

**MEMORIAL DE LA PARTE DEMANDADA**

**“El Bazar” República de Guatemala  
Demandante**

**-v-**

**Fabrica de Calzado “El Campeón”, Grayevo  
Demadada**

**Grupo 215**

**18 de noviembre, 2015**

## Índice

### De las Pretensiones Procesales

|   |   |
|---|---|
| A. La cláusula arbitral no fue consentida por don Max por lo que no tiene validez.....  | 1 |
| A.1 La cláusula arbitral debe entenderse separadamente del contrato subyacente.....   | 1 |
| A.2 La aceptación del acuerdo principal no constituye aceptación de la cláusula arbitral. ....  | 2 |
| A.3 Ni un emoticón, ni el texto “Gracias” pueden equipararse al consentimiento de la cláusula arbitral.....   | 2 |
| A.4 Los actos de don Max no pueden considerarse como manifestación tácita de aceptación de la cláusula arbitral.....  | 4 |
| A.5 La negociación implicaría la aceptación tácita de la cláusula arbitral.....   | 5 |
| B. Alternativamente, si el Tribunal Arbitral determina que sí existió consentimiento y que la cláusula es válida, el mismo es incompetente para conocer ya que se deben cumplir todas las fases pactadas..... | 6 |
| C. De la razón de actuar por parte de don Max al recibir la solicitud de iniciar el período de negociación. ....  | 8 |
| D. La teoría de la interpretación efectiva de la cláusula arbitral resulta irrelevante para el presente caso.....   | 9 |

- E. La sustitución del abogado que pretende hacer la contraparte no debe ser admitida por el tribunal.....10
- F. De la improcedencia de las medidas cautelares de embargo solicitadas por la parte actora.....12

**De las Pretensiones Sustantivas**

- A. El tribunal arbitral debe dictar el laudo basándose en lo que pactaron las partes en la cláusula IV del contrato.....15
- B. Doña Rosa no tiene derecho a anular el contrato y reclamar daños y perjuicios.....17
  - B.1. La anulación del contrato no es procedente dado que no hubo omisión dolosa por parte de don Max. ....18
  - B.2 Don Max no tenía conocimiento de la circunstancia que la actora considera omitida.....19
  - B.3 Don Max no debió haber tenido conocimiento de la circunstancia que la actora considera omitida.....20
- C. Don Max cumplió con todas las obligaciones derivadas del contrato.....20
  - C.1. El empleo de trabajo infantil no constituye un incumplimiento de contrato.....21

|  |    |
|--|----|
| C.1.1 El empleo de trabajo infantil no constituye un defecto físico y por lo tanto no puede causar la falta de conformidad de las mercaderías..... | 21 |
| C.1.2. Don Max cumplió el contrato por haber entregado zapatos aptos para el destino para el que fueron adquiridos.....                            | 22 |
| C.1.3 Ninguna persona razonable en el lugar de don Max pudo haber previsto las consecuencias del empleo del trabajo infantil.....                  | 24 |
| D. Doña Rosa no tiene derecho a reclamar daños y perjuicios.....   | 25 |
| D.1 Doña Rosa no cumplió con los requisitos necesarios para reclamar daños por incumplimiento de contrato.....                                     | 25 |
| D.1.1 Doña Rosa incumplió con el deber de notificación.....  | 25 |
| D.1.2 Doña Rosa no mitigó daños.....   | 26 |
| D.2 Doña Rosa no tiene derecho a recobrar daños y perjuicios.....  | 27 |
| D.2.1 Daños por incumplimiento o daño directo.....   | 28 |
| D.2.2 Daños incidentales.....  | 29 |
| D.2.3 Daños consecuenciales.....   | 29 |
| D.2.3.1 Daño a la reputación.....  | 29 |

|                                    |    |
|------------------------------------|----|
| D.2.3.2 Daños a la publicidad..... | 30 |
| PETITORIO.....                     | 31 |
| TABLA DE AUTORIDADES.....          | 33 |

## De las pretensiones procesales

La demandada en ejercicio de su derecho de contestación, contemplado en el artículo 14 del Reglamento de CRECIG, expone:

### **A. La cláusula arbitral no fue consentida por don Max por lo que no tiene validez.**

#### **A.1 La cláusula arbitral debe entenderse separadamente del contrato subyacente**

*“El elemento del consentimiento es fundamental. Sin el no puede haber arbitraje válido.”*

*(Alan Redfern y Martin Hunter)*

- 1 La cláusula arbitral es, en sí misma, un contrato que pone de manifiesto la intención de las partes de someter las disputas derivadas de una relación contractual al arbitraje [LEW, p. 129]. Este acuerdo puede materializarse tanto en una cláusula dentro de un contrato o bien, puede tener la forma de un acuerdo independiente [Art. 7, Ley Modelo CNUDMI].
- 2 Sin embargo, no importando si el acuerdo arbitral se encuentra contenido dentro o fuera del contrato principal, debe entenderse siempre, con base en el principio de la separabilidad de la cláusula arbitral, que éste resulta independiente y autónomo con respecto de aquél. De esta suerte que, en todo caso, el acuerdo arbitral sea un acuerdo escindible de la relación principal a la que se refiere o del contrato en el que eventualmente se integra como una de sus cláusulas [Playa padrón Estepona, S.L. v. Banco Popular Español, S.A] e incluso, deba tomarse como válido aunque el contrato principal no lo sea [LEW, p. 149].

- 3 En este sentido, un tribunal de Nueva York determinó que la cláusula arbitral de una controversia entre Estados Unidos y Cuba debía tomarse como válida no obstante la ilegalidad del contrato principal [Bleship Navigation Inc v Sealift Inc]

### **A.2 La aceptación del acuerdo principal no constituye aceptación de la cláusula arbitral.**

- 4 La contraparte afirma que la cláusula arbitral es aceptada al momento en que las partes prestan su consentimiento respecto a las estipulaciones del acuerdo principal [contraparte párrafo 29].
- 5 Esto es cierto para el caso en que la cláusula arbitral esté contenida en el contrato principal. En dicho caso no se necesita un consentimiento específico para esa cláusula. Sin embargo, es distinto el supuesto en que la cláusula arbitral se negocie individualmente, se exige que el consentimiento de las partes sea respecto de dicha cláusula [VAN DEN BERG, p. 591]
- 6 En proceso que nos ocupa, la cláusula arbitral fue propuesta en un momento distinto al de la celebración del contrato, lo cual implica que el consentimiento se tuvo que haber prestado en un momento distinto.

### **A.3 Ni un emoticón, ni el texto Gracias pueden equipararse al consentimiento de la cláusula arbitral**

- 7 La separabilidad existente entre la cláusula arbitral y el contrato subyacente implica necesariamente que las partes deban prestar su consentimiento específicamente con respecto a la cláusula arbitral. En este sentido, se ha determinado que el consentimiento de las partes con respecto al arbitraje debe ser puro y nunca viciado por factores externos, así como el hecho de que resultaría imposible el sometimiento de una disputa al arbitraje sin antes haber mediado el acuerdo de las partes en que así se proceda [LEW, p. 141].

- 8 En esta línea de ideas debe aclararse que las partes pueden prestar su consentimiento, no solo de forma expresa cuando quien declara hace saber que consiente por medio de signos idóneos a la otra parte. También puede ser de forma tácita, cuando la declaración se lleva a cabo por medio de actos o comportamientos que sin manifestar expresamente el consentimiento, permiten inducir que tal voluntad existe [DIEZ PICAZO, p. 176].
- 9 La contraparte indica el símbolo (emotición) de una cara amarilla con una sonrisa y la palabra gracias, se entiende como una declaración de consentimiento y aceptación [Memorial de demanda, 31]. Sin embargo, en el presente caso resulta evidente que el hecho de que don Max hubiese enviado un correo con el texto “gracias” y un emoticón mostrando una expresión sonriente no puede constituir, bajo ningún punto de vista una manifestación ni expresa, ni tácita de su voluntad con respecto a quererse someter al arbitraje.
- 10 Los emoticones se han introducido en el contexto de las comunicaciones modernas para transmitir expresiones faciales o gestos corporales que se relacionan con determinados estados de ánimo online. De ello resulta que su función principal sea la de transmitir el estado emocional del escritor. Así pues, una cara sonriente representará en todo caso que el emisor está contento o alegre pero jamás, que consiente o está de acuerdo en que determinada situación se lleve a cabo. Tan es así que se ha determinado que los emoticones pueden funcionar como expresiones ritualizadas que se intercambian durante conversaciones electrónicas, pero nunca para transmitir un mensaje, sino únicamente como cumplimiento de una función social. [VILADOT, p. 235]
- 11 Asimismo, el texto “gracias” es utilizado para manifestar agradecimiento [DRAE] pero nunca podría aparejar el hecho del consentimiento de una persona. En los supuestos de intercambio de cartas o documentos, incluso en las formas



electrónicas de comunicación, las declaraciones de las partes contenidas en el canje deben ser congruentes entre sí [VIRGÓS].

