual fue pactado por las mismas partes, reconoce dicho principio en su Art. 21.

1.4 Violación del principio del *pacta sunt servanda* por parte de la DEMANDADA

14 Entre los principios del Derecho Comercial Internacional se encuentra la naturaleza obligatoria de los contratos para las partes que los celebran (*pacta sunt servanda*). A manera de ilustración, este principio está reconocido en el Art. 1.3 de los principios de la UNIDROIT: “Todo contrato válidamente celebrado es obligatorio para las partes. Sólo puede ser modificado o

extinguido conforme a lo que él disponga, por acuerdo de las partes, o por algún otro modo conforme a estos principios”. Vale la pena destacar que estos principios pueden servir como herramienta interpretativa para este Honorable Tribunal.

15 Mediante la estipulación de la cláusula arbitral, la DEMANDADA contrajo para con la DEMANDANTE la obligación de resolver cualquier diferencia o litigio surgido de dicho contrato mediante el arbitraje **[Doc. No1, clau.5]**. Este es uno de los efectos positivos del acuerdo arbitral, pues las partes están obligadas a someter sus controversias a arbitraje, siempre y cuando estén dentro del alcance de dicho acuerdo. Tal obligación es una consecuencia de la directa aplicación del principio general de *pacta sunt servanda* **[Fouchard/ Gaillard/ Goldman, Pág. 382]**.

16 El efecto positivo del *pacta sunt servanda* implica “una actitud positiva de las partes en seguir en todos sus extremos el convenio arbitral, dando los pasos necesarios para la constitución del Tribunal Arbitral y la solución por éste de la controversia que les opone” **[Merino/Chillón, Pág. 1284]**. Más aún, Caivano afirma que “esta fuerza obligatoria importa que su incumplimiento da lugar a responsabilidad de naturaleza contractual” **[Caivano, Pág. 124]**. La CCI además ha expresado **[Laudo CCI, No 5485]** que el principio del *pacta sunt servanda* implica que el contrato es ley para las partes, acordado por ellos para la regulación de su relación jurídica, y genera la obligación de cumplir lo convenido de buena fe, para compensar los daños causados a la otra parte por su falta de cumplimiento y no a rescindir el contrato unilateralmente, sin perjuicio de lo dispuesto en el contrato.

17 En los apartados anteriores, se han señalado las razones por las cuales la cláusula arbitral sigue siendo válida y, por ende, es vinculante para las partes. La DEMANDADA, entonces, ha incumplido su obligación derivada del acuerdo arbitral de someter a arbitraje cualquier diferencia o litigio sobre la interpretación o ejecución del contrato, al abstenerse de nombrar un árbitro. Esta conducta decae en un grave incumplimiento de las obligaciones emanadas en el acuerdo arbitral, ya que el Reglamento de Arbitraje de la UNCITRAL, al que las partes se sometieron, menciona en su Art. 7: “Si se han de nombrar tres árbitros, cada una de las partes nombrará uno” **[Hecho 2.24]**.

CONCLUSIONES DEL ASUNTO 1:

La cláusula arbitral tiene plena validez puesto que, debido al principio de separabilidad, sobrevive a la terminación unilateral; además, dicho principio fue reconocido por las partes al

someterse al reglamento de arbitraje de la UNCITRAL. La intención de las partes en ningún momento iba dirigida a resolver la cláusula, ya que para que esta sea resuelta necesita de mutuo disenso. El presente Tribunal Arbitral tiene plena competencia para decidir de su propia competencia (*Kompetenz-Kompetenz*) y, por ende, decidir si la cláusula arbitral fue resuelta o no. Dado que la cláusula en ningún momento fue resuelta, esta es exigible y obligatoria (*Pacta Sunt Servanda*), por lo que la DEMANDADA está violando la obligación contractual de resolver sus disputas en arbitraje, al oponerse a nombrar árbitro.

ASUNTO 2: LA CONTROVERSIA SE ENCUENTRA DENTRO DE LOS ALCANCES DE LA CLÁUSULA ARBITRAL

18 Una de las razones por las cuales la DEMANDADA se opone al arbitraje es que “las pretensiones planteadas por la DEMANDANTE no están dentro de aquellas para las cuales se pactó el arbitraje” **[Doc. No 19]**. Este razonamiento está fundamentado en una interpretación literalista del convenio arbitral. No obstante, existen otros criterios interpretativos que favorecen la jurisdicción del Tribunal Arbitral y que, por las razones expuestas *infra*, deben preferirse a un análisis meramente literal de la cláusula.

19 Una de las implicaciones de lo anterior es que, en la cláusula arbitral, las palabras “interpretación” y “ejecución” no deben entenderse de manera restrictiva, atendiendo sólo a su significado gramatical o jurídico, sino que deben tenerse en cuenta otros criterios interpretativos adicionales. Por ello, el término “ejecución” no debe ser interpretado en su sentido técnico-jurídico, ya que, de esta forma, no se demuestra la verdadera intención de las partes.

20 En los siguientes párrafos, son tres los criterios de interpretación con los que se pretende establecer la competencia del Tribunal Arbitral: la buena fe, la interpretación efectiva y *contra proferentem*. Con ellos, se comprobará que las pretensiones planteadas por la DEMANDANTE se encuentran dentro del alcance del convenio arbitral.

2.1 Alcance del acuerdo arbitral

21 Determinar el alcance exacto de un acuerdo arbitral, implica considerar no solamente a las partes, sino también a las materias que esas partes acordaron referir a arbitraje **[Fouchard/ Gaillard/ Goldman, Pág. 297]**. En el presente caso, es recomendable darle al acuerdo arbitral un sentido que abarque cualquier tipo de disputas relativas al contrato, a pesar de que el

sentido literal lo limite a la interpretación y a la ejecución del mismo. En ausencia de una clara intención de las partes, es desatinado suponer que estas quisieron dividir o repartir la jurisdicción. Por lo tanto, acuerdos arbitrales sin una expresa limitación deben, en general, interpretarse de modo que cubran todos los reclamos en conexión con el contrato **[Lew/Mistelis/Kröll, Pág. 153] [Ashville Investment Ltd. vs. Elmer Contractors Ltd.]**.

22 En adición a lo anterior, hay una fuerte tendencia jurisprudencial a favor de una interpretación amplia de las cláusulas arbitrales. Por ejemplo, esto está de acuerdo a los principios generales de interpretación empleados por la CIADI, en virtud de los cuales, cualquier acuerdo, incluidos los convenios arbitrales, deben ser construidos de buena fe, esto es, tomando en cuenta las consecuencias del compromiso que las partes pudieron razonablemente prever al momento de pactar el contrato **[Amco vs. Indonesia]**.

2.2 El principio de buena fe

23 Un principio rector de interpretación de contratos es el de buena fe. Este principio está consagrado en el Art. 4.1 de la UNIDROIT, el cual expresa que el contrato debe interpretarse conforme a la intención común de las partes.

24 Esta regla de interpretación implica que la verdadera intención de las partes debe prevalecer sobre la interpretación declarada, cuando estas no son coincidentes. Interpretación de buena fe es una forma menos técnica de decir que cuando se interpreta un contrato, debe tenerse en cuenta la intención común de las partes, en lugar de limitarse a examinar la literalidad de los términos usados **[Fouchard/ Gaillard/ Goldman, Pág. 257]**.

25 El principio de buena fe es, por lo tanto, una forma de integrar las posibles lagunas en que incurrieran las partes al plasmar su voluntad, ya sea por descuido o por imprevisión de la variedad de casos que pudieran suscitar un conflicto en el futuro. La imprevisión se da, particularmente, cuando el arbitraje se pacta bajo la forma de una cláusula compromisoria porque, en este supuesto, el conflicto aún no ha surgido cuando las partes acordaron someterse al arbitraje. Es posible afirmar, entonces, que la cláusula compromisoria inserta en un contrato, despliega su eficacia sobre diferencias futuras y, en consecuencia, el grado de improvisación habrá de ser mayor que respecto del compromiso arbitral, que se funda sobre previsiones **[Merino/Chillón, Pág. 1273]**. Sin embargo, estas posibles imprevisiones u olvidos no obstan a que la verdadera intención que tenían las partes en el momento de plasmar su voluntad era la de resolver sus controversias mediante arbitraje. Ya la CCI ha expresado que

con relación a la apreciación de la forma de las cláusulas “se debe buscar la verdadera y real intención de las partes, sin apego a expresiones inexactas o equívocas que puedan estar contenidas en él, por error u olvido de las partes” [Laudo CCI, No 2795/1977].

26 Por lo anterior, la DEMANDADA no puede aprovecharse de la omisión accidental de las partes de incluir la indemnización de daños y perjuicios en la cláusula, apegándose a una interpretación literal de esta para impugnar la competencia del Tribunal Arbitral. Al hacerlo, está yendo en contra de sus propios actos y en contra de la real intención que tenía al momento de celebrar el contrato y, por lo tanto, atenta contra el principio de buena fe.

