

COMPETENCIA INTERUNIVERSITARIA DE ARBITRAJE Y DERECHO
COMERCIAL CRECIG



Segunda Edición

2015

En representación de:

Estado de Caivano

En contestación a:

Vehículos El Campeón, S.A.

Vehículos El Bazar, S.A.

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

CONTESTACIÓN DE DEMANDA
HONORABLE TRIBUNAL DE ARBITRAJE
COMISIÓN DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS DE LA CÁMARA DE
INDUSTRIA DE GUATEMALA –CRECIG–

EL ESTADO DE CAIVANO presenta al honorable Tribunal de Arbitraje la contestación a la demanda arbitral presentada por Vehículos El Campeón, S.A. y Vehículos El Bazar, S.A., por lo que expresamos los siguientes

HECHOS:

Davos y Westeros son dos ciudades ubicadas dentro del Estado de Caivano que sufren de graves problemas de contaminación. Para ello, con el objetivo de hacer efectivo el derecho a garantizar el acceso a un medio ambiente sano para los habitantes del Estado de Caivano, durante el gobierno de Don Max Gaillard, se impulsó una serie de medidas para reducir la contaminación, dentro de las cuales se encuentra la propuesta de ley “La Ley del Aire Puro”, la cual fue aprobada el 10 de enero del año 2014. A partir de la entrada en vigencia de dicha ley, se llevó a cabo un proceso de licitación internacional para establecer los talleres especializados que prestarían los servicios de inspección de vehículos. Producto de la licitación internacional, la concesión fue otorgada a la sociedad Vehículos el Campeón, S.A., para la ciudad de Davos y a Vehículos el Bazar, S.A. para la ciudad de Westeros, propiedad de Doña Rosa Kauffman. Se firmó un contrato con cada una de las sociedades, que incluía la obligación de habilitar por lo menos un taller especializado en cada una de las zonas de la ciudad, tanto en Davos como en Westeros, con capacidad de atender a 50 vehículos simultáneamente de 8:00 AM a 17:00 PM.

En diciembre del año 2014 se llevaron a cabo las elecciones presidenciales, siendo electa la Doctora Yas Paulsson. Al entrar en funciones la Presidenta Paulsson, formó una comisión para investigar la concesión de los contratos a las

dos empresas de Doña Rosa Kauffman. La comisión emitió un informe, dentro del cual se indicó:

- a. Habían indicios sobre beneficios indebidos recibidos por funcionarios del gobierno que pudieron tener alguna incidencia en el otorgamiento de la concesión.
- b. Los talleres de las dos sociedades no habían cumplido con el horario de atención establecido en el contrato ya que habían cerrado media hora antes durante un mes. Además se verificó que no tenían la capacidad requerida, ya que solo tenían capacidad para 47 vehículos de manera simultánea y no 50 como establecía el contrato.
- c. Se constató que en algunos casos se había subcontratado a terceros para prestar el servicio de inspección.¹

Posterior a los resultados de dicho informe, la Presidenta Paulsson dio a conocer la “Ley para la Integridad”, que cambiaría el sistema de inspecciones de vehículos en el país. Con la entrada en vigencia de dicha ley, la Presidente otorgó una concesión para instalar y operar talleres de inspección de vehículos en Davos y Westeros a Comercializadora El Elías, S. A., representada por el Ingeniero Ariel Guerrero.

El 14 de abril del 2015 el señor Eliécer Gaitán, director de la Comisión Internacional contra la Impunidad y Corrupción (CICIC), junto con su equipo de trabajo, realizó un informe. Dentro de las conclusiones más importantes, señaló encontrar indicios de lo siguiente:

- a. Los procesos de concesión llevados a cabo con las empresas de Doña Rosa Kauffman y el Presidente en funciones, Don Max Gaillard, no había reunido los más altos estándares de transparencia debido a las relaciones cercanas que mantenían Gaillard y Rosa Kauffman y otros funcionarios de gobierno encargados de la concesión.

¹ Caso hipotético, No. 14 inciso c, d y e.

- b. La papelería entregada por Vehículos el Campeón, S.A., indicaba que tenía más de 50 años en la operación de negocios relacionados con vehículos. Sin embargo, datos del registro mercantil de Grayevo evidenciaban que la sociedad había sido constituida el 4 de julio de 1980² (la concesión fue otorgada a dicha empresa en el año 2014).

El 1 de mayo del 2015 las entidades de Doña Rosa Kauffman cerraron sus instalaciones y dejaron de prestar el servicio de inspección de vehículos en las ciudades de Davos y Westeros, generando pérdidas para el Estado de Caivano ya que recibiría US\$2 por cada vehículo inspeccionado³.