- 12 En este sentido, por medio de intercambio de correos electrónicos, doña Rosa propuso a don Max la cláusula X [Hechos, 7]. Para que la cláusula arbitral se perfeccionara, se requería de la aceptación de la oferta [Art, 2.1.1 UNIDROIT]. Esta aceptación pudo haberse realizado por medio de declaración o cualquier otro acto del destinatario que indique asentimiento a una oferta [Art. 2.1.6 UNIDROIT].
- 13 Sin embargo, el intercambio de correos electrónicos que tuvo lugar con relación a la proposición de la cláusula X no contiene una declaración expresa de aceptación por parte de don Max. De hecho, la respuesta resulta incoherente si se le interpreta como asentimiento.
- 14 En todo caso, la respuesta debe interpretarse de acuerdo al texto literal del mensaje, como un agradecimiento por la propuesta [DRAE]. En este sentido, don Max agradeció a doña Rosa el haber redactado la cláusula y hacérsela llegar para su consideración, pero de ninguna manera es aceptación de la oferta, puesto que su conducta no es suficiente para manifestar un acuerdo con respecto al pacto arbitral propuesto.
- 15 Es por lo anterior que debe concluirse que don Max no consintió la cláusula arbitral ya que ni el emoticón, ni el texto gracias se pueden equiparar al consentimiento.

#### **A.4 Los actos de don Max no pueden considerarse como manifestación tácita de aceptación de la cláusula arbitral**

- 16 Aún y cuando este tribunal considerara que los actos de don Max en el presente caso constituyen una manifestación tácita de voluntad con respecto al acuerdo

arbitral, debe establecerse que para que una aceptación tácita del arbitraje quede perfecta, tiene que deducirse necesariamente de *facta concludentia* [CREMADES, p. 662] que permita a los árbitros concluir que las partes desean someterse a éste.

17 En este sentido, la aceptación de la oferta del convenio arbitral por actos concluyentes del contrato que contiene la cláusula arbitral no acredita la voluntad de incluir en el clausulado la sumisión a arbitraje [ATS de 5 de mayo de 1998, RJ 4296].

18 En el presente caso, si bien es cierto que don Max aceptó el primer desembolso del cincuenta por ciento del precio pactado, elaboró y envió los zapatos a Guatemala [Hechos No. 9, contraparte párrafo 33] esta actuación es y debe referirse únicamente al contrato de compraventa de mercaderías y jamás podría extenderse a la cláusula arbitral. Es por ello que si bien don Max se manifestó de forma expresa con respecto al contrato subyacente, no lo hizo con respecto al arbitraje y dada la separabilidad existente entre ambos contratos, no podría sugerirse que esta actuación constituye una manifestación tácita de voluntad para someterse al procedimiento arbitral.

#### **A.5 La negociación implicaría la aceptación tácita de la cláusula arbitral.**

19 El cinco de enero de dos mil trece, El Bazar notificó a El Campeón acerca de su intención de iniciar un periodo de negociación por el plazo de tres meses. [Hechos, 20]. De ahí que, ante la intención de El Bazar de iniciar el periodo de negociación regulado por dicha cláusula, El Campeón se negara y alegara que no tenía «nada que negociar», pues, al no haber aceptado la Cláusula X, esta no surtió efectos y, por lo tanto, nunca surgió la obligación de negociación en caso de conflicto entre las partes.

20 Es decir que el solo hecho de haber aceptado negociar bajo la estipulación de la Cláusula X –cumplir con la obligación ahí regulada-, hubiera implicado la aceptación tácita de la cláusula arbitral. Por consiguiente, don Max no estaba obligado a entrar al plazo de negociación que indica la cláusula arbitral.

21 Por todo lo anteriormente expuesto este Tribunal Arbitral debe observar que (a) el acuerdo arbitral se propuso de forma separada con respecto al contrato principal, (b) en consecuencia el consentimiento tuvo que haberse dado de forma independiente; (c) que la respuesta de don Max no puede considerarse como una aceptación de la cláusula arbitral; (d) el cumplimiento del contrato principal no conlleva la aceptación tácita de la cláusula arbitral y (d) finalmente la negativa de don Max para negociar fue justificada ya que de haberlo hecho hubiera aceptado tácitamente la cláusula.

**B. Alternativamente, si el Tribunal Arbitral determina que si existió consentimiento y que la cláusula es válida, el mismo es incompetente para conocer ya que se deben de cumplir todas las fases pactadas.**

22 Si este Tribunal considera que la cláusula arbitral es válida, se deberán observar las fases que impone la cláusula escalonada previo al arbitraje. Una cláusula escalonada contiene ciertas fases que pueden ser utilizadas previas a incurrir a un mecanismo final y vinculante para resolver la disputa, como lo sería el arbitraje [GREENWOOD, p. 200]. En el presente caso, la cláusula X del contrato establece que las partes deben de negociar directamente por un plazo de tres meses y solo en caso de no haber llegado a un acuerdo, procede el arbitraje.

23 El art. 1.3 de los Principios UNIDROIT recoge el principio de *pacta sunt servanda*, el cual implica que las partes deben de cumplir con lo pactado ya que es la forma en la que las partes se obligan recíprocamente a determinadas conductas [ALVARADO, p. 65]. Por consiguiente, este Tribunal debe observar

que se debe de agotar la etapa de negociación previa ya que no procede directamente el arbitraje.

24 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 [RODRÍGUEZ MÁRQUEZ].

25 La parte actora señaló que al regresar a la etapa de negociación, se “*produciría un desgaste que puede traducirse en la inversión de tiempo y energía de las partes, cuando de ante mano se conocen los resultados negativos*” [Memorial de demanda, 47].

26 Sin embargo, hay que tomar en cuenta el principio anteriormente invocado, *pacta sunt servanda*, obliga a la partes a iniciar el periodo de negociación previo a acudir al arbitraje. De ese modo, si se omite iniciar el plazo de negociación se le estaría restando la certeza jurídica al contrato ya que no está cumpliendo con lo pactado [MÉNDEZ SILVA, p. 94].

27 La parte actora, al utilizar el citado argumento estaría actuando en contra de sus propios actos, pues se niega a reconocer un principio al que se ha sometido. La parte actora está usando los mecanismos de resolución de controversia de forma conveniente ya que no está cumpliendo con lo que originalmente se pactó.

28 En consecuencia, este Tribunal Arbitral carece de competencia para conocer la disputa, mientras no se haya agotado la fase de negociación lo cual impide que se entre a conocer el fondo de la controversia [LEW, p. 332, art. 16 Ley Modelo CNUDMI]

**C. De la razón de actuar por parte de don Max al recibir la solicitud de iniciar el periodo de negociación.**

29 Doña Rosa contactó a don Max el día veintidós y veinticuatro de diciembre de dos mil trece. Sin embargo fue hasta el día cinco de enero de 2014 que doña Rosa, a través de su abogada, Juana Banifatemi, notificó a El Campeón la existencia de una disputa bajo el contrato de compraventa y la intención de iniciar un periodo de negociación.

30 Don Max claramente le indicó a doña Rosa que había recibido lo que contrató [hechos No. 19] y que no había ninguna disputa, ni nada que negociar [hechos No. 21]. Es imposible que don Max aceptara, si no había ningún conflicto con la mercadería entregada ya que esta había sido exhaustivamente examinada por el personal de El Bazar indicando que cumplían con la cantidad requerida y que no tenían ningún daño [hechos No. 10]. Por lo tanto al haber realizado dicha inspección de la mercadería, estos si cumplían con lo pactado en la cláusula III del contrato [hechos No.6] y no había razón alguna para negociar.

31 Doña Rosa sostiene que existe un conflicto derivado del contrato, ya que la mercadería no es útil para el fin para el cual habían sido adquiridos [hechos No. 15]. Sin embargo es importante reconocer que la noción de conflicto tiene que ver con una concepción subjetiva. Una concepción amplia implica que existe conflicto cuando una de las partes considera que la otra parte no ha cumplido con sus obligaciones contractuales. Bajo esta concepción, basta con que una de las partes considere que existe un potencial conflicto o uno ya existente basándose en la actitud de la otra parte. Ahora bien, bajo la concepción restringida de conflicto, este se da cuando una de las partes se encuentra en una situación en la que demuestre y exprese un agravio [PETER BERGER, p. 18].

32 Tomando en cuenta las concepciones antes descritas, la actitud de don Max ante la propuesta de iniciar un periodo de negociación fue de forma negativa ya que al no existir inconformidad de mercadería, pues se entregó lo pactado [Hechos No. 6, 9, 19], se cumplieron todas sus obligaciones contractuales y no se produjo un agravio a doña Rosa.

33 Por lo tanto, don Max en ningún momento actuó de mala fe ya que se opuso al período de negociación ya que no había prestado su consentimiento para la aceptación de la cláusula y aunado a ello, no existe un conflicto respecto a las mercaderías.