2.3 El Principio de la Interpretación Efectiva (*ut res magis valeat quam pereat*)

27 El principio de interpretación efectiva consiste en que si una cláusula puede ser interpretada de diferentes maneras, debe preferirse la interpretación que habilita el acuerdo de las partes. En otras palabras, este principio prescribe que, de ser posibles dos o más interpretaciones de los términos de un contrato, se preferirá aquella que le dé efectos a dichos términos [Lew/ Mistelis/Kröll, Pág. 469]. De esta misma forma se expresa la doctrina, al mencionar que la interpretación que haga efectiva la cláusula debe ser adoptada preferentemente sobre la que previene que dicha cláusula sea efectiva. En caso de duda, se debe preferir la interpretación que da significado a las palabras, antes que aquella que las haga inútiles o sin sentido. [Fouchard/ Gaillard/Goldman, Pág. 258].

28 La interpretación efectiva se aplica de forma específica al arbitraje, mediante el principio de máxima eficacia o *favor arbitrandum*, “por el que se persigue obtener la máxima eficacia del convenio, de cara al mejor desenvolvimiento de la operación arbitral en su conjunto” [Merino/Chillón, Pág.1126]. En la misma forma, la doctrina y la jurisprudencia establecen que “cualquier duda concerniente al alcance de los asuntos arbitrables debe ser resuelta a favor del arbitraje” [Remy Amerique, Inc. vs. Touzet Distribution].

29 El principio *favor arbitrandum* está íntimamente vinculado al principio de buena fe, antes mencionado, de acuerdo al cual debe dársele primacía a la verdadera intención de las partes. La relación entre ambos principios se pone de manifiesto en la siguiente afirmación de la CCI: “Las partes que incluyen una cláusula de arbitraje en un contrato, sin duda desean que esta cláusula permita un acuerdo mediante arbitraje de las controversias que estén dentro de su ámbito de aplicación. Esto se da bajo la premisa de que las partes han celebrado un convenio de arbitraje válido y de que la cláusula es eficaz. Por lo tanto, con el fin de respetar la intención

de las partes contratantes, se puede legítimamente interpretar este tipo de cláusulas en un sentido favorable a su validez y a su eficacia” **[Laudo CCI, No 7920/1998]**.

30 En el presente caso, existen dos posibles interpretaciones: la interpretación literal empleada por la DEMANDADA y la interpretación que atiende a la voluntad de las partes (principio de buena fe) y le da efectos a la cláusula arbitral. El principio de interpretación efectiva y, más específicamente, el principio *favor arbitrandum*, indica que debe preferirse esta última interpretación. La jurisprudencia ha reconocido este tipo de soluciones legales, al expresar que es general y ampliamente reconocido el principio que, a partir de dos posibles interpretaciones, el juzgador elige la que favorece la validez de un acuerdo **[Laudo CCI, No. 4145]**.

2.4 Contra Proferentem

31 Este principio aplica en los casos en que el instrumento que contiene el convenio arbitral ha sido redactado por solo una de las partes, cuando de dicho documento ha surgido una duda respecto del alcance del acuerdo arbitral **[Fouchard/ Gaillard/ Goldman, Pág. 260]**. El *contra proferentem* es reconocido por los principios UNIDROIT, que establecen en su Art. 4.6 que “si los términos de un contrato dictados por una de las partes no son claros, se preferirá la interpretación que perjudique a dicha parte”. Por tanto, si es evidente que las partes trataron de hacer un contrato válido, y la duda respecto a la interpretación es sólo en cuanto a cuál de dos posibles significados ha de ser adoptado, el Tribunal se verá inclinando a fallar acorde a la interpretación que sea menos favorable en su efecto jurídico a la parte que tuvo a su cargo la redacción de su documento **[First Travel Corp. vs. Irán]**.

32 En los casos en que la voluntad de las partes no haya sido estipulada de manera inequívoca, es razonable que la parte que lo redactó no se puede aprovechar de esa imprecisión. En el caso en cuestión, la DEMANDADA fue quien redactó el contrato y la cláusula arbitral contenida en él. Sin embargo, la redacción realizada por la parte demandada no fue clara al utilizar las palabras “interpretación” y “ejecución”, ya que surge la interrogante de si el presente tribunal arbitral es competente para conocer respecto de los daños originados del incumplimiento contractual de la DEMANDANTE. La DEMANDANTE, por consiguiente, no tiene por qué resultar afectada por las consecuencias negativas de dicha ambigüedad y la cláusula

debe interpretarse de tal manera que satisfaga la pretensión de la DEMANDANTE de someter el conflicto al arbitraje.

CONCLUSIÓN DEL ASUNTO 2

Respecto del alcance de la cláusula arbitral pactada por las partes, se debe interpretar de una forma amplia de manera que abarque cualquier tipo de controversias derivadas del contrato. Además, tres criterios de interpretación fundamentan ese alcance amplio de la cláusula arbitral y por ende su competencia. Del primer criterio, el de buena fe, se interpreta que la verdadera intención de las partes al contratar era la de someter sus controversias a arbitraje. El segundo criterio, el de la interpretación efectiva, lleva a la conclusión que se debe de preferir la interpretación que le de efectos a la cláusula arbitral sobre cualquier interpretación que prevenga su efectividad, y por lo tanto la cláusula debe producir plenos efectos. Finalmente, del principio de la interpretación de *contra proferentem* se colige que la DEMANDANTE no debe sufrir ninguna consecuencia respecto de la ambigüedad de la cláusula.

ASUNTO 3: LOS REQUISITOS PREVIOS AL ARBITRAJE PACTADOS EN EL CONVENIO ARBITRAL HAN SIDO CUMPLIDOS

3.1 El requisito de la mediación es alternativo al requisito de las negociaciones directas

33 Las partes establecieron, en lo concerniente a los métodos de resolución de las controversias que suscitara el contrato [**Doc. 1, clau.5**], lo siguiente:

“Ante cualquier diferencia o litigio sobre la interpretación o ejecución del presente contrato, las partes se comprometen a intentar resolverlas por negociaciones directas o con la asistencia de un mediador que designen de común acuerdo, por un plazo que no excederá de sesenta días. En caso contrario, podrá ser sometida a arbitraje (...).”

34 La selección de palabras utilizadas en la cláusula arbitral, concretamente en la palabra “o”, contenida en el párrafo resaltado, indica una disyunción. La RAE califica a esta partícula como una conjunción disyuntiva, “que denota diferencia, separación o alternativa entre dos o más personas, cosas o ideas”.

35 Por lo tanto, por medio de la cláusula arbitral, las partes se han comprometido a solucionar sus controversias por otros medios de resolución de conflictos distintos del arbitraje

antes de recurrir a esta última vía; sin embargo, han dejado abierta la posibilidad de optar entre la mediación o la mera negociación directa entre ellas. La mediación y la negociación directa son, entonces, requisitos alternativos y no necesariamente concurrentes, por lo que basta agotar uno de ellos para que sea procedente el arbitraje.

36 Como se deduce de la relación de los hechos, las partes ya se han reunido en Puerto Madre [**Hechos 2.21**] para tratar de resolver la controversia, siendo dicha reunión infructífera, pues no se logró llegar a un acuerdo entre ellas. También es importante considerar que la negociación fue directa, pues se realizó por lo titulares de ambas empresas.

37 Se afirma que la DEMANDANTE cumplió con lo pactado en el convenio, al tratar de resolver el conflicto mediante una negociación directa antes de emprender los trámites arbitrales. Además, por las razones ya expuestas, no es necesario que se agote también la mediación. Por lo tanto, la DEMANDANTE ha cumplido con las exigencias previas al arbitraje que se pactaron en el contrato y el procedimiento arbitral es, sin lugar a dudas, procedente.

3.2 La mediación es innecesaria, debido al evidente deterioro de la relación

38 Una de las finalidades de los medios alternos de resolución de conflictos, tales como la negociación y la mediación, es que la disputa suscitada se resuelva sin que se estropee la relación existente entre las partes [**Tweeddale/Tweeddale, Pág.6**]. En este caso, la relación ya se ha deteriorado. Prueba de ello es que a ambas empresas les fue imposible llegar a un acuerdo en la reunión que sus titulares sostuvieron. Además, el desgaste de la relación se deduce del intercambio de cartas y telegramas entre las partes. Por ejemplo, el Lic. Carlos Espina, calificó la situación entre ambas empresas como “enojosa” [**Doc. 9**]. Asimismo, Angélica Coraza, en representación de la DEMANDANTE, expresa: “Francamente, nos sentimos injustamente tratados por FASA, ya que IMSA podría tener que afrontar cuantiosas pérdidas por cuestiones absolutamente fuera de su control y ajenas a su voluntad” [**Doc. 8**].

39 Expuesto lo anterior, recurrir a la mediación carece de sentido, pues un deterioro de la relación entre las empresas ya no puede evitarse. Por lo tanto, el agotamiento de este método de resolución de conflictos solamente implicaría un gasto innecesario de tiempo, dinero y energía para las partes, lo cual es contrario a uno de los objetivos que persigue el arbitraje: la celeridad [**Caivano, Pág. 37**].