De los hechos sucintamente explicados,

EXPONEMOS:

NATURALEZA Y OBJETO DEL ARBITRAJE

El arbitraje es un medio de solución de conflictos, las partes someten una controversia a consideración de un árbitro o de un tribunal, con el objeto de que dicho órgano sea el que lo resuelva, ya sea conforme al derecho o bien, con forme a su real saber y conocer⁴. La resolución del tribunal o del árbitro es de carácter vinculante, por lo que las partes tienen la obligación de cumplirla. Asimismo, el arbitraje tiene como objeto ser un procedimiento extrajudicial alternativo, que permita a las partes que someten sus asuntos bajo consideración de este, solucionarlos de una manera más eficiente.

² Ibid, No. 18 inciso f.

³ Ibid, No. 12.

⁴ OMPI, [Consulta en línea] disponible en: <http://www.wipo.int/amc/es/arbitration/what-is-arb.html> Consultado el 27 de septiembre del 2015; EL ARBITRAJE COMO FORMA DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS EMPRESARIALES (2005) Escuela de Negocios. Pag. 12; Congreso de la República de Guatemala, Decreto No. 77-95, Ley de Arbitraje (En adelante, Ley de Arbitraje) Art. 4.2

NATURALEZA DEL ARBITRAJE DE EQUIDAD

El arbitraje en general se divide por su naturaleza en: arbitraje de derecho o de equidad. En el primer caso, las partes se someten a una ley en específico que el juez utilizará para resolver el caso, mientras en el arbitraje de equidad, las partes no designan ninguna ley⁵ por lo que ello implica, que los jueces al no estar sujetos a resolver conforme a ninguna ley, resuelven de acuerdo a su real saber y conocer.⁶

Por lo cual en este caso, el tribunal resolverá con forme a un arbitraje de equidad, puesto que las partes expresamente designan en la cláusula de arbitraje, que en caso de que se presente un conflicto de intereses se procederá a una negociación y en defecto de esta, a un arbitraje de equidad⁷.

CLÁUSULA DE ARBITRAJE EN EL CONTRATO

Dentro del contrato que se celebra entre la parte demanda y las sociedades “Vehículos el Campeón, S.A” y “Vehículos el Bazar, S.A”, se encuentra una cláusula en donde se establece que en caso de presentarse una disputa, controversia o reclamo, que se relacione con la aplicación, interpretación y/o cumplimiento de las relaciones jurídicas entre ellas en la concesión, o derivadas de ella, deberán resolverse mediante un arbitraje de equidad, de conformidad con el Reglamento de la CRECIG.

Dicha cláusula de arbitraje contenida en dicho contrato es válida, en cuanto y en tanto que, la ley nacional del Estado de Caivano le otorga dicha facultad al Estado de poder incluir cláusulas de este tipo, en los contratos que realice.

⁵ El arbitraje como forma de solución de conflictos empresariales (2005) Escuela de Negocios. Pág. 15

⁶ Reglamento de la CRECIG, Art 5;
El arbitraje como forma de solución de conflictos empresariales (2005) Escuela de Negocios. Pág. 15

⁷ Caso Hipotético, párrafo 9.4 y 11.4

Por otro lado, la cláusula de arbitraje debe ser interpretada y ejecutada de forma independiente al contrato o al acuerdo del cual forma parte⁸. Es decir, que no importando si el contrato dentro del cual se encuentra la cláusula arbitral se declare inválido, la cláusula arbitral subsiste, ya que la misma se entiende de forma independiente al contrato, de acuerdo al principio de la separabilidad de la cláusula arbitral⁹.

La declaración sobre la consideración de someterse bajo un determinado procedimiento de arbitraje, en una cláusula de un contrato, tiene como objetivo principal el resolver de forma amistosa y alterna, un conflicto si se llegare a presentarse en un futuro. En dicho contrato se debe establecer en específico bajo qué sistema normativo de arbitraje se someterán las partes si se llegare a presentar un conflicto de intereses.

Tomando en cuenta, que una cláusula arbitral se encuentra el compromiso de las partes “de sustraer al conocimiento de los Tribunales estatales la existencia de una controversia, y en su lugar, que ésta sea sometida a uno o varios árbitros que serán los que finalmente emitirán la sentencia arbitral o laudo” (El Arbitraje Como Forma de Solución de Conflictos Empresariales, 2005)

En el presente caso, en el contrato que se establece con el objeto de otorgar, por parte del Estado de Caivano, la licitación exclusiva para la realización del servicio de vehículos en la ciudad de Davos y en la ciudad de Westeros a las sociedades “Vehículos el Campeón, S.A” y “Vehículos el Bazar, S.A”, en dicho contrato, se establece una cláusula de arbitraje, en donde se estipula que en caso de cualquier controversia las partes buscarán llegar a un acuerdo por medio de la negociación. En caso de no llegar a un acuerdo, convienen en que toda disputa, controversia o reclamo, que se relacione con la aplicación, interpretación y/o cumplimiento de las

⁸ Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, Ley Modelo de la CNUDMI sobre arbitraje comercial internacional. ART 7.