**D. La teoría de la interpretación efectiva de la cláusula arbitral resulta irrelevante para el presente caso.**

34 La parte actora argumenta que la cláusula arbitral debe ser interpretada conforme a su efecto útil [Memorial de demanda, 36 y 39]. El principio de interpretación efectiva de un precepto implica que este pueda ser entendido en dos distintos sentidos: uno que produce consecuencias jurídicas y otro que conduce a un resultado nulo.

35 El principio citado por la contraparte se aplica a los términos del contrato cuando los mismos sean oscuros u ambiguos. Lo parte actora sin embargo, pretende extender la aplicación de este principio a la respuesta de don Max, emoticón carita amarilla y texto gracias, respecto a la propuesta de la cláusula X del contrato.

36 En materia arbitral, este principio se utiliza en los casos en que exista duda, oscuridad o ambigüedad respecto a lo que es susceptible de arbitraje mediante lo pactado en la cláusula arbitral, no siendo este el supuesto del presente caso [art. 4.5 Principios UNIDROIT]

37 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. Pero en este caso no existe, ni puede inferirse un acuerdo respecto al convenio arbitral y por lo tanto no es necesaria ninguna interpretación. En todo caso la respuesta de don Max debe ser interpretado de acuerdo con las normas relativas los modos de aceptación e interpretación de declaraciones y actos de las partes.

**E. La sustitución del abogado que pretende hacer la contraparte no debe ser admitida por el tribunal.**

38 Los árbitros no solo deben ser independientes e imparciales, sino que además deben aparentarlo [REDFERN Y HUNTER, p. 212]. Esta apariencia contribuye a la confianza de las partes en el arbitraje y a evitar la eventual inejecución del laudo por falta de imparcialidad o independencia.

39 El Reglamento de CRECIG, mediante la declaración de independencia, la manifestación de circunstancias especiales y el procedimiento de objeciones, garantiza que los árbitros sean independientes e imparciales en el proceso arbitral. Por su independencia, los árbitros deben poder decidir por sí mismos y sin injerencia de terceros; tal injerencia se mide por cuanto las relaciones de dependencia entre las partes o sus abogados y los árbitros puedan incidir o parecer incidir en la libertad del árbitro al momento de tomar decisiones.

40 Respecto de la apariencia de libertad que la independencia debe transmitir, es importante enfatizar que lo que se busca con dicha característica es mitigar cualquier indicio de dependencia que pueda existir sobre el árbitro. El propósito de que un árbitro aparente independencia es que no solo se haga justicia, sino que también subsista en las partes una sensación de que en efecto se está haciendo justicia [LEW, p. 261.].

- 41 Ahora bien, si de las relaciones o circunstancias particulares entre el árbitro y las partes o sus abogados fuera posible determinar que los propósitos antes expuestos no se cumplen, se debe entonces proceder a demostrar la existencia de "nexos materiales o intelectuales capaces de afectar la decisión del árbitro a tal punto de que creen un riesgo cierto de parcialidad a favor de una de las partes". [GAILLARD, p. 565.] Luego, es la existencia o inexistencia de dicho riesgo, derivado de la relación del árbitro con alguna de las partes o sus abogados, la que determinará la parcialidad o imparcialidad de un árbitro.
- 42 El abogado Paulsson y el árbitro Reisman trabajaron hace no mucho en el mismo despacho, siendo el árbitro Reisman jefe del abogado [Hecho 23]. Durante ese tiempo ambos desarrollaron una cercana relación. Tan estrecha fue la relación que incluso el abogado Paulsson en su tesis manifestó: "*Dedico esta obra al profesor Reisman, cuyo apoyo invaluable me ha formado como abogado y a quien debo todo.*" [Hecho 24].
- 43 Es más, el vínculo existente entre ambos, en ningún momento se vio afectado ya que el Profesor Reisman dejó de ser jefe de Paulsson porque el profesor se retiró de la firma para dedicarse a la academia [Hecho 23]. La terminación de la relación profesional no fue motivada por una desavenencia o conflicto entre ellos, manteniéndose su relación hasta la fecha. Dicha relación la podemos comprobar con el hecho de que hayan sido vistos tomándose un café en una reconocida cafetería [Hechos 24].
- 44 Los nexos materiales e intelectuales del presente caso si afectan imparcialidad del profesor Reisman ya que la relación entre existente podría predisponer al árbitro Reisman a poner en riesgo la imparcialidad y objetividad del presente proceso arbitral, razón por la cual se solicita a este Tribunal Arbitral que deniegue la sustitución del abogado.
- 45 El tribunal arbitral tiene la facultad para impedir la sustitución del abogado, dado a que tiene la obligación de preservar la integridad del proceso arbitral y respetar



el principio de inmutabilidad del tribunal arbitral que ya se encuentra debidamente constituido.

46 En el caso *Harvatska Elektroprivreda v. Eslovenia* el tribunal arbitral concluyó que si bien el demandado tenía el derecho de elegir a sus abogados como mejor considere con anterioridad a la constitución del tribunal arbitral, no está facultado para modificar la composición de su equipo legal de forma que ponga en peligro la legitimidad del tribunal arbitral.

47 La presencia del abogado que propone la contraparte es incompatible con la permanencia del tribunal arbitral, ya que existen circunstancias que ponen en duda la imparcialidad e independencia, que incluso puede poner en riesgo el laudo arbitral que emita este tribunal.

**F. De la improcedencia de las medidas cautelares de embargo solicitadas por la parte actora.**

48 El artículo 19 del Reglamento de CRECIG permite a las partes solicitar las medidas cautelares que consideren que puedan asegurar sus derechos. Así como le da la facultad al tribunal arbitral para otorgar dichas medidas, de igual forma el tribunal arbitral tendrá discrecionalidad para decretarlas sin lugar cuando no las considere apropiadas.

49 Debe de existir urgencia de un posible daño serio para que se justifique la emisión de dichas medidas con anterioridad al laudo final. No basta con que exista dicha urgencia, sino que debe de tratarse de circunstancias que amenacen un daño que sea irreparable que no sea corregible mediante una indemnización monetaria [COSSÍO, p. 627-628].

50 La aceptación de dichos principios en materia de medidas precautorias ha sido tan bien aceptados y reconocidos que se encuentran incorporados en la Ley Modelo de CNUDMI.

51 El artículo 17 A de la Ley Modelo de CNUDMI establece las condiciones para el otorgamiento de las medidas cautelares. En el presente caso se está solicitando la medida cautelar de embargo, pero esta es improcedente por no cumplir con las condiciones que establece el artículo 17 (1) (a) y (b) de la Ley Modelo de CNUDMI.

*“Artículo 17 A. Condiciones para el otorgamiento de medidas cautelares*

*1) El solicitante de alguna medida cautelar prevista en los apartados a), b) o*

*c) del párrafo 2) del artículo 17 deberá convencer al tribunal arbitral de que:*

*a) de no otorgarse la medida cautelar es probable que se produzca algún daño, no resarcible adecuadamente mediante una indemnización, que sea notablemente más grave que el que pueda sufrir la parte afectada por la medida, caso de ser ésta otorgada; y*

*b) existe una posibilidad razonable de que su demanda sobre el fondo del litigio prospere. La determinación del tribunal arbitral respecto de dicha posibilidad no prejuzgará en modo alguno toda determinación subsiguiente a que pueda llegar dicho tribunal.” (...)*

52 El primer supuesto no se cumple ya que si este tribunal considera que es improcedente la medida, entonces no se causaría ningún daño a la parte actora que no pueda ser resarcible mediante una indemnización. El segundo supuesto también sería improcedente ya que por los argumentos anteriormente

establecidos, la mercadería si fue conforme al contrato y por lo tanto es improcedente la anulación del contrato; de tal forma que quedó evidenciada la improcedencia que la demanda sobre el fondo del litigio.

53 En este sentido, por no cumplirse con las condiciones del art. 17 (1) (a) y (b) de la Ley de CNUDMI, la medida cautelar de embargo es desproporcionada con el presente litigio y por ende improcedente.

54 Doña Rosa en su demanda indica que ha sufrido una pérdida monetaria por el monto que invirtió al contratar con don Max, pero se ha determinado que una pérdida monetaria no es un daño irreparable que justifique dictar una medida precautoria [ICCA Congress Miami 2014]. Es por ello que no solo deviene infundada la pretensión de doña Rosa sino que aunado a ello, las medidas precautorias no son procedentes ya que en ningún momento doña Rosa ha sufrido un daño irreparable.

55 Por lo tanto, este Tribunal Arbitral deberá decretar sin lugar y proceder a levantar las medidas cautelares de:

- Embargo con carácter de intervención de la fábrica de calzado “El Campeón”, propiedad de Max Gaillard
- Embargo sobre todos los bienes presentes y futuros propiedad de Max Gaillard
- Embargo sobre cuentas de depósitos monetarios, depósitos a plazos, depósitos de ahorros y cualquier otra similar que el demandado tenga o posea en cualquiera de los bancos de Grayevo.