40 En este sentido, doctrinariamente se ha señalado que existen límites a los métodos alternos de resolución de conflictos, los cuales impiden a una parte dilatar el proceso por el

simple hecho de negarse a prestar su acuerdo para una solución que resuelva la controversia; más aún si la relación se ha roto y no existen perspectivas de que se reanude. En tal caso, cualquier intento de mediación probablemente será un gasto de tiempo y de dinero; lo necesario es una decisión ejecutable, y no una sugerencia. Finalmente, debe aceptarse que el proceso de mediación puede fallar, en cuyo caso sólo se habrá añadido un retraso y un gasto para lograr una solución a la disputa **[Hunter/ Redfern, Pág. 113]**.

CONCLUSIÓN DE ASUNTO 3

Las partes en la cláusula arbitral pactaron la alternativa de resolver previamente sus disputas mediante negociaciones directas o con la asistencia de un mediador; por lo que dicha etapa previa fue cumplida con la reunión, que se llevó a cabo en un hotel en Puerto Madre el 31 de marzo de 2007, por lo que las partes tuvieron la oportunidad de llegar a un acuerdo que resolviera la disputa antes de ir a arbitraje. Alternativamente, aunque se considere que no se cumplió dicha etapa previa, aún así la mediación era innecesaria y, debido a la condición deteriorada de la relación de las partes, no existía animo de llegar a ningún tipo de acuerdo.

PARTE SUSTANTIVA

ASUNTO 1: HA EXISTIDO UN INCUMPLIMIENTO ESENCIAL DE LA DEMANDADA

1.1 No ha existido resolución previo a la fecha 8 de marzo

1.1.1 Intentos de Resolución Fallidos

41 El día 14 de diciembre [**Doc. No.4**], al conocer sobre la prohibición legislativa a la exportación de merluza, la DEMANDANTE previó el posible incumplimiento de la hoy DEMANDADA y le solicitó, por vía epistolar, que se pronunciara sobre su futuro cumplimiento. Esta aproximación con la contraparte, fue un acto en apego a lo requerido por el Art. 72(2) CISG. Contando con suficiente tiempo de antelación, la DEMANDANTE le concedió a la DEMANDADA la oportunidad de pronunciar las seguridades correspondientes a su futuro cumplimiento o incumplimiento [**Schlechtriem, Pág. 95**]. Acorde a lo anterior, la DEMANDANTE notificó su preocupación sobre un posible incumplimiento futuro para que la DEMANDADA se pronunciara. Ello con el afán de que la DEMANDADA, al admitir el riesgo de incumplimiento futuro, hiciera constar de manera objetiva que dicho riesgo era un riesgo patente [**Honnold, Pág. 438; Bennet, Págs. 525 – 530**].

42 No obstante, en fecha 22 de diciembre [**Doc. No. 7**], la DEMANDADA, ejerciendo la oportunidad antes referida, declara que no hay motivo del cual preocuparse y que el cumplimiento de la obligación a futuro no está en riesgo, ya que confía en que el gobierno de Costa Dorada no prorrogará la veda. Por tanto, la DEMANDANTE no obtuvo la condición *sine qua non* de que el riesgo fuera objetivamente patente con la que pudiese declarar resuelto el contrato unilateralmente [**Honnold, Pág. 438**]. La única forma en que se hubiera podido declarar la resolución unilateral, era adquiriéndose, y nunca suponiéndose [**Schlechtriem, Pág. 95**] esta objetividad en cuanto al riesgo patente de incumplimiento y no había nada más objetivo que la propia declaración de la DEMANDADA en cuanto a su futuro incumplimiento. Esta declaración nunca se obtuvo. Por el contrario, la DEMANDADA aseguró el cumplimiento de sus obligaciones [**Doc. No. 7**]. La DEMANDANTE no pudo resolver por sí misma el contrato en tal ocasión, y procedió a intentar, de manera bilateral, la resolución con la otra parte.

43 Es por ello, que en carta del 1 de enero la DEMANDANTE, teniendo la oportunidad de revalorar las iniciales seguridades ofrecidas por la DEMANDADA [**Bennet, Págs. 525-530; Perales Viscasillas, Capítulo VI**], muestra su inconformidad e insiste con que se acuerde la resolución del contrato en el mismo documento [**Doc. No. 6**]. La DEMANDANTE deja clara su intención de “acordar con FASA la resolución del contrato”.

44 Ante esta nueva insistencia, la parte DEMANDADA, en respuesta del 5 de enero, rechaza “terminantemente” [**Doc. No. 7**] cualquier negociación que tenga por finalidad la resolución del contrato. Además, la DEMANDADA reitera su compromiso de cumplimiento a futuro, alegando que tiene información del gobierno de que la ley no será prorrogada, por lo que sí podrá entregar las mercancías el 28 de febrero tal y como estaba acordado. Con lo anterior, se hace imposible la resolución del contrato por acuerdo bilateral y, dado el nuevo aseguramiento, se le imposibilita la resolución unilateral. Al mismo tiempo, los intentos de la DEMANDANTE denotan únicamente su deseo de resolver el contrato y no una declaración de resolución en sí, diferenciación que ya ha sido hecha en laudo arbitral por el Tribunal de **CIETAC (China, 2000)**.

45 Por último, y dado que la finalidad de la DEMANDANTE era resolver el contrato para pactar con otro proveedor, el día 12 de enero [**Doc. No. 8**] se intenta una nueva resolución de cualquier manera, ya sea alcanzando el acuerdo de la resolución o bien, obteniendo la aceptación de un incumplimiento futuro que permita la resolución de manera unilateral. Para ello, en dicha ocasión, la DEMANDANTE explicó los daños que podían surgir de un futuro real incumplimiento y ejerció presión para obtener una resolución.

46 Pese a todo, este último intento, al igual que los anteriores, resulta infructífero pues no se alcanza la resolución ni por vía de acuerdo bilateral ni por aceptación del incumplimiento futuro al “ratificar la indeclinable voluntad de FASA de respetar los términos del contrato” el día 22 de enero [**Doc. No.9**].

47 Cabe destacar que cualquiera de los dos intentos de resolución, bilateral o unilateral, de haber sido fructíferos, hubieran permitido a la DEMANDANTE contratar con un nuevo proveedor para poder suplir el contrato de venta que tenía con Sur S.A., pero ninguna de dichas resoluciones fue posible.

48 Es también por ello que la DEMANDADA no puede alegar el *venire contra factum proprium* de la DEMANDANTE, acorde al Art. 1.7 de los principios UNIDROIT; dado que la resolución unilateral nunca fue eficaz. La DEMANDANTE es la que tuvo que cuidar la

precaución debida de mantener sus obligaciones en pie y cumplirlas, ya que finalmente si esta no las hubiera cumplido, ello hubiera sido causa justificante de una futura resolución por parte de la DEMANDADA [**Lookofsky, Pág.135**].

49 Ninguno de los intentos de resolución procedió y por ello, como segunda opción, la DEMANDANTE pasó a exonerarse según lo dispuesto en el Art. 79(1) CISG el día 1 de febrero, tal como se expone a continuación.

1.1.2 Exoneración de las obligaciones de IMSA de fecha de 1 de febrero por impedimento imprevisto

50 El día 1 de febrero de 2007 la DEMANDANTE se declaró exonerada de sus obligaciones [**Doc. No.10**] amparándose en lo dispuesto en el Art. 79 CISG. La parte DEMANDANTE, en tal documento, comunicó a la DEMANDADA que, debido a la incertidumbre, falta de garantías y por la condición esencial del plazo, se consideraba exonerada de sus obligaciones contractuales. Dicha comunicación fue emitida por Roberto Esteban Izquierdo, Gerente de Asuntos Legales de la DEMANDANTE. Por ello, en atención al Art. 8 CISG el sentido que debe buscársele al documento como “persona razonable” ya no es el que le hubiera otorgado un hombre de negocios, sino que es el de un abogado que habla en un sentido técnico y conoce el significado legal de sus palabras. Era una exoneración.

1.1.2.1 Validez de la exoneración

51 Para que una exoneración sea válida es menester que exista un impedimento ajeno que incapacite el cumplimiento del contrato; así también, que el mismo constituya un obstáculo imprevisible en el momento de su celebración. La prohibición legal a la exportación de merluza fue el presupuesto de hecho que originó el impedimento para el cumplimiento de las obligaciones contractuales. Este hecho cumple con los requisitos para exonerar a los contratantes del cumplimiento de sus obligaciones: que el impedimento sea imprevisible, irresistible y que sea ajeno a la voluntad de las partes. [**Perales Viscasillas, Capítulo VII; SCG Art. 79, §1**].

a) El impedimento era imprevisible

52 La prohibición a la exportación es un impedimento al cumplimiento de la entrega de la merluza. Tómese en consideración que la fecha límite para el cumplimiento de la obligación de

la DEMANDADA era el 28 de febrero, y que era condición esencial del contrato la nominación del buque por parte de la DEMANDANTE con un mínimo de diez días de antelación, siendo este nombramiento una obligación contractual para la DEMANDANTE. La fecha máxima para el cumplimiento de esta obligación, como es previsto por el contrato celebrado entre las partes, era el 18 de febrero. Al ser el 20 de febrero el vencimiento de la provisión legal que vedaba la exportación de merluza, la nominación de un buque para el cargamento de la misma se vuelve estéril.