⁹ Pereira Santiago, Autonomía de la cláusula arbitral y competencia del tribunal arbitral para resolver sobre su competencia en el arbitraje interno uruguayo. <http://revistaderecho.um.edu.uy/wp-content/uploads/2012/12/Pereira-Campos-Autonomia-de-la-Clausula-Arbitral-y-competencia-del-Tribunal-Arbitral-para-resolver-sobre-su-competencia-en-el-arbitraje-interno-uruguayo.pdf> [Consultado el 2 de noviembre del 2015] ;Ley de arbitraje, Art. 21.1

relaciones jurídicas entre ellas en la concesión, o derivadas de ella, deberán resolverse mediante un arbitraje de equidad, de conformidad con el Reglamento de arbitraje de la Comisión de Resolución de Conflictos de la Cámara de Industria de Guatemala –CRECIG.

Por lo cual, al no haberse podido negociar con el Estado de Caivano, se precede, según lo establecido en el contrato, a un Arbitraje de Equidad; el cual se regulará bajo el cuerpo normativo del Reglamento de arbitraje de la Comisión de Resolución de Conflictos de la Cámara de industria de Guatemala –CRECIG, el cual nos permite como partes demandantes el poder designar a los árbitros que conformarán el tribunal de Arbitraje de equidad siendo estos dos los que se procederán a nombrar; por su parte, se deja en consideración del Estado de Caivano el nombrar a un árbitro, para así poder quedar integrado el tribunal de Arbitraje que estará integrado por tres árbitros, el cual se procederá a ser administrado por la Comisión de Resolución de Conflictos de la Cámara de Industria de Guatemala –CRECIG- en la ciudad de Cossio, República de Reismania. Sin embargo, a falta de acuerdo con respecto a la designación de árbitros, los tres árbitros deberán ser nombrados por la CRECIG.

DE LA CONFORMACIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL

El argumento planteado por la parte demandante sobre la integración del tribunal arbitral es improcedente, al establecer el nombramiento de dos árbitros por cada una de las demandantes y el tercero por el Estado de Caivano,¹⁰ derivado de que contraviene lo regulado en el Reglamento de Arbitraje de CRECIG. Vehículos El Campeón, S.A. y Vehículos El Bazar, S.A. presentaron una sola demanda arbitral en conjunto, por lo que al ser una sola demanda, corresponde a la parte demandante designar a un solo árbitro y a la parte demandada corresponde el nombramiento del segundo árbitro; el tercer árbitro, a quien corresponde la presidencia del Tribunal Arbitral, será nombrado por la CRECIG, salvo que las

¹⁰ Caso hipotético, párrafo 21

partes hayan convenido la forma en que este sea designado.¹¹ Por lo que se solicita a la conformación objetiva, imparcial y equitativa de un árbitro por parte demanda y un árbitro por la parte demandante y uno nombrado por tan honorable institución.

INCOMPETENCIA DEL TRIBUNAL DE ARBITRAJE PARA CONOCER EL CONFLICTO

Sin bien se declare como válido el contrato que se celebró entre las partes, el honorable tribunal arbitral es incompetente para conocer el asunto en cuestión, puesto que no se cumplió con una forma de resolución extrajudicial previa, como es la negociación, porque en este tribunal arbitral no es competente de entrar a conocer el asunto en este momento, el Estado de Caivano plantea excepción de incompetencia.

La negociación como mecanismo alternativo de resolución de conflictos no se cumplió antes de acudir al Arbitraje. El proceso de Negociación se estableció como medio de solución de conflictos según el contrato establecido entre las Sociedades “Campeón, S.A” y “Bazar, S.A” y el Estado de Caivano, en su numeral VI se determinó que en caso de cualquier controversia las partes buscaran previo a un arbitraje, una negociación la cual se basa en una cláusula escalonada.

Una cláusula escalonada en un contrato busca que se dé una negociación o mediación como paso previo al arbitraje¹². Las mismas, “...son especialmente apropiadas cuando las partes tienen una larga y estable relación comercial o donde existan otros factores a considerar, más allá del reducido ámbito de una disputa en particular”¹³.