## De las Pretensiones Sustantivas

### **A. El tribunal arbitral debe dictar el laudo basándose en lo que pactaron las partes en la cláusula IV del contrato.**

- 56 Las partes pactaron que la ley aplicable que resuelve el fondo de la controversia son los principios que inspiran el Derecho Comercial Latinoamericano, la buena fe y la equidad [Hechos No. 6]. El Reglamento de CRECIG establece que en caso de que sea un arbitraje internacional y un arbitraje de Derecho, se aplicará la legislación a la que las partes se hayan sometido expresamente, respetando lo que las partes hayan pactado en el contrato o en el acuerdo arbitral [art. 23 Reglamento CRECIG].
- 57 Por lo tanto, este tribunal arbitral debe tomar en cuenta la voluntad de las partes [GAILLARD, p. 788] y aplicar la normativa pactada, que son los principios que inspiran el Derecho Comercial Latinoamericano, la buena fe y la equidad que se traducen en *lex mercatoria*.
- 58 El incremento y la internacionalización del comercio han tenido como consecuencia que las partes regulen sus relaciones contractuales basándose en la *lex mercatoria* y por ende han excluido la aplicación de una normativa nacional [LEW, p. 440].
- 59 El fin de la *lex mercatoria* es regular las transacciones comerciales internacionales bajo un mismo sistema [PAULSSON, p. 25], por lo que para que esté bajo el mismo sistema lo más conveniente en el caso concreto es aplicar los Principios UNIDROIT y la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías [CISG] para resolver la controversia, tomando dichos cuerpos normativos como parte de la *lex mercatoria*.

- 60 Los Principios UNIDROIT han sido aplicados como *lex mercatoria* sin que ello afecte la ejecución del laudo ni contravenga el orden público [PAULSSON, p. 26; Ad hoc arbitration NY]. De igual forma la CISG ha sido utilizada como una normativa que reconoce las reglas que nacen de las prácticas comerciales [FRISCHKORN, p. 11] y por ello ha sido aplicada como *lex mercatoria* en ciertos arbitrajes [5713/1989, ICC].
- 61 Existen ciertos laudos que han reflejado lo que hoy en día se conoce como teoría de la *lex mercatoria*, cuyos defensores afirman que existe un régimen jurídico originado al margen de los Estados [PETER BERGER, p. 1-6]. El reconocimiento de la *lex mercatoria* como ley del contrato tiene su fundamento ya sea por parte de la autonomía de voluntad de quien la invoque o en el caso que los árbitros decidían aplicar la *lex mercatoria* como ley del contrato y determinar que se encuentra reflejada en la CISG [OVIEDO ALBÁN, p. 24]. Esta teoría viene a regular directamente los contratos internacionales extrayendo las reglas aplicables de la propia práctica de los comerciantes, de fallos y laudos arbitrales y de instrumentos internacionales que recojan reglas de aceptación universal.
- 62 Tal ha sido su aceptación que un tribunal arbitral falló un laudo, en donde la parte demandada invocó que la disputa debería de resolverse aplicando los principios generales del Derecho Comercial Internacional y los usos aceptados en la práctica comercial internacional, incluyendo el principio de buena fe. El tribunal encontró que los principios generales del comercio internacional, incluyendo el principio de buena fe, podían regir la disputa y que los mismo así como los usos aceptados, están contenidos en la CISG [7331 de 1994 ICC].
- 63 También ha sido el caso en que los Principios UNIDROIT se han aplicado como *lex mercatoria* tal y como lo recoge el preámbulo de dichos principios al establecer que dichos principios pueden aplicarse cuando las partes hayan acordado que su contrato se rija por los principios generales del Derecho, la *lex*

*mercatoria* o expresiones semejantes. Para demostrar ello, un tribunal arbitral falló en base a los Principios UNIDROIT siendo el caso que las partes habían pactado que cualquier disputa debería ser resuelta sobre la base de la buena fe y usos justos, tomando en cuenta las prácticas comerciales [Costa Rican C. v. French Co].

64 Por lo tanto este tribunal debe fallar tomando en cuenta los principios generales del Derecho Comercial Latinoamericano, la buena fe y la equidad, los cuales se encuentran regulados en los Principios UNIDROIT y la CISG al ser aplicados estos como *lex mercatoria*.

**B. Doña Rosa no tiene derecho a anular el contrato y reclamar daños y perjuicios**

65 Los zapatos tipo Elsa entregados por don Max estaban en perfectas condiciones. Aun así, doña Rosa intenta anular el contrato alegando que los zapatos no eran vendibles en el mercado guatemalteco [Hechos, 15]. Para este efecto, doña Rosa se basa en la publicación de un medio de comunicación de Grayevo que acusó a don Max de emplear trabajo infantil en un centro de producción de los zapatos tipo Elsa [Hechos, 12].

66 Sin embargo, doña Rosa no tiene derecho de pedir la anulación del contrato de conformidad con el artículo 3.2.5 de los Principios UNIDROIT, ni a reclamar daños y perjuicios en virtud del artículo 3.2.16, puesto que don Max no conocía el hecho del trabajo infantil en una de las fábricas de uno de sus subcontratistas al momento de celebrar el contrato y, por lo tanto, no pudo haberlo revelado a doña Rosa.

67 Además, no existe un incumplimiento por parte de don Max, ya que los bienes entregados eran conformes con el contrato; y consecuentemente no tenía obligaciones post contractuales.

### **B.1. La anulación del contrato no es procedente dado que no hubo omisión dolosa por parte de don Max.**

68 Doña Rosa manifiesta haber actuado de buena fe en todo momento, y a la vez asegura que don Max nunca actuó de conformidad con los principios de buena fe y lealtad negocial, pues éste, una vez entregadas las mercaderías, se desligó de sus obligaciones post-contractuales, las cuales derivaron de una omisión dolosa de don Max al momento de celebración del contrato.

69 Para llegar a esa conclusión, doña Rosa argumenta que, desde la noticia del trabajo infantil, la comercialización de la mercadería objeto del contrato se hizo “absolutamente imposible” [Hecho,15]. La imposibilidad a que alude doña Rosa es contradictoria, pues, como la propia parte actora reconoce, recibió algunas propuestas de oferta por dicha mercadería, las cuales rechazó [Memorial demanda, 85]. Ese rechazo pone en tela de juicio la buena fe que reiteradamente se atribuye a la parte actora en su demanda.

70 La imposibilidad de comercialización de la mercadería alegada por doña Rosa deviene, de una omisión dolosa de don Max al momento de celebrar el contrato. Doña Rosa, en este sentido, argumenta que don Max omitió dolosamente revelar a doña Rosa circunstancias relevantes conforme a criterios comerciales razonables; de ahí la supuesta mala fe de don Max en la celebración del contrato, de conformidad con los alegatos de doña Rosa [Memorial demanda, 95].

71 El deber de revelación de circunstancias relevantes conforme a criterios comerciales de lealtad negocial [UNIDROIT, art. 3.2.5], en la fase de negociación, es una obligación inherente a las actuaciones e informaciones que se dan en un negocio, e implica que las partes deben realizarlas con claridad y sinceridad. La finalidad de dicho deber es la "creación de un ambiente propicio

para el desenvolvimiento del comercio internacional, que permita (...) un cumplimiento puntual y serio de los compromisos adquiridos" [OVIEDO, URBINA Y POSADA; 2.1.6.1].

72 No existe omisión dolosa pues Max cumplió con entregar los zapatos tipo Elsa, conforme a la solicitud que recibió de doña Rosa y los mismos eran revendibles.

**B.2. Don Max no tenía conocimiento de la circunstancia que la actora considera omitida.**

73 La parte actora alega que don Max actuó engañosamente –sin ser claro ni sincero al momento de celebrar el contrato-, pues no reveló el hecho de que en su fábrica empleaba menores, y alega que, de haber conocido esa circunstancia, nunca hubiera celebrado el contrato [Memorial demanda, 92].

74 De conformidad con el artículo 3.2.5 de los Principios UNIDROIT, hay dolo cuando fraudulentamente se induce a la otra parte a celebrar el contrato o se omiten circunstancias que deberían haber sido reveladas conforme a criterios comerciales razonables de lealtad negocial. Este tribunal podrá observar que es un hecho que don Max no tenía conocimiento del empleo de trabajo infantil por parte de su subcontratista [Hechos, 12]. Este hecho, por sí mismo, deja sin sustento la petición de la parte actora de anular el contrato en virtud de una omisión dolosa.

75 Para que exista dolo debe existir un engaño y para que este exista, debe existir un conocimiento del hecho sobre el que versará dicho engaño. En este mismo sentido opera la omisión dolosa, pues, para poder omitir la revelación de un hecho, es necesario el conocimiento previo de ese hecho. De esta manera, si don Max hubiese querido omitir la revelación del trabajo infantil utilizado por su subcontratista, don Max hubiese tenido que conocer de antemano dicha circunstancia. Dado que don Max, como ya se sustentó, no tenía conocimiento



de ese hecho, una omisión al respecto se hace lógicamente imposible, por lo que negoció de buena fe [art. 1.7 de los Principios UNIDROIT].