53 El contrato se perfeccionó el 7 de agosto de 2006 **[Doc. No.2]**. A esta fecha, era imposible para ambas partes prever que tres meses con quince días posteriores a la celebración del contrato se legislaría una prohibición de noventa días, prorrogables por otros noventa, a la exportación de merluza. Esta veda no era una práctica común en el Estado de Costa Dorada **[Aclaraciones 7.1, 7.2]**, más bien consistió en una medida para solventar la emergencia pesquera sufrida por el país **[Hecho 2.4]**. Este impedimento era totalmente imprevisible al momento de celebrar el contrato **[SCG Art. 79, §6]** y con ello se cumple uno de los tres requisitos esenciales de toda exoneración amparada en el Art. 79 CISG **[Lookofsky, Pág. 161; Honnold, Pág. 474; Perales Viscasillas, Capítulo VII]**.

54 La previsibilidad debe ser algo que no exista y sea inimaginable al momento de la celebración del contrato, en concordancia con la postura adoptada por un Tribunal Arbitral búlgaro en el laudo emitido en 1996 para un caso de carbón **[Coal Case (Bulgaria, 1996)]**.

b) El impedimento era irresistible

55 Tanto para la DEMANDADA como para la DEMANDANTE, en caso que se prorrogara la prohibición, el buscar que se cumpliera esa entrega, dando la mercancía y nominando el buque respectivamente, habría constituido una violación a la Ley transitoria del Estado de Costa Dorada que prohibía la exportación de merluza. Esta ley fue debidamente sancionada, promulgada y publicada, por lo que es un precepto imperativo y de cumplimiento para las partes. **[Perales Viscasillas, Capítulo VII]**.

56 Por tanto, resulta razonable que este impedimento paralizara la nominación del buque, ya que la misma estaba ligada a la posibilidad de entrega de la merluza, la cual era inexigible, pues en tales circunstancias ello habría significado una violación a la ley. Este acto habría traído consigo, incluso, un desprestigio para cualquiera de las partes. Con lo anterior queda

corroborado el segundo requisito, según el cual el impedimento debe hacer inexigible el cumplimiento de la obligación.

c) El impedimento era ajeno a la voluntad de las partes

57 La disposición legal emitida en el Estado de Costa Dorada es totalmente ajena a la voluntad de las partes, del mismo modo que habría sido un caso de huelga general que no ha podido ser prevista [**Perales Viscasillas, Capítulo VII**], bloqueos militares o prohibiciones gubernamentales [**Honnold, Pág. 484; Barry, Capítulo 5.02; SCG Art. 79 §5**]. Estos eventos resultan ser de la mismas características que la veda a la exportación en Costa Dorada. Con ello queda comprobado el tercer requisito necesario para que proceda la exoneración según el Art. 79 CISG, este es, que el impedimento debe ser ajeno a la voluntad de las partes [**SCG Art. 79 §6**].

58 Bajo el cumplimiento corroborado de los tres requisitos antes mencionados, la DEMANDADA estaría exonerada de realizar la entrega de mercadería; y la DEMANDANTE, exonerada del cumplimiento de la condición esencial de respetar el plazo de la nominación del buque en que se haría la entrega. No obstante, esta ley no impedía a la DEMANDANTE el cumplimiento de su obligación de pagar el precio convenido en el contrato [**Doc. No. 1**]. Por este motivo, para el pago efectivo la DEMANDANTE siguió respetando la fecha límite del día 28 de febrero, día en el que, denotando buena fe, diligentemente ofreció pagar y cumplir así con las obligaciones que beneficiaban a la DEMANDADA [**Doc. No. 12**].

59 Se debe tomar en cuenta que la DEMANDANTE alegó y notificó la exoneración, previendo la posibilidad de incumplimiento dada la incapacidad sobrevenida por la restricción legal, tal como lo establece el Art. 79(4) CISG [**Perales Viscasillas, Capítulo VII; SCG Art. 79, §15**].

60 Con ello se pretendía por la DEMANDANTE alcanzar la liberación del reparo de daños y perjuicios derivados de su futuro incumplimiento, quedando, de tal modo, justificado dicho incumplimiento [**Perales Viscasillas, Capítulo VII**]. Ahora bien, la condición necesaria para que un impedimento provoque la justificación para el incumplimiento de una obligación contractual es la existencia del mismo. Una vez dicho impedimento cesa de existir, se reanudan los efectos ordinarios del contrato, haciéndose nuevamente exigible el cumplimiento de la

obligación, por lo que es menester para las partes tomar las medidas necesarias para encaminarse a dicho cumplimiento [**Perales Viscasillas, Capítulo VII; SCG Art 79, §13 y §14**].

1.1.2.1.1 Medidas necesarias para el cumplimiento de la obligación

61 La exoneración provocó un retraso en la nominación del buque de acuerdo al plazo estipulado en el contrato, y consecuentemente en la entrega de la mercadería. Como muestra de diligencia y buena fe por parte de la DEMANDANTE, se prorrogó el plazo original para la entrega de la mercadería [**Doc. No. 12**], obligación que sólo favorecía a la DEMANDANTE, mientras que en lo que respecta al pago, la DEMANDANTE continuó apegada al plazo original del 28 de febrero. En otras palabras, la DEMANDANTE, aceptó que el cumplimiento de las obligaciones de la DEMANDADA, se hiciera dentro de un plazo suplementario, en rigor al Art. 47 CISG.

62 En este sentido, el Tribunal de Apelación OLG Naumburg de Alemania ha entendido que un nuevo plazo puede ser fijado para lograr el cumplimiento de las obligaciones de un contrato si de ese modo se logra mantener la validez de este [**caso Naumburg (Alemania, 1999)**].

1.1.2.2 Declaración errónea de resolución

63 No obstante lo anterior, la DEMANDADA se pronunció en su correspondencia del 26 de febrero [**Doc. No. 13**] y del 24 de mayo [**Doc. No. 19**] sobre la existencia de una resolución previa de la DEMANDANTE en fecha 1 de febrero. Es en esa fecha en particular que la DEMANDANTE alega la exoneración referida *ad supra*. Se estableció que la intención de la DEMANDANTE en esa fecha, era exonerarse de sus obligaciones contractuales a raíz de un impedimento, según el Art. 79 CISG. Una resolución unilateral en dicha fecha resultaba improcedente, ya que la otra parte no se pronunció al respecto de su no cumplimiento a futuro. Esto hace imposible llenar los requisitos de la resolución por incumplimiento anticipado del Art. 72 CISG al no existir un riesgo patente [**Honnold, Pág. 437**]. Se descarta pues, la posibilidad que la epístola del 1 de febrero pudiera ser interpretada como una resolución por parte de la DEMANDANTE.

64 En consecuencia, la posición de la DEMANDADA sobre la existencia de una resolución, no procede por los motivos antes expuestos. Es necesario enfatizar que el comunicado de la DEMANDANTE con fecha 1 de febrero no introducía un lenguaje ambiguo que imposibilitara la correcta interpretación de las intenciones del comunicado. A partir de lo anterior, se interpreta

con un criterio subjetivo del Art. 8(1) CISG [**Perales Viscasillas, Capítulo VI**], hace que resulte desacertada la interpretación de la DEMANDADA como una resolución anticipada. Más aún, y en atención al criterio objetivo del Art. 8(2) CISG -el cual prescribe que independientemente de la voluntad de los contratantes, corresponde a asignar el significado que a los actos hubiera dado una persona razonable en las mismas condiciones [**Perales Viscasillas, Capítulo VI**]-, se desacredita también la interpretación como equivalente a una resolución anticipada.

65 Aún en caso que se mantuviera la interpretación del contenido del comunicado de la DEMANDADA con fecha 1 de febrero [**Doc. No. 10**] como una resolución, ella resultaba improcedente, al no verificarse el requisito que el incumplimiento futuro sea patente. En todo caso, el contenido de esta epístola podría ser una declaración errónea de resolución por parte de la DEMANDANTE.

66 Esta declaración errónea o equívoca de resolución es una circunstancia que resulta cuando, transgrediendo los límites y requisitos establecidos por el Art. 72 CISG, una parte busca declarar la resolución anticipadamente. Ella, además, se entiende como una repudiación del contrato [**Honnold, Pág. 438; caso 04/02/99**] que posibilita a la contraparte a declarar unilateralmente la resolución del mismo. Esto último debido a que una parte que incumple en virtud de una resolución no justificada, según el Art. 72 CISG, comete ella misma un incumplimiento esencial al que debe responder [**Lookofsky, Pág. 135**]. Una de las partes, en tales circunstancias, está habilitada para resolver el contrato porque la otra parte se ha mostrado renuente a continuar con sus obligaciones, sin estar justificada para ello [**Ziegel, Capítulo 9, págs. 35-43**].