¹¹ Reglamento de Arbitraje CRECIG, Art. 8;

¹² International centre for dispute resolution, Guía para la redacción de cláusulas internacionales de solución de conflictos.

https://www.icdr.org/icdr/ShowPDF;jsessionid=jYJ1T29TjRhSdKVdvmNnyTpkNmBc2p7QHSL6SnfTgXxGsLxvHp4!102604678?doc=ADRSTG_014213 [Consultado el 02 de noviembre del 2015]

¹³ Ídem

Como se establece al principio del presente apartado, el tribunal arbitral es incompetente de conocer el asunto puesto que no se estableció y realizó una negociación entre la parte demanda y demandante con la finalidad de resolver el conflicto ante una esta Institución. Por contrario, la parte demandada planteó el Arbitraje para resolver dicha disputa, sin respetar lo normado en el contrato suscrito. Es posible que la parte actora en relación a la excepción planteada, de incompetencia, pudiera argumentar, que por su parte intentó una negociación, la cual fue de manera informal y por medio de los allegados que las empresas tenían en el gobierno de turno, y no de manera directa con la instituciones públicas y funcionarios con la representación necesaria y por los canales adecuados para dilucidar de forma transparente y apropiada este conflicto de naturales pública y social, por afectar la salud, el desarrollo integral y el medio ambiente de las ciudades de Davos y Westeros, produciendo detrimento a la calidad de vida y patrimonio del Estado de Caivano.

Por lo que se solicita que no se tramité dicho arbitraje por no haberse dado la negociación previa y se mande a realizar ese método alternativo de conflicto ante esta respetable Comisión de Resolución de Conflictos de la Cámara de Industria de Guatemala –CRECIG- – y como consecuencia se inhibe de conocer este distinguido tribunal arbitral. Y si como derivación y resultado de la Negociación no se llegase a un acuerdo entre las partes, que se plantee posteriormente el Arbitraje para resolver el conflicto ante la CRECIG.

DE LA IMPROCEDENCIA DE LA DEMANDA EN CONJUNTO

La demanda en conjunto presentada por Vehículos El Campeón, S.A. y Vehículos el Bazar, S.A. es improcedente, ya que son sociedades independientes y no están vinculadas una con la otra. El Estado de Caivano llevó a cabo dos procesos de licitación, uno para la ciudad de Davos y otro para la ciudad de Westeros, y aunque los procesos fueron similares, cada uno tiene su particularidad. Además, el Estado firmó dos contratos distintos, uno para Vehículos El Campeón, S.A. y el otro para Vehículos El Bazar, S.A. ya que cada empresa prestaría los servicios de

inspección de vehículos en las respectivas ciudades para lo cual participaron en el proceso de licitación y se les concesionó la prestación de un servicio público que debían de procurar conforme las cláusulas estipuladas con determinados plazos que tienen diferentes fechas y distintos lugares de prestación del servicio técnico especializado. La ciudad de Davos cuenta con treinta zonas, mientras que Westeros cuenta con veinte, por lo que las condiciones fácticas varían en cada contrato. Por lo tanto, es improcedente la demanda en conjunto, al existir elementos independientes y diferenciadores que hacen exigible un proceso arbitral por separado. Así mismo es necesario un proceso de negociación por separado por tener diferentes intereses en juego cada una de las sociedades anónimas.

Si este honorable Tribunal Arbitral considera que es competente conocer el fondo del asunto, el Estado de Caivano plantea los siguientes

ARGUMENTOS:

EL CONTRATO CELEBRADO LESIONA EL INTERÉS GENERAL

Es un principio administrativo que el interés general prevalece sobre el particular¹⁴, y es claro que contrario a lo que la parte demandante pueda argumentar del incumplimiento del contrato por parte del Estado de Caivano, el que se siguiera cumpliendo con el contrato, afectaba un interés general, ya que solo favorecía el interés particular de las empresas. Con el incumplimiento de las Sociedades “ El Campeón, S.A” y “ El Bazar, S.A” se vulneraron los derechos de los habitantes del Estado de Caivano, por lo que se tuvo la necesidad de reformar la legislación relacionada a la materia para buscar una solución ante tan grave problema social y satisfacer la necesidad social de una mejor calidad de vida.

A la vez se procuró fomentar el comercio, trabajo, industria y la libre competencia al permitir la participación de diversas empresas que puedan prestar el servicio público de revisión de los vehículos, bajo estándares de calidad y cumpliendo con

¹⁴ El interés general en el Derecho Administrativo, <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/aida/cont/11/art/art3.pdf> [Consultado el