### **B.3. Don Max no debió haber tenido conocimiento de la circunstancia que la actora considera omitida.**

76 La circunstancia que doña Rosa considera omitida es, como ya se ha mencionado, la contratación de trabajo infantil por parte de un subcontratista de la fábrica de don Max.

77 Un subcontratista es una tercera persona, ajena a las partes contractuales, a la que una de estas le encarga la ejecución total o parcial del contrato [CISG, art. 79]. Un subcontratista, a diferencia de los empleados o simples proveedores de alguna de las partes, es legal y estructuralmente independiente de dicha parte. [CHENGWEI; para 5.2] El hecho de que un contratista sea independiente, salvo en la faceta económica, implica, sobre todo, que el subcontratista tenga su propia organización laboral y utilice sus propios mecanismos de producción. Por lo tanto, la parte que lo contrata no tiene control sobre los mismos.

78 En razón de lo anterior, don Max no tenía conocimiento de la circunstancia, alegada por doña Rosa, ni tenía obligación de saber que su subcontratista empleaba trabajo infantil en sus operaciones. Por lo tanto, es improcedente la anulación del contrato solicitada por doña Rosa ya que no existió una omisión dolosa por parte de don Max al negociar el contrato.

### **C. Don Max cumplió con todas las obligaciones derivadas del contrato**

79 Don Max al entregar mercaderías conformes al contrato, cumplió con sus obligaciones derivadas del contrato y por lo tanto no tenía obligaciones postcontractuales.

### **C.1. El empleo de trabajo infantil no constituye un incumplimiento de contrato.**

80 Doña Rosa sostiene que don Max incumplió el contrato por haber entregado zapatos que fueron elaborados mediante trabajo infantil, hecho que los hace invendibles en el mercado guatemalteco y, por lo tanto, no aptos para el destino para el que fueron adquiridos [Memorial demanda, 88].

81 De conformidad con los Principios UNIDROIT, el “incumplimiento consiste en la falta de ejecución por una parte de alguna de sus obligaciones contractuales, incluyendo el cumplimiento defectuoso o el cumplimiento tardío” [art. 7.1.1] y, en los contratos de compraventa internacional de mercadería, el incumplimiento se considera esencial “cuando cause a la otra parte un perjuicio tal que la prive sustancialmente de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato (...)” [art. 25 de la CISG].

#### **C.1.1 El empleo de trabajo infantil no constituye un defecto físico y por lo tanto no puede causar la falta de conformidad de las mercaderías.**

82 El artículo 35 de la CISG establece los requisitos que tienen que verificarse para cumplir con la obligación relativa a la conformidad efectiva de las mercaderías: cantidad, calidad, tipo y envasado o embalado [Benicke, Munchkomm HGB, Art. 35 Para. 1]. En este sentido, de acuerdo con la primera parte del artículo en mención, sólo los defectos físicos y tangibles pueden causar falta de conformidad de los bienes.

83 Esta interpretación es congruente con los artículos 38 y 39 de la misma Convención. De conformidad con estas disposiciones, el comprador no puede invocar la falta de conformidad si no examinó las mercaderías correctamente y, por lo tanto, no dio aviso al vendedor de la falta de conformidad en el momento oportuno. Las normas mencionadas, por tanto, presuponen que mediante el

examen de los bienes cualquier posible falta de conformidad puede ser detectada [Grunewald, p. 139]. Por medio del examen, sin embargo, sólo las características tangibles de los bienes pueden ser detectadas y, consecuentemente, sólo los rasgos físicos y tangibles pueden ser parte de la calidad exigida para que los bienes sean conformes. [Dingxi Longhai Dairy, Ltd. V. Becwood Technology Group, L.L.C.]

84 Sin embargo, el empleo de trabajo infantil en la planta de un subcontratista de la Fabrica de Calzado El Campeón no es de ninguna manera una característica física o tangible de los zapatos tipo Elsa. Por consiguiente, no puede constituir una característica de calidad requerida para que las mercaderías sean conformes al contrato.

85 De hecho, luego de que las mercaderías fueron entregadas en las bodegas de “El Bazar”, los zapatos fueron exhaustivamente examinados por el personal de “El Bazar” y doña Rosa fue informada que “cumplían con la cantidad requerida y que no tenían ningún daño”, por lo que autorizó que se enviara el segundo pago a la fábrica de calzado “El Campeón” [Hechos, 9]. De esto se desprende que las mercaderías se recibieron en los términos pactados por las partes, según la cláusula III del Contrato.

86 Así pues, debido a que la calidad de los zapatos se ajusta a la calidad requerida por doña Rosa, don Max no incumplió el contrato de conformidad con el artículo 35 (1) de la CISG.

**C.1.2. Don Max cumplió el contrato por haber entregado zapatos aptos para el destino por el que fueron adquiridos.**

87 Doña Rosa alega que el uso de trabajo infantil en una de las instalaciones de producción de un subcontratista de la Fabrica de Calzado El Campeón

constituye un incumplimiento del contrato, puesto que los zapatos tipo Elsa entregados eran invendibles en Guatemala [Hechos, 19].

88 De conformidad con el artículo 35 (2) (b) de la CISG, las mercaderías no serán conformes al contrato si no son "aptas para cualquier uso especial [...] hecho saber al vendedor en el momento de la celebración del contrato, salvo que de las circunstancias resulte que [...] no era razonable que [El comprador] confiara, en la competencia y el juicio del vendedor".

89 Sin embargo, el artículo en cuestión no aplica cuando las partes han determinado suficientemente la cantidad, calidad y tipo de mercaderías requeridas en el contrato [SCHWENZER, art. 35 párrafo 2]. En el presente caso, de acuerdo con la cláusula I del contrato, las partes acordaron que las mercaderías consistirían en "un lote de 200,000 pares de zapatos para niña tipo "Elsa". Todos estos de las tallas variadas de la 27 a la 32. Todos de color azul." En este sentido, en el mismo contrato se describió en detalle la cantidad, calidad física y tipo de los zapatos. Por lo tanto, la inconformidad de las mercaderías no puede deberse a la falta de aptitud para el uso especial que Doña Rosa quería darle a los zapatos.

90 En cualquier caso, Doña Rosa no dio a conocer a don Max, ni expresa ni tácitamente, el uso que daría a los zapatos, y no era razonable que confiara en la competencia y el juicio de don Max para conocer las convicciones de los consumidores guatemaltecos.

91 El uso de trabajo infantil en una de las plantas de un subcontratista del demandado no conlleva el incumplimiento del contrato de conformidad con el artículo 35 (2) (b) de la CISG, puesto que, aún si se supone que, debido a las convicciones de los consumidores guatemaltecos, los zapatos no eran aptos para el propósito particular de reventa en Guatemala, doña Rosa no podía

confiar razonablemente en la habilidad y el juicio de don Max para conocer de estas convicciones particulares en Guatemala.

92 Aún cuando la legislación interna de Grayevo y de Guatemala son contestes al prohibir el trabajo infantil [Hecho,12] las convicciones de los consumidores respectivos de cada país con respecto a estas normas son distintas. Así, no existía una forma de saber que la población en Guatemala iba a reaccionar de una manera tan sensible comparada con la reacción que tuvo la gente en Grayevo con motivo del trabajo infantil. Esto debido a que en Grayevo, la norma que prohíbe este tipo de trabajo para menores rara vez es cumplida, se considera un asunto de poca gravedad y, en todo caso, conlleva la imposición de una multa intrascendente [Hechos, 12 y 13]. Sin embargo en Guatemala, el tema del trabajo infantil resultó ser muy sensible [Hechos, 14]. Por esta razón, doña Rosa no podía confiar razonablemente que don Max supiera de estas convicciones.

### **C.1.3 Ninguna persona razonable en el lugar de don Max pudo haber previsto las consecuencias del empleo del trabajo infantil.**

93 Una persona razonable no podía haber previsto que los clientes de Guatemala reaccionarían como lo hicieron frente a la noticia del trabajo infantil relacionado en la producción de los zapatos tipo Elsa [Hechos, 14].

94 De hecho, 179 Estados han ratificado el Convenio sobre las peores formas de trabajo infantil de la Organización Internacional del Trabajo, lo cual demuestra que la mayor parte de países se oponen al trabajo infantil. Sin embargo, existen otros casos de fabricantes que han sido acusados por la prensa de utilizar trabajo infantil en su producción y esto no ha causado reacciones comparables con la ocurrida en Guatemala [por ejemplo, la publicaciones de The Observer sobre Adidas, la de The Guardian sobre Gap; o la de The Independent sobre

Walmart]. Esto demuestra que la reacción de los consumidores en Guatemala no era previsible razonablemente.