67 Debido a lo anterior, a pesar del alegato que la DEMANDANTE había resuelto el contrato en fecha 1 de febrero, su resolución no habría sido justificada en los términos del Art. 72 CISG y constituiría una declaración errónea de resolución, dando paso a que la DEMANDADA pudiera haber declarado resuelto unilateralmente el contrato, posibilitando a la DEMANDANTE a negociar con otras compañías una recompra supletoria. Sin embargo, la DEMANDADA no lo hizo: no declaró resuelto el contrato, perdiendo el derecho de hacerlo [**Oldenburg (Alemania, 1996)**]. Por tanto, el contrato es válido y las obligaciones originadas del mismo, exigibles: cada parte debía cumplir diligentemente con sus obligaciones. Eso fue lo que hizo la DEMANDANTE, al proceder con el cumplimiento de un contrato que nunca fue resuelto [**§83-93**].

1.1.2.3 Atentado contra la buena fe

68 Además, para la comprensión de la postura de la DEMANDADA, debe traerse a colación que hubo un aumento en los precios de la merluza, desde el momento en que esta negaba rotundamente los intentos de resolución de la DEMANDANTE hasta el momento en que la DEMANDADA incumple sus obligaciones entendiendo resuelto el contrato. En el contrato, el precio estipulado era de U\$5 por kilo de merluza y ahora está por encima de los U\$6 el kilo de merluza. Hubo un aumento del 20% en el precio aproximadamente. Ello es un incentivo a la DEMANDADA para entender resuelto algo que, debido a su actuación previa, nunca pudo efectivamente resolverse. Por tanto, ello denota la conveniencia de la DEMANDADA para entender el contrato como resuelto. El Tribunal Arbitral, debido a tales hechos, puede verse tentado a sostener que tal actuar contraría el principio del Art. 6.2.1. UNIDROIT, señalando un atentado a la buena fe que afecta los intereses de la DEMANDANTE [**CIETAC (China, 1997)**].

69 Debido a dicho cambio del 20% en los precios, la DEMANDADA puede considerar aplicar el principio de *Hardship* o excesiva onerosidad dispuesto en el Art. 6.2.2 de los principios UNIDROIT. Sin embargo, el *Hardship* procede cuando una alteración en el equilibrio del contrato implique un incremento en el costo de por lo menos el 50% del valor original [**UNIDROIT Official Comments, Pág.125**].

70 En este caso es improcedente pues no es que el costo de entrega haya aumentado en 50%, sino que ha aumentado su costo de oportunidad en un 20%, es decir, ha dejado de ganar U\$1. Es probable que de haber sido estas las condiciones de mercado al tiempo de contratar no hubiera aceptado vender a menos de U\$6, el precio de mercado, pero este 20% todavía está considerado “dentro de la órbita de la disposición” del control interno de la parte, y de lo que es previsible que considere antes de contratar [**Perales Viscasillas, capítulo VII**], no siendo una causal de justo impedimento para exonerarse ni tampoco siendo suficientemente relevante para calificar de excesiva onerosidad o *Hardship*.

71 En todo caso, el efecto del *Hardship* en el Art. 6.2.3 de los principios UNIDROIT es reclamar de inmediato la renegociación del contrato. La DEMANDADA no solicitó la renegociación del contrato en el momento que hubiese sido oportuno: desde que era previsible el cambio en el precio local y mucho menos que considere la resolución ahora que se le exige el resarcimiento debido a su incumplimiento.

1.2 La condición esencial del plazo no ha sido violada

1.2.1 El plazo estaba hecho a favor de la DEMANDANTE

72 En el presente contrato, la entrega que debía realizar la DEMANDADA a la DEMANDANTE estaba sujeta a un plazo, ya que debía realizarse a más tardar el 28 de febrero, posibilitando un tiempo prudencial para la realización de la entrega **[Ying, Pág. 333]**. Por lo tanto, se trataba de un lapso en el cual desde el momento del perfeccionamiento del contrato hasta tal día cierto, la DEMANDANTE podía decidir cuándo solicitar dicha entrega conforme al logro del objetivo del contrato **[SCG Art. 33 §6]**. La entrega debía ser realizada con anterioridad a la Semana Santa, pues la merluza debía satisfacer la demanda de la temporada, ya que fue ésta la intención por la que se contrató.

73 La Corte Suprema Suiza **[FSC (Suiza, 2000)]** estableció que un incumplimiento en la entrega de los bienes podría originar un quebrantamiento fundamental si las partes acordaron una fecha de entrega y esta se encontraba en interés del comprador. Dicho interés se reconoce siempre y cuando se trate de bienes de temporada, como en el presente caso, la merluza.

74 En la cláusula que identifica el plazo, denominada en su momento como esencial en el contrato, se identifican dos plazos diferentes: a) el lapso que tiene la DEMANDANTE para solicitar la entrega de la mercadería, que se extiende desde la aceptación del negocio hasta el 28 de febrero; b) el plazo que tiene la DEMANDADA para realizar los actos preparativos para la entrega de merluza, el cual tiene una extensión de al menos diez días a partir de la notificación del buque **[Doc. No.1]**.

75 El plazo pactado por las partes, cuyo término es el 28 de febrero **[Doc. No.1, cláusula 3]**, es un plazo que beneficiaba únicamente a la DEMANDANTE, pues es esta quien tenía el interés de distribuir la mercadería para una temporada específica **[Doc. No.4]**. La merluza constituye un bien estacional para su compra y, por ello, dicho plazo debió y debe entenderse en especial utilidad de la DEMANDANTE **[FSC (Suiza, 2000)]**.

76 Por tanto, se trata de un derecho disponible y de un plazo cuya efectividad dependía de la decisión unilateral de la parte que en interés de ella se ha constituido **[UNCITRAL Digest, JUNIO 2004]**. Es a la DEMANDANTE a la que le correspondía determinar el día que mejor le beneficiaba la entrega, por lo que su renuncia o prórroga no causa un perjuicio sustancial a la parte DEMANDADA **[Chengwei, Capítulo 5.2]**.

77 Siendo un plazo a favor de la DEMANDANTE, no existió nunca en este caso un quebramiento fundamental al negocio jurídico, ya que la única parte afectada con la prórroga es la DEMANDANTE y en ella radica la legitimación para alegar tal agravio. Resulta contradictorio que la parte DEMANDADA, que no presenta ningún menoscabo, alegue hoy tal trasgresión a lo pactado. Al mismo tiempo, tal plazo constituía el plazo fundamental del negocio al depender de este la finalidad del contrato celebrado: la entrega de merluza antes de Semana Santa.

78 Asimismo, se estableció que la DEMANDADA debía realizar los preparativos para la entrega, con la notificación del nombramiento del buque en los diez días anteriores de la llegada del barco al puerto. A pesar de que ello fue pactado como condición esencial del contrato, se trata de un plazo accesorio, necesario para que la DEMANDADA realice la entrega con suficiente antelación y que no atañe al objetivo de la contratación. La inobservancia de este elemento del negocio no lesiona esencialmente el contrato conforme al Art. 25 de la CISG [**FSC (Suiza, 2000)**].

79 Por todo esto, la trasgresión a la condición esencial correspondía a la entrega antes de una temporada cierta para lograr el objetivo del negocio y no al tiempo prudente para preparar la entrega, dada la poca afectación real que su inobservancia acarrearía al cumplimiento del contrato. El plazo de los diez días debió y debe entenderse razonablemente, pues trata de un lapso donde la DEMANDADA debe preparar la entrega y, dado el impedimento que sobrevino, en base a la buena fe con la que se celebran los negocios, esta debió hacer con mayor agilidad los actos preparativos para la entrega [**Babiak, Pág. 118**].

80 Esto último cobró mayor relevancia al levantarse el impedimento que daba motivo a la exoneración, pues uno de sus efectos es que, una vez eliminado el impedimento, las partes deberán inmediatamente llevar a cabo lo pactado. Era obligación de la parte DEMANDADA empezar a realizar dichos preparativos después de permitir el Estado la exportación [**Bund, Pág. 385; Perales Viscasillas, capítulo VII**], más aún con la temporada de Semana Santa acercándose. La DEMANDADA, a partir del 20 de febrero [**Doc. No11**], contó con más de diez días conforme lo establecido en el negocio para arreglar, en su momento, la entrega y, por ello, el plazo sí fue respetado.

1.2.2 La merluza, al ser un bien de temporada, es necesario venderla en Semana Santa

81 Finalmente, siendo la DEMANDADA concedora del contrato celebrado entre la DEMANDANTE con un tercero (SUR S.A. de C.V.) para un negocio de estación [**Doc. No.4**], se

debió regir el plazo del contrato conforme a tal interés pactado (Art. 8(1) CISG). A partir de lo anterior, se considera a la merluza como un bien temporal, destinado a satisfacer la demanda de un período concreto. Por ello, la DEMANDANTE es la que tiene interés en este plazo, la prórroga del mismo no menoscababa el interés de la DEMANDANTE, interesada en venderlo antes de la temporada, siendo ella, en todo caso, la única legitimada para solicitar la resolución o indemnización por tal retraso.

1.3 La DEMANDANTE cumplió con sus obligaciones como parte compradora

1.3.1 Pago: Obligación principal, lo que la DEMANDADA esperaba en virtud del contrato

82 En base al Art. 53 CISG pagar el precio de las mercaderías era la obligación principal de la DEMANDANTE [**Lookofsky, Pág. 28; Sevón, Pág. 329**]. Ello era precisamente la expectativa principal que la DEMANDADA tenía en virtud del contrato. En la cláusula número cuatro del contrato [**Doc. No.1**] se instauró que el pago se realizaría al contado, a través de una transferencia bancaria, contra la presentación de la documentación de embarque.

1.3.1.1 Disposición de pago de la DEMANDANTE

83 La DEMANDANTE notificó que ofrecía efectuar el pago de la mercadería antes de la entrega de la merluza, poniendo a disposición de la DEMANDADA una carta de crédito la cual era pagadera el 28 de febrero de 2007. [**Doc. No.12**].

84 De esta manera la DEMANDANTE cumplió con lo que preceptúa el Art. 54 CISG [**Honnold, §323; Sevón, Pág. 332**] y materializó sus intenciones de darle cumplimiento a la obligación principal que derivaba del contrato, corroborando a la DEMANDADA que podía esperar el cumplimiento del contrato [**Koch, Pág.224**].

1.3.1.2 Carta de Crédito

85 La carta de crédito que se libró a la orden de la DEMANDADA fue un instrumento que representaba una seguridad sobre el pago y, por ende, una certeza de que la DEMANDANTE daría cumplimiento a su obligación principal. Lo anterior es en consonancia con lo declarado en el caso **CIETAC (China, 1993)**. Las características propias de la carta de crédito demuestran que se estaba frente a una verdadera garantía y que la recepción del pago de la hoy

DEMANDANTE estaba asegurada.

86 Además, dicha carta de crédito era pagadera a fecha 28 de febrero de 2007. Con lo que la DEMANDANTE respetó la fecha que a partir del contrato se entendía era la última en la que la DEMANDADA estaba dispuesta a recibir el pago; no lesionando en algún momento los intereses de la parte DEMANDADA.

1.3.1.3 Aún no existía obligación de hacer el pago para la DEMANDANTE

87 En la misma cláusula número cuatro del contrato se dice que el pago se hará "contra la presentación de la documentación de embarque". Esta cláusula encuentra su fundamento en el Art. 58 (1) de la CISG. El principio de "pago a cambio de bienes" opera en ventaja de la DEMANDADA [**Schlechtriem, Pág. 83**], quien asegura recibir el pago.

88 En complemento a este principio, el Art. 58(3) CISG permite al comprador, como regla general, prorrogar la obligación del pago del precio hasta el momento en el que haya tenido la posibilidad de examinar las mercaderías. La única excepción que se hace sobre esta prerrogativa es que la entrega o el pago que se pactó por las partes no sean compatibles con esa posibilidad. Este caso, por tanto, en atención a lo contractualmente establecido, no cabe dentro de la excepción sino en la regla general; en consecuencia, la DEMANDANTE estaba facultada para diferir el pago hasta el momento en que se inspeccionaran los 50.000 kilos de merluza congelada. Esta actitud de la DEMANDANTE demuestra su buena fe y su afán de cumplir de la mejor manera lo dispuesto en el contrato.

89 Además, el Art. 58 CISG está diseñado con la finalidad de disminuir los riesgos para ambas partes: el riesgo del vendedor de hacer la entrega previo al pago y el del comprador de pagar por mercadería defectuosa [**Honnold, §333**]. En el presente caso, la DEMANDANTE estaba renunciando a su facultad de examinar la mercadería y a su derecho de hacer el pago contra presentación de la documentación de embarque [**Sevón, Pág. 335**], en atención al interés de la DEMANDADA por recibir el precio del contrato a más tardar el 28 de febrero, a pesar de estar claro que con tal modo de proceder aumentaban para ella los riesgos de la transacción.

90

Además, la DEMANDANTE se encuentra amparada por la figura jurídica de *exceptio non ad impleti contractus*, a semejanza de lo resuelto en el **caso RFCCI 7645** relacionado al pago del precio por parte del comprador, este último no estaba en obligación de pagar lo comprado hasta que el vendedor cumpliera la obligación de entregar la mercancía o, al menos, mostrar la

disposición de hacerlo.

1.3.1.4 Nombramiento del buque

91 Además de la obligación de pagar el precio, correspondía a la DEMANDANTE –respecto de las mercaderías- recibirlas en las condiciones establecidas en el contrato, tal como se establece en el Art.53 CISG. En la cláusula No. 3 del contrato, se estableció que correspondía a la DEMANDANTE notificar el nombramiento del buque en que debía cargarse la mercadería en Puerto Madre, con una antelación mínima de diez días de la llegada del mismo a dicho lugar. Dadas las circunstancias del caso y como se señaló *supra* [§72-81], quedó demostrado que no hubo incumplimiento esencial por parte de la DEMANDANTE.

92 El señalamiento del buque, al cesar el impedimento que sustentaba la exoneración señalada *ad supra*, y el posterior arribo de dicho buque a Puerto Madre el día 2 de marzo, indican que la DEMANDANTE se encontraba en disposición de recibir los bienes y tomar control de los mismos. De esta manera, se refleja su interés por cooperar al cumplimiento del contrato y a tomar las provisiones necesarias para su realización [Deeb Gabriel, Pág. 282].

93 En armonía con lo anterior, el Art. 60 CISG prescribe que el comprador debe realizar todos los actos que razonablemente quepa esperar de él para que el vendedor pueda efectuar la entrega. En el presente caso, la DEMANDANTE puso a disposición de la DEMANDADA el medio de transporte adecuado para favorecer el cumplimiento de su obligación de entrega y de esa manera hacerse cargo de la mercadería a partir del 2 de marzo [Honnold, Pág. 431-432; Dietrich Maskow, Article 60].

1.3.2 La DEMANDADA incumplió sus obligaciones como vendedora

1.3.2.1 La no entrega de las mercaderías constituye un incumplimiento esencial por parte de la DEMANDADA

94 Tras hacer del conocimiento de la DEMANDADA, por medio de acta notarial de fecha 2 de marzo de 2007 [Doc. No 14], que el buque “Poseidón” estaba anclado en Puerto Madre, a la espera de la carga de la mercadería, esta se rehusó absolutamente a darle cumplimiento a sus obligaciones como vendedor (Art. 30 CISG). [Lookofsky, Pág. 27].

95 La DEMANDADA no hizo la entrega de los 50.000 kilos de Merluza que eran el objeto

del contrato. Esta omisión fue para la DEMANDANTE una privación sustancial de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato **[Mullis, Pág. 351]**. Vale la pena destacar que dicho incumplimiento no fue provocado causalmente por una acción u omisión de la DEMANDANTE **[Tallon Pág. 597]**, tal como se demostró *supra*. En apego a los términos expresados en el Art. 25 CISG y del tribunal de la CCI en el **caso 9978**, hubo un incumplimiento de lo dispuesto en el contrato por parte de la DEMANDADA, y ello implica un incumplimiento fundamental del contrato **[Chengwei Liu, capítulo 5.2; Perales Viscallas, capítulo VI]**. Con respecto a ello, el tribunal arbitral de **Frankfurt (Alemania,1991)** y el tribunal de Pretura circondariale di Parma, en el **caso Milan (Italia,1998)**, dictaron sentencias de que todo fallo de una obligación, como el fallo de la DEMANDADA en la presente disputa, representa un incumplimiento del contrato. En síntesis, el incumplimiento por parte de la DEMANDADA es considerado esencial por los siguientes motivos:

1. La mera falta de entrega constituye un incumplimiento esencial. Así, en el **caso CCI 9978** se dictaminó que una falta absoluta de entrega de los bienes constituye un incumplimiento fundamental.
2. El hecho de que el contrato versare sobre bienes de temporada **[Doc. No.4]** requería que su cumplimiento fuese oportuno tal y como fue expresado por la Corte de Apelación de **Milán (Italia, 1998)**.
3. El cumplimiento del contrato en una fecha ulterior carecería de interés **[Graffi, Pág. 340]** para la DEMANDANTE.
4. La DEMANDADA sabía del carácter indispensable del plazo de entrega de mercadería del contrato, ya que tenía conocimiento del contrato de reventa que se había celebrado entre la DEMANDANTE y la mayor cadena de supermercados de Marmitania, Sur S.A. **[Doc. No.4]**, y cuyo incumplimiento acarrearía graves pérdidas **[Ferrari, Pág. 495]** para la DEMANDANTE.

1.3.2.2 El detrimento sustancial de la parte DEMANDANTE era previsible por la DEMANDADA

96 Una vez establecido el detrimento sustancial (elemento material u objetivo) que sufre la parte agraviada, corresponde analizar el elemento subjetivo. Este se define en el Art. 25 CISG en el sentido de que el incumplimiento será esencial salvo que la parte que haya incumplido no

haya previsto tal resultado y que una persona razonable de la misma condición no lo hubiera previsto en igual situación. En el presente caso, la falta de entrega de la mercadería por parte de la DEMANDADA no solo constituye un incumplimiento, sino que también se ha frustrado el propósito del contrato **[Koch, Pág. 242]**.