95 En conclusión, Doña Rosa no podía esperar que don Max conociera las convicciones de los consumidores guatemaltecos. Por lo tanto, la Demandante no podía confiar razonablemente en la capacidad y juicio de don Max y, por ende, el Demandado no incumplió el contrato en virtud del artículo 35 (2) (b) de la CISG.

#### **D. Doña Rosa no tiene derecho a reclamar daños y perjuicios**

96 El hecho de que los bienes entregados por don Max sean conformes al contrato implica necesariamente que doña Rosa no pueda reclamar la anulación del contrato. De ello se deriva que no se le pueda imputar los daños y perjuicios a don Max y por ende, resulte improcedente el cobro de una indemnización. [VISCASILLAS, p. 174]

97 Por lo anterior, y sin aceptar que se hayan causado daños, si éste Tribunal Arbitral determinara lo contrario, la imputabilidad de los mismos debe ser realizada con base en el análisis que continúa.

#### **D.1 Doña Rosa no cumplió con los requisitos necesarios para reclamar daños por incumplimiento de contrato**

##### **D.1.1 Doña Rosa incumplió con el deber de notificación.**

98 De conformidad con el artículo 39 de la CISG, “*el comprador perderá el derecho a invocar la falta de conformidad de las mercaderías si no lo comunica al vendedor, especificando su naturaleza, dentro de un plazo razonable a partir del momento en que la haya o debiera haberla descubierto*”.

99 Se ha determinado que el momento en que el comprador descubre de hecho la falta de conformidad puede materializarse cuando se ha percatado subjetivamente de los defectos o si hay hechos objetivos que prueben que el comprador adquirió ese conocimiento [Compendio, p. 133]. En este caso, debe considerarse que si la noticia del trabajo infantil en la elaboración de zapatos tipo Elsa era considerada por Doña Rosa de tal relevancia que impediría la venta de los zapatos sin dañar sus relaciones comerciales [Hechos, 15], esta debió ser diligente y comunicarle esta circunstancia a don Max desde el momento en que pudo tener conocimiento de ella; entiéndase, desde el quince de diciembre de dos mil trece.

100 No obstante, doña Rosa esperó hasta el veintidós de diciembre de dos mil trece, para notificar a don Max de esta circunstancia, fecha para la cual ya había recibido cientos de correos acusándola de promover el trabajo infantil, así como percibido las protestas de docenas de personas y ocurrido el incidente de la ventana de su almacén [Hechos, 14].

101 Es por lo anterior, que la notificación de la falta de conformidad realizada por doña Rosa es evidentemente tardía y no satisface el requisito para exigir el pago de daños.

#### **D.1.2 Doña Rosa no mitigó daños.**

102 El artículo 77 de la CISG exige que la parte que invoca el incumplimiento del contrato, debe adoptar las medidas necesarias que sean razonables, atendidas las circunstancias, para reducir la pérdida. Se ha determinado que una medida razonable que frecuentemente debe considerarse es la posibilidad de la venta de las mercaderías [CHENGWEI, p. 97]. En este caso, don Werner Salmerón ofreció a doña Rosa vender los zapatos a un menor precio en otro país donde el tema del trabajo infantil no tuviere tanta relevancia [Hechos, 16]; no obstante ello, doña Rosa no aceptó la oferta. [Hechos, 16]

103 En este sentido, un tribunal determinó que un comprador que había contratado con un tercero dada la incapacidad de la parte que había incumplido con el contrato, sí había mitigado daños [Nova Tool & Mold Inc. v. LonDon Industries Inc]. Si doña Rosa hubiera contratado con Werner Salmerón, habría cumplido con el deber de mitigación de daños, deber que en este caso no fue cumplido.

104 Aunado a lo anterior, el hecho de que doña Rosa hubiere decidido almacenar los zapatos en una bodega que posteriormente se incendió [Hechos, 17] provocó no solo un aumento de gastos, sino además, de pérdidas. En este sentido se ha determinado por varios tribunales que no procede la indemnización cuando los actos y gastos realizados por la parte agraviada, no hubieren reducido efectivamente la pérdida. [COMPENDIO, p. 250]

105 Doña Rosa podría haber evitado más pérdidas si hubiera aceptado vender los zapatos a don Werner Salmerón, pero su omisión demuestra que no mitigó daños, sino por el contrario los incrementó.

## **D.2 Doña Rosa no tiene derecho a recobrar daños y perjuicios**

106 Como ha quedado verificado en el desarrollo de las anteriores pretensiones, no hubo falta de conformidad alguna en las mercaderías entregadas por don Max y por lo tanto no es posible imputar daños a éste. En el mismo sentido, doña Rosa tampoco se encuentra legitimada para reclamar daños y perjuicios en virtud de que no cumplió con los requisitos necesarios que la facultaban para ello. No obstante lo anterior, si los requisitos se hubieren cumplido o si se determinare la procedencia de los daños, también es preciso aclarar que los mismos no son imputables a don Max de la forma en que pretende la parte actora.



### **D.2.1 Daños por incumplimiento o daño directo.**

- 107 El daño por incumplimiento se refiere a no recibir la contraprestación que corresponde en cada caso concreto. [SCHWENZER, p. 1689] En este caso, no cabría hablar de un daño directo toda vez que lo que pactaron las partes fue la entrega, por parte de El Campeón de un lote de 200,000 pares de zapatos para niña tipo Elsa, de tallas variadas desde la 27 hasta la 32 [Hechos, 6] y, precisamente eso fue el producto recibido por doña Rosa.
- 108 Aunado a lo anterior, la parte actora argumenta que los zapatos no eran útiles para el fin para el cual habían sido adquiridos, [Hechos, 15] pero deberá recordar este tribunal que, no solo doña Rosa recibió una oferta de un empresario de calzado para revender los zapatos a un precio menor, sino que además, los zapatos en sí mismos, carecían de defectos y eran perfectamente utilizables para el fin para el cual se destinarían mercaderías del mismo tipo.
- 109 Sumado a lo expuesto, si bien se ha determinado que un comprador puede demandar cuando hubiere adquirido un bien manufacturado por un menor de edad, se ha determinado que las condiciones humanitarias bajo las cuales el producto debió haber sido manufacturado, debieron ser solicitadas al vendedor, [SCHWENZER, p. 1690] pues no es razonable que el vendedor por sí mismo tenga o adquiriera el conocimiento de estas circunstancias.
- 110 Asimismo, con respecto a las ganancias de las que doña Rosa fue supuestamente privada (perjuicios) [Hechos, 15] en este caso concreto no era posible que don Max las pudiese prever, ya que no tenía conocimiento de que existieran en su fábrica problemas de trabajo infantil ni mucho menos del alcance de este tema en Guatemala, así como tampoco tenía conocimiento de las relaciones contractuales preestablecidas por doña Rosa [CLOUT 476].

111 En conclusión doña Rosa no se encuentra legitimada para reclamar los daños por incumplimiento o daño directo.

### **D.2.2 Daños Incidentales**

112 Los daños incidentales son aquellos en los que incurre el acreedor sin relación directa con la consecución de su objetivo, pero derivados de la necesidad de evitar una desventaja adicional [SCHWENZER, p.1692]. Doña Rosa pretende recobrar el daño incidental consistente en los gastos en los que incurrió para resguardar los zapatos que no fueron afectados por el incendio en la bodega de un tercero a un costo de cinco mil dólares de los Estados Unidos de América al mes [Hechos, 18]. Sin embargo, bajo el espectro del art. 74 de la CISG solo son reclamables los daños consecuenciales y previsibles, no los incidentales.

113 Además aunque se intentara recobrar los daños incidentales, como consecuenciales, solo sería posible si se cumple con la previsibilidad [SCHNEIDER, prf 7], requisito con el que no se cumple en este caso. Sumado a ello, la decisión de resguardar los zapatos en esa bodega en específico fue tomada por doña Rosa de forma unilateral.

### **D.2.3 Daños Consecuenciales**

114 Entendidos como aquellos adicionales, esto es, que van más allá del incumplimiento contractual en sí mismo, tal como es el caso del daño a la reputación. [Schwenzer, p. 1697] Dentro de éstos se encuentran:

#### **D.2.3.1 Daño a la reputación**

115 Los daños a la reputación que aduce doña Rosa se derivaron principalmente de la publicación de la noticia sobre el trabajo infantil en la fábrica de El Campeón del periódico de Grayevo, [Hechos, 12] por lo que es incorrecto extender una

relación de causalidad respecto de los zapatos que entregó don Max a las acciones derivadas de la publicación de una noticia de un hecho del cual éste no tenía conocimiento.

- 116 Además, para que fuera jurídicamente relevante el atentado contra la reputación, se debe probar con certeza la pérdida de clientela y de ganancias, ya que de lo contrario dichas reclamaciones son infundadas [10 O 72/00]. En este caso, doña Rosa nunca puso los zapatos a la venta, por lo que no puede determinarse con exactitud si perdió o no parte de su clientela, además, rechazó una oferta de reventa de los zapatos, por lo que las ganancias dejadas de percibir pudieron haberse disminuido y por ende no quedan claramente establecidas.
- 117 En todo caso, si se llegase a determinar que el daño a la reputación si fue causado por don Max, sería necesario determinar primero que, tal y como resolvió un Tribunal, la indemnización por daños y perjuicios resultantes de atentados contra la reputación o el buen nombre no están protegidos por la CISG [304/1993] por lo tanto no procede su solicitud

#### **D.2.3.2 Daños a la publicidad**

- 118 Es incorrecto asimismo, determinar que existe una relación de causalidad entre los daños a la publicidad que aduce doña Rosa y las mercaderías entregadas por don Max. En todo caso, el hecho de que el objetivo que buscaba doña Rosa con la inversión que realizó en publicidad no se hubiera cumplido, fue derivado, nuevamente, de una noticia externa sobre hechos de los cuales don Max no tenía conocimiento y aún de haberlo tenido, jamás hubiera sido previsible que éste llegase a considerar que dicha circunstancia afectaría la venta de los zapatos entregados.
- 119 De la misma forma don Max podría haber previsto que doña Rosa planeaba vender los zapatos hasta navidad y por ende invertir \$20,000.00 en publicidad si

nunca se lo comunicó. De cualquier manera, los zapatos entregados por don Max cumplían con todos los requisitos establecidos por doña Rosa y es por ello que no puede imputársele a aquél, el correspondiente daño a la publicidad.

120 De lo anteriormente relatado, es claro que:

- a) Doña Rosa no cumplió con el deber de notificación en tiempo, ni con el deber de mitigación aun cuando tuvo la posibilidad de vender los zapatos.
- b) No existen daños directos porque nunca hubo un incumplimiento, pues se entregaron los zapatos tal como fueron solicitados en el contrato.
- c) No existen daños incidentales, ni consecuenciales que sean atribuibles a don Max.

121 Como consecuencia de lo anterior, no existe derecho alguno que faculte a doña Rosa a recibir un pago por daños y perjuicios, lo que hace improcedente los motivos esgrimidos por la demandante.

## **PETITORIO**

Con base en la relación de hechos, derecho invocado y argumentos expuestos, se solicita a este Tribunal Arbitral que declare lo siguiente:

- A) Que la cláusula X del contrato es inválida por no haber sido consentida por don Max, siendo improcedente el arbitraje;
- B) Que, sin perjuicio de la petición anterior, se declare incompetente el Tribunal y considere que no se ha cumplido con la fase de negociación de la cláusula X del contrato;
- C) Que la ley aplicable son los Principios UNIDROIT y CISG como *lex mercatoria*;
- D) Que no hubo omisión dolosa por parte de don Max;

- E) Que don Max entregó mercaderías conformes al contrato por lo que no es procedente la anulación del contrato;
- F) Que son improcedentes las medidas cautelares solicitadas por la parte actora y por lo tanto deben levantarse las medidas cautelares de:
  - a. Embargo con carácter de intervención de la fábrica de calzado “El Campeón”, propiedad de Max Gaillard.
  - b. Embargo sobre todos los bienes presentes y futuros propiedad de Max Gaillard.
  - c. Embargo sobre cuentas de depósitos monetarios, depósitos a plazos, depósitos de ahorros y cualquier otra similar que el demandado tenga o posea en cualquiera de los bancos de Grayevo.

## TABLA DE AUTORIDADES

### TRATADOS Y LEGISLACIÓN

| Cita   | Citado como            |
|--|------------------------|
| Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, Naciones Unidas, 1980     | [CISG]                 |
| Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional con las enmiendas aprobadas en 2006 | [Ley Modelo de CNUDMI] |
| Principios de UNIDROIT para los Contratos del Comercio Internacional, 2010   | [Principios UNIDROIT]  |

### LIBROS

| Cita   | Citado como   |
|--|---------------|
| ALVARADO HERRERA, Lucía, et alt., <i>Comentarios a los Principios UNIDROIT para los Contratos del Comercio Internacional</i> , Editorial Thomson, Navarra, segunda edición, 2003 | [ALVARADO]    |
| GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco. Arbitraje. México: Editorial Porrúa. Tercera Edición. 2011.   | [COSSÍO]      |
| DIEZ PICAZO, Luis; <i>Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial</i> , Thomson Civitas, sexta edición, volumen I.   | [DIEZ PICAZO] |
| GAILLARD, Emmanuel y John SAVAGE, <i>Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration</i> , Kluwer Law International, 1999.                                     | [GAILLARD]    |
| GRUNEWALD, Barbara, <i>Kaufrecht</i> , 1st ed, Tübingen, 2006  | [GRUNEWALD]   |
| LEW, Julian D; MISTELIS, Loukas A;   | [LEW]         |

|   |                           |
|---|---------------------------|
| <p>KRÖLL, Stefan M, “<i>Comparative Internacional Comercial Arbitration</i>”, Kluwer Law International, The Hague/ LonDon/ New York, 2003,</p>  |                           |
| <p>OVIEDO ALBÁN, Jorge, <i>La Convención sobre compraventa Internacional de Mercaderías, antecedentes y desarrollos alternativos</i>, Instituto Latinoamericano de Derecho de los Negocios, Buenos Aires, primera edición.</p>  | <p>[OVIEDO ALBÁN]</p>     |
| <p>PAULSSON, Jan and Nigel RAWDING, et. al, <i>The Freshfields Guide to Arbitration Clauses in International Contracts</i>, Kluwer Law International, 2010, third edition.</p>  | <p>[PAULSSON]</p>         |
| <p>PETER BERGER, Klaus, <i>Private Dispute Resolution in International Business</i>, Kluwer Law International.</p>  | <p>[PETER BERGER]</p>     |
| <p>REDFERN, Alan y Martin HUNTER, <i>Law and practice of international commercial arbitration</i>, Sweet &amp; Maxwell, Third Edition, LonDon, 1999.</p>  | <p>[REDFERN Y HUNTER]</p> |
| <p>SCHLECHTRIEM, Peter; SCHWENZER, Ingeborg, <i>Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)</i>, 3rd ed., Oxford, 2010</p>  | <p>[SCHWENZER]</p>        |
| <p>SCHMIDT, Karsten, <i>Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Volume 6, Wiener UN-Übereinkommen über Verträge über den internationalen Warenkauf – CISG</i>, 2nd ed., München, 2007</p>  | <p>[SCHMIDT]</p>          |
| <p>ÚBEDA, Amaya. <i>Democracia y derechos humanos en Europa y en América: un estudio comparado de los sistemas europeo e interamericano de protección de los derechos humanos</i>. Editorial Reus, Madrid, España, 2006. P. 355<br/> Disponible en: <a href="http://books.google.com.gt/books?id=YyY_8bV7UDgC&amp;pg=PA355&amp;lpq=interpretacion+efecto+util+voluntad&amp;source=bl&amp;ots=htizb88WkI&amp;sig=-uJ6WLFU5iiOGIS1DkcJA2lw3XY&amp;hl=en&amp;sa=X&amp;ei=hfE1VliJLMnLsASAJIHgCQ&amp;ved">http://books.google.com.gt/books?id=YyY_8bV7UDgC&amp;pg=PA355&amp;lpq=interpretacion+efecto+util+voluntad&amp;source=bl&amp;ots=htizb88WkI&amp;sig=-uJ6WLFU5iiOGIS1DkcJA2lw3XY&amp;hl=en&amp;sa=X&amp;ei=hfE1VliJLMnLsASAJIHgCQ&amp;ved</a></p> | <p>[UBEDA]</p>            |

|  |           |
|--|-----------|
| =0CCMQ6AEwAw#v=onepage&q=interpretacion%20efecto%20util%20voluntad&f=false   |           |
| <p>VILADOT PRESAS, María Ángels; <i>Comunicación y Grupos Sociales</i>; Editorial UOC, Barcelona España, 2012, primera edición.</p> <p>CREMADES, Bernardo M., <i>Consolidación de la Autonomía de la Voluntad en España -El Convenio Arbitral-</i>; España, disponible en: <a href="http://www.cremades.com/pics/contenido/File634523793302025811.pdf">http://www.cremades.com/pics/contenido/File634523793302025811.pdf</a></p> | [VILADOT] |
| <p>VIRGÓS SORIANO, Miguel, <i>El Convenio arbitral en el arbitraje internacional</i>, artículo publicado en Actualidad Jurídica Uría Menéndez, n.º 14, 2006, disponible en: <a href="http://www.uria.com/documentos/publicaciones/1577/documento/art01.pdf?id=2104">http://www.uria.com/documentos/publicaciones/1577/documento/art01.pdf?id=2104</a></p>  | [VIRGÓS]  |