97 La falta de entrega constituye un incumplimiento de la obligación principal de la DEMANDADA **[Art. 30 CISG]**. Con ello, la expectativa del contrato, que para la DEMANDANTE era obtener merluzas para su reventa, queda vulnerada. Por tanto, la reclamación de su entrega es el derecho principal de la DEMANDADA, por lo cual corresponde a esta determinar que la omisión de entrega de la mercadería en la fecha señalada se constituye en un incumplimiento esencial en virtud de las circunstancias del contrato **[Babiak, Pág.130.]**

98 Ahora bien, el perjuicio ocasionado por la falta de entrega de la mercadería hubiera ocasionado graves consecuencias para el prestigio comercial de la DEMANDANTE, más allá del agravio provocado por el mero incumplimiento del contrato principal, que se visualiza en la falta de entrega de las merluzas. Tal como se probará *infra* **[§ 103-115]**, la DEMANDANTE efectuó operaciones con terceros para evitar dicho desastre comercial.

1.3.2.3 Derecho de la DEMANDANTE a resolver el contrato en fecha 8 de marzo

99 Como ya se estableció *supra*, la DEMANDADA incurrió en un incumplimiento esencial del contrato. Por consiguiente, la DEMANDANTE, en virtud de lo establecido en el Art. 49 (1) (a) CISG, estaba facultada para darlo por resuelto **[Graffi, Pág. 338; Perales Viscasillas, Capítulo VI]**.

100 La comprobación de un incumplimiento fundamental es condición suficiente para que la otra parte pueda ejercer su derecho a resolver el contrato. Ello es acorde a lo declarado en los siguientes casos: **caso CCI 8574** y **caso Handelsgericht (Suiza, 1997)**.

101 Por lo tanto, a la luz de las circunstancias del contrato, la DEMANDANTE está facultada para llevar a cabo la resolución del mismo, seguido de la notificación que manda el Art. 26 CISG por el incumplimiento esencial, lo cual fue realizado por carta formal enviada el 8 de marzo.

102 En consecuencia, la DEMANDANTE, el día 8 de marzo, resolvió válidamente el contrato y tiene expedito su derecho a reclamar los daños y perjuicios derivados del incumplimiento.

CONCLUSIÓN ASUNTO 1

La veda a la exportación del gobierno de Costa Dorada puso en serio peligro la posibilidad de cumplimiento de las obligaciones contractuales entre la DEMANDANTE y la DEMANDADA. Además, no puede resolverse unilateralmente de manera anticipada un contrato cuando ninguna de las partes ha aceptado su futuro incumplimiento. Por estas razones, la DEMANDANTE insistió en acordar con la DEMANDADA la resolución, de tal forma que le permitiera negociar con otro proveedor que sí ofreciera la seguridad de cumplir. De lo contrario, se frustraría un contrato de reventa posterior entre la DEMANDANTE y Sur S.A. Lamentablemente, aunque se reiteraron estos intentos en dos ocasiones (1 de enero y 12 de enero), en ambos la DEMANDADA aseguró su cumplimiento y negó acordar intento alguno de resolución, resultando fallidos tanto el uno como el otro.

Ante la imposibilidad de lograr una resolución del contrato, en fecha 1 de febrero, la DEMANDANTE se exoneró del cumplimiento de sus obligaciones hasta que cesara de existir el impedimento ajeno a la voluntad: la confirmación de una no prórroga de la veda. Esta exoneración fue entendida de manera errónea por la DEMANDADA como una resolución, sin tomar en cuenta que el emisor de la epístola era el gerente de asuntos legales y sus palabras debían tomarse en un sentido técnico-jurídico. Aun y cuando la DEMANDADA hubiese entendido esta comunicación como una resolución, hubiese constituido la llamada “declaración errónea de resolución” por no cumplir los requisitos de lo que constituye un riesgo patente y hubiese dado el derecho a la DEMANDADA de resolver unilateralmente, pero ella guardó silencio y nunca lo hizo, por lo que las obligaciones contractuales, bajo todo punto de vista, se mantuvieron vigentes.

Una vez confirmada la no prórroga de la veda y, por ende, el cese del impedimento, la DEMANDANTE realizó todos los actos necesarios para cumplir con la obligación, así como debió hacer la DEMANDADA. Cumplió con la nominación del buque tres días después y otorgó el plazo de diez días después de que concluyera el impedimento, respetando la condición esencial del plazo acordada en el contrato, a pesar de que los plazos se corrieron a razón de la exoneración. Sin embargo, al llegar el buque, la DEMANDADA no entregó nunca la mercadería, incumpliendo su obligación contractual, misma razón por la que la DEMANDANTE resolvió el contrato por incumplimiento de obligaciones el 8 de marzo.

ASUNTO 2: RECLAMACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS DERIVADOS DEL INCUMPLIMIENTO ESENCIAL DE LA DEMANDADA

2.1 Incumplimiento de la parte DEMANDADA que legitima a la DEMANDANTE a exigir daños y perjuicios

103 La DEMANDADA debe a la DEMANDANTE la indemnización por los daños y perjuicios que ella le ha causado con ocasión al incumplimiento esencial del contrato. Este fue pactado para la entrega de una cantidad determinada de merluzas destinadas a la reventa, necesarias antes de Semana Santa. Dicho incumplimiento fue comprobado en el punto 3 (Asunto 1: *ad supra*). La DEMANDADA, como vendedora, falló en cumplir sus obligaciones esenciales para con el DEMANDANTE, que se ve en la facultad de exigir la indemnización conforme a los Arts. 75-77 CISG [Art. 45 1 b CISG].

104 En cuanto a la relación de causalidad entre el incumplimiento y la pérdida de ganancias, es la DEMANDADA la que tiene todo el peso de probar el límite de la previsibilidad [Perales Viscasillas, Capítulo VI; Lookofsky, Pág. 152], siendo este un riesgo que asumieron al momento de acordar [Chengwei2, Capítulo 13]. Al respecto, se encuentra documentado en el intercambio epistolar la existencia del contrato de reventa con SUR S.A. y de la entrega correspondiente de esta mercadería antes de Semana Santa. En el **Köln (Alemania, 1996)** y en el **caso Basel(Suiza, 2003)** se expresa claramente la previsibilidad en casos como el nuestro, en que una parte ha contratado para una futura reventa. La DEMANDADA estuvo al tanto del daño que causaría el incumplimiento de su entrega, la cual la DEMANDANTE necesitaba sin margen de fallo. Además, ni siquiera es necesario probar si realmente la DEMANDADA previó o no el daño, basta con señalar que existían elementos para demostrar que estuvo en una posición objetiva para prever las consecuencias de su incumplimiento [Chengwei2, Capítulo 13], volviéndose exigible que lo debía haber previsto.

105 El nexo de causalidad es directo, pues la DEMANDANTE aseveró en intercambio epistolar que tenía ya pactado un contrato con los supermercados Sur S.A., tomado íntegramente para el caso según el Art. 8(3) CISG. La falta de entrega en la obligación de la DEMANDADA deja a la DEMANDANTE en posición crítica ante el peligro de no cumplir con el contrato y sufrir una pérdida económica por las ganancias dejadas de percibir, por la imagen de

la DEMANDANTE que se ve dañada y por la posible indemnización que Sur S.A. legítimamente le exigiría.

2.2 Determinación del monto a indemnizar a la DEMANDANTE por daños y perjuicios

106 Comprobado que existió un incumplimiento esencial por parte de la DEMANDADA y tomando en cuenta que la DEMANDANTE sí cumplió con la obligación que le correspondía y puso toda su disposición para cumplir, se solicita a este honorable Tribunal, la indemnización de los daños y perjuicios causados de dicho incumplimiento, todo ello conforme al Art. 45 CISG. Por consiguiente, pedimos la compensación de daños y perjuicios en dinero [**Schlechtriem, Pág. 97**], los cuales se exigen por el mero hecho de existir un incumplimiento atribuible por nexo de causalidad, independientemente de si este se dio con intención o por negligencia [**Chengwei2, Capítulo 13**]. De esta manera, se requiere esta compensación monetaria cuando los daños son directamente causados por el incumplimiento de la parte como un resultado previsible [**Schlechtriem, Pág. 98**].

107 Es previsible que la DEMANDANTE, por ser una importadora, tenía la necesidad razonable de llevar a cabo una compraventa con otro proveedor para cumplir con el pacto que ya tenía con Sur S.A., tal como se indica a la DEMANDADA [**Doc. No.4**]. La razón de ellos es que las comunicaciones epistolares son parte integrante del contrato y deben interpretarse a la luz del Art. 8 CISG. En ella también quedó claro que se esperaba el cumplimiento por parte de la DEMANDADA, por lo que la DEMANDANTE no podía contratar en el momento con alguien más. Asimismo, no queda duda de que el contrato nunca fue resuelto, sino hasta el día 8 de marzo, después del incumplimiento esencial por parte de la DEMANDADA.

108 En las semanas siguientes a la resolución del contrato del 8 de marzo, la DEMANDANTE, afectada directa y causalmente por el incumplimiento de la parte DEMANDADA, y con el propósito de cumplir el contrato que ya tenía pactado con Sur S.A., acordó un contrato con otro proveedor de Costa Dorada, a un precio FOB-Puerto Madre de U\$S 6,80 el kilo (Aclaraciones 8.2). De no haber cumplido con esta obligación, la DEMANDANTE hubiese incumplido este segundo contrato y se vería obligada a indemnizar a dicho supermercado. La no entrega por parte de la DEMANDADA a la DEMANDANTE hubiera sido claramente la raíz de un menoscabo.

109 En este contrato, cada kilo resultó más oneroso, en U\$S 1,80, que en el que le fue incumplido por la DEMANDADA, en donde el kilo tendría un precio FOB-Puerto Madre de U\$S 5,00. Por tanto, la DEMANDANTE reclama la diferencia entre el precio del contrato con la DEMANDADA y el precio del contrato sustituto que se pactó subsidiariamente por su incumplimiento y los daños adicionales que se han generado. La nueva compra con el proveedor sustituto, establece y delimita los daños que la DEMANDANTE está legitimada a pedir por el Art. 75 CISG y que, además, anula la posibilidad de aplicación del Art. 76 CISG. Es por todo ello que, estando la DEMANDANTE legalmente facultada, requiere la indemnización de daños y perjuicios en el monto de dicha diferencia [**SCG; Schlechtriem, Pág. 98; Honnold, Pág. 409; Chengwei2, Capítulo 13**], siendo el parámetro para establecer los daños y perjuicios el mismo aplicado por la Federación Rusa en el caso **caso RFCCI 7645** y en el caso **Hamburg (Alemania, 1997)**.

110 Debido a que los kilos comprados son necesarios para satisfacer el acuerdo con Sur S.A. y existiendo la diferencia en precios, la ganancia que la DEMANDANTE dejó de percibir es de U\$S 1,80 el kilo por la cantidad de 50,000 kilos. Consecuentemente, la DEMANDADA deberá pagar la indemnización por daños y perjuicios de U\$S 90,000.

111 En el cuadro inferior, hemos incluido una clarificación de los daños causados a nuestra parte. Esta forma es comúnmente ocupada [**Knapp, págs. 559-567**]. En él, la parte DEMANDANTE deja claro que la ganancia con Sur S.A. era de U\$S 90,000. La afectación causada por esta última supone dejar de percibir ganancias de los mismos U\$S 90,000. No cabe duda que, debido al incumplimiento de la DEMANDADA en el contrato que acordó con la DEMANDANTE, han desaparecido el total de sus ganancias. Dicho perjuicio debe ser restablecido en el mismo monto de lo que causó [**Chengwei2, Capítulo 13**], motivo por el que la DEMANDADA debe indemnizar en la cantidad solicitada: U\$S 90,000.

Contrato sustituto	340,000
Contrato con la DEMANDADA	250,000
Ganancia que dejamos de percibir	90,000
	=====

Ingreso total del contrato con Sur S.A. (U\$S 340,000
6,80 el kilo)

Ganancia que íbamos a percibir 90,000

Nueva ganancia 0

=====

2.3 La DEMANDANTE realizó las medidas de reducción de daños exigidas por el Art.77 CISG

112 Lo último que hace falta demostrar es que la DEMANDANTE tomó las medidas razonables para reducir la pérdida, tal como lo ordena el Art. 77 CISG. Al ser la DEMANDANTE la que invoca y exige la indemnización por la pérdida, es menester probar las acciones que se llevaron a cabo para no llegar a este lamentable resultado [**Knapp Pág. 560; Perales Viscasillas, Capítulo 6**]. El riesgo de no probarlo es perder el derecho a pedir la indemnización que la DEMANDANTE está facultada a obtener [**Caso Rotorex vs Delchi Carrier**].

113 Una medida clara que sirve como parámetro es que la DEMANDANTE intentó resolver el contrato para evitar el incumplimiento en cualquiera de las partes, *ad supra* [**§41-49**], y una vez esto no fue posible, declaró la exoneración para tratar de impedir el incumplimiento de las partes [**Chengwei, Capítulo 14.2.2**]. Desde el principio se intentó reducir los costos, recalcando por parte de la DEMANDANTE, en todo momento, el principio de buena fe, que es de las medidas imprescindibles que exige el Art.77 CISG, en concordancia con el Art. 7.4.8 Principios UNIDROIT [**Opie, Capítulo 2**]. En todo caso, es la parte que incumplió la que tiene la carga de la prueba a la hora de demostrar que la DEMANDANTE no realizó las medidas suficientes y razonables [**Opie, Capítulo 2; Schlechtriem, Pág. 99**].

114 En adición a esto, la DEMANDANTE, una vez padeció la falta de cumplimiento por parte de la DEMANDADA, no esperó los efectos negativos del incumplimiento con Sur S.A., sino que contrató con un proveedor sustituto al nuevo precio de mercado, que quedó por encima de los U\$S 6,00 (Relación de los hechos 2.13), lo cual se respetó, al ser el nuevo precio contratado el de U\$S 6,80.

115. En conclusión, la parte DEMANDANTE queda eximida de la carga de reducir los costos dentro de lo razonable, deber que diligentemente esta cumplió, y por la cual, se ve

completamente legitimada para pedir el pago de la indemnización de daños y perjuicios que anteriormente se demostró: U\$S 90,000 que la DEMANDADA debe pagar a la DEMANDANTE.

CONCLUSIÓN ASUNTO 2

Debido al incumplimiento de obligaciones de la DEMANDADA con respecto a la entrega de mercaderías, la DEMANDANTE se encuentra en su derecho de reclamar la indemnización por los daños y perjuicios provocados por dicho incumplimiento. La pérdidas económicas de la DEMANDANTE eran previsibles por la DEMANDADA, a consecuencia de la comunicación epistolar entre ambas compañías, y se cuantifican en U\$S 90,000, por ser esta la diferencia entre el precio con la DEMANDADA y el precio con el nuevo proveedor que se consiguió posteriormente. Además, cumpliendo con lo que se le exige a la parte que reclama los daños y perjuicios, la DEMANDANTE realizó las medidas posibles para aminorar los daños al contratar con otro proveedor a precio de mercado y así cumplir con el contrato de reventa que tenía con Sur S.A. En atención a ello, la DEMANDANTE exige la indemnización de daños y perjuicios a la DEMANDADA por monto de U\$S 90,000.

PETITORIO

De parte de la DEMANDANTE, respetuosamente pedimos que el Tribunal Arbitral:

1. Se reconozca la validez y aplicabilidad de la cláusula arbitral y que esta no fue resuelta por las partes.
2. Se reconozca que la presente controversia esta dentro del ámbito de aplicación de la cláusula arbitral.
3. Se reconozca que se agotaron los recursos necesarios previos al arbitraje.
4. Se declare competente para conocer del presente caso y entre a conocer los méritos de la presente controversia.
5. Declare que no existió resolución el día 1 de febrero y que la DEMANDANTE únicamente realizó una exoneración en dicha fecha.
6. Declare que se cumplieron con los plazos previstos en el contrato, incluyendo el que constituye condición esencial del mismo.
7. Declare el incumplimiento de la DEMANDADA de las obligaciones nacidas del contrato, al no entregar la mercadería.
8. Reconozca la resolución unilateral de contrato hecha por la DEMANDANTE, debido a incumplimiento de obligaciones, el día 8 de marzo.

En consecuencia a lo anterior, la DEMANDANTE pide al Tribunal Arbitral que ordene a la DEMANDADA a:

1. Pagar una indemnización por daños y perjuicios por U\$S 90,000 a la DEMANDANTE derivada del incumplimiento contractual de sus obligaciones.
2. Pagar intereses y costas por el perjuicio producido a la DEMANDANTE.
3. Pagar cualquier sanción adicional que este Tribunal considere apropiada por el incumplimiento de sus obligaciones.

CERTIFICADO DE AUTENTICIDAD

ESEN, JUNIO 24 2008

Nosotros confirmamos que este Memoranda fue escrito solo por las personas que estan listadas a continuación, certificado por su firma. También confirmamos que no recibimos ninguna asesoria durante el desarrollo del escrito por parte de personas que no sean miembros de este equipo.

(Firma) _____
DIEGO ALCAINE

(Firma) _____
JOSE MANUEL IRAHETA

(Firma) _____
VLADIMIR ALVARADO

(Firma) _____
ELISA MENJIVAR

(Firma) _____
CESAR ARTIGA

(Firma) _____
GUILLERMO MIRANDA

(Firma) _____
ALFREDO BONILLA

(Firma) _____
ROBERTO MIRANDA

(Firma) _____
LUIS MARIO CORLETTO

(Firma) _____
HAZEL PINTO

(Firma) _____
JOSE ROBERTO DIAZ

(Firma) _____
DANIELLA RIVAS

(Firma) _____
HERMAN DUARTE

(Firma) _____
JORGE RODRÍGUEZ