### ARTICULOS Y PUBLICACIONES

| Cita   | Citado como                 |
|--|-----------------------------|
| <p>BURKE, Jason, <i>Child labour scandal hits Adidas – Brutality, poor wages and 15-hour days in the Asian sweatshops</i>, artículo publicado en <i>The Observer</i>, el 19 de noviembre de 2000, disponible en: <a href="http://www.theguardian.com/uk/2000/nov/19/jasonburke.theobserver">http://www.theguardian.com/uk/2000/nov/19/jasonburke.theobserver</a></p> | [The Observer sobre Adidas] |
| <p>CHENGWEI, Lui. <i>Perspectives from the CISG, UNIDROIT Principles, PECL and Case Law</i>. Second edition: annotated update April 2005; para. 5.2] <a href="http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/liu6.html">http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/liu6.html</a></p>   | [CHENGWEI]                  |
| <p>DIAB, Khaled, <i>Child labour’s ethical gap – Clothing giant Gap has become embroiled in another child labour scandal in India.</i></p>   | [The Guardian sobre Gap]    |



|  |                                 |
|--|---------------------------------|
| <p><i>But is the answer to ban poor children from working?</i>, artículo publicado en The Guardian, el 29 de octubre de 2007, disponible en:<br/> <a href="http://www.theguardian.com/commentisfree/2007/oct/29/childlaboursethicalgap">http://www.theguardian.com/commentisfree/2007/oct/29/childlaboursethicalgap</a></p>  |                                 |
| <p>DIXON, David. <i>Bad CISG Ruling on Attorneys' Fees Still Haunts U. S. Courts</i>. University of Miami Inter-American Law Review, 2006.<br/> Disponible en: <a href="http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/dixon.html">http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/dixon.html</a></p>   | [DIXON]                         |
| <p>FOLEY, Stephen, <i>Walmart embroiled in child labour scandal</i>, artículo publicado en The Independent, el 2 de noviembre de 2009, disponible en:<br/> <a href="http://www.independent.ie/world-news/walmart-embroiled-in-child-labour-scandal-26578131.html">http://www.independent.ie/world-news/walmart-embroiled-in-child-labour-scandal-26578131.html</a></p> | [The Independent sobre Walmart] |
| <p>FOLLONIER-AYALA, <i>La formación del convenio arbitral internacional en América Latina y en Suiza</i>, Lima Arbitration No.5 – 2012/2013</p>  | [FOLLONIER-AYALA]               |
| <p>GREENWOOD, Lucy, <i>A window of opportunity? Building a short period of time into Arbitral Rules in Order for parties to explore settlement</i>, LCIA, Kluwer Law International 2011, Volume 27 Issue 2.<br/> MÉNDEZ SILVA, Ricardo, <i>Los principios del Derechos de los Tratados</i>.</p>  | [GREENWOOD]                     |
| <p>OVIEDO ALBAN, Jorge, et al., <i>La formación del contrato en los Principios UNIDROIT para los contratos comerciales internacionales</i>, Junio 1999, disponible en:<br/> <a href="http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/oviedoalban1.html">http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/oviedoalban1.html</a></p>  | [OVIEDO, URBINA Y POSADA]       |
| <p>RODRÍGUEZ MÁRQUEZ, José A., <i>Los métodos alternativos de resolución de controversias</i>.</p>   | [RODRÍGUEZ MÁRQUEZ]             |
| <p>SCHNEIDER, Eric C., <i>Measuring Damages under the CISG</i>, disponible</p>   | [SCHNEIDER]                     |

|  |                |
|--|----------------|
| <a href="http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/text/cross/cross-74.html">http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/text/cross/cross-74.html</a>                                      |                |
| VAN DEN BERG, Albert Jan, <i>General</i> , Yearbook Commercial Arbitration 2013-Volume XXXVIII, Yearbook Commercial Arbitration, Volume 38, Kluwer Law International | [VAN DEN BERG] |

### LAUDOS

| Cita   | Citado como                              |
|--|--|
| Ad hoc arbitration, Nueva York, disponible en:<br><a href="http://www.unilex.info/case.cfm?id=756">http://www.unilex.info/case.cfm?id=756</a> , citado por BONELL, Michael Joachim, <i>An international restatement of contract law</i> , Transnational Publishers, Inc., third edition, 2005.   | [Ad hoc arbitration, NY]                 |
| Caso 5713, año 1989, Court of Arbitration of the International Chamber of Commerce, disponible en:<br><a href="http://www.cisg.law.pace.edu/cases/895713i1.html">http://www.cisg.law.pace.edu/cases/895713i1.html</a>  | [5713/1989, ICC]                         |
| Caso Nueva York; Court for the Southern District of New York, <i>Bleship Navigation Inc v Sealift Inc</i> , XXI YBCA 799 (1996)  | [Bleship Navigation Inc v Sealift Inc]   |
| Costa Rica Co. v. French Co., Ad hoc Arbitration, Costa Rica, Apr. 30, 2001  | [Costa Rican C. v. French Co]            |
| Federación de Rusia: Tribunal de Arbitraje Comercial Internacional de la Cámara de Comercio e Industria de la Federación de Rusia; 406/1998 (6 de junio de 2000), disponible en: <a href="http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/V03/864/20/PDF/V0386420.pdf?OpenElement">http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/V03/864/20/PDF/V0386420.pdf?OpenElement</a> | [CLOUT 476]                              |
| Germany 9 May 2000 District Court Darmstadt (video recorders case) 10 O 72/00  | [10 O 72/00]                             |
| ICSID Case ARB/05/24 Harvatska Elektroprivreda DD v. The Republic of Slovenia, June 12, 2009.  | [Harvatska Elektroprivreda v. Eslovenia] |
| Laudo Arbitral 7331 de 1994 en The ICC   | [7331 de 1994 ICC]                       |

|   |                                     |
|---|-------------------------------------|
| International Court of Arbitration Bulletin, Vol. 6/n 2, 1995.  |                                     |
| Russia 3 March 1995 Arbitration proceeding 304/1993 ( <i>Implicit agreement on price case</i> ) disponible en <a href="http://cisgw3.law.pace.edu/cases/950303r2.html">http://cisgw3.law.pace.edu/cases/950303r2.html</a> | [304/1993]                          |
| Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Madrid. Exequatur, ATS 1444/1998 - ECLI:ES:TS:1998:1444A, 5 de Mayo de 1998.  | [ATS de 5 de mayo de 1998, RJ 4296] |

### SENTENCIAS

| Cita  | Citado como  |
|---|--|
| Caso Playa padrón Estepona, S.L. v. Banco Popular Español, S.A., Audiencia Provincial de Madrid, No. 319/2012, 15 de Octubre de 2012; disponible en <a href="http://ezproxy.ufm.edu:2272/CommonUI/document.aspx?id=KLI-KA-1326121-n&amp;query=AND(content%3A%22separabilidad%22,content%3A%22de%22,content%3A%22la%22,content%3A%22cláusula%22,content%3A%22arbitral%22)">http://ezproxy.ufm.edu:2272/CommonUI/document.aspx?id=KLI-KA-1326121-n&amp;query=AND(content%3A%22separabilidad%22,content%3A%22de%22,content%3A%22la%22,content%3A%22cláusula%22,content%3A%22arbitral%22)</a> | [Playa padrón Estepona, S.L. v. Banco Popular Español, S.A]      |
| Dingxi Longhai Dairy, Ltd. V. Becwood Technology Group, L.L.C., United States District Court for the District of Minnesota 2010 U.S. Dist. Lexis 59997  | [Dingxi Longhai Dairy, Ltd. V. Becwood Technology Group, L.L.C.] |
| Nova Tool & Mold Inc. v. LonDon Industries Inc., Ontario Court of Appeal, Canadá, 26 de enero de 2000, disponible en: <a href="http://cisgw3.law.pace.edu/cases/000126c4.html">http://cisgw3.law.pace.edu/cases/000126c4.html</a>   | [Nova Tool & Mold Inc. v. LonDon Industries Inc]                 |

## OTRAS FUENTES

| Cita   | Citado como                   |
|--|-------------------------------|
| Aclaraciones y correcciones al caso hipotético, 1era competencia interuniversitaria de arbitraje y derecho comercial CRECIG  | [Aclaraciones y correcciones] |
| Caso hipotético, 1era competencia interuniversitaria de arbitraje y derecho commercial CRECIG  | [Hechos]                      |
| Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), <i>Compendio de Jurisprudencia basada en la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías</i> , Naciones Unidas, Nueva York, 2010. | [COMPENDIO]                   |
| Comisión de Resolución de Conflictos de la Cámara de Industria de Guatemala  | [CRECIG]                      |
| Diccionario de la REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA; disponible en: <a href="http://www.rae.es">www.rae.es</a>   | [DRAE]                        |
| Interim Measures in Arbitration: Towards a better injury standard, ICCA Congress, Miami, 7 April 2014 por Francisco González de Cossío   | [ICCA Congress Miami 2014]    |
| Memorial Contraparte, equipo 137   | [Memorial contraparte]        |
| Reglamento Comisión de Resolución de Conflictos de la Cámara de Industria de Guatemala   | [Reglamento CRECIG]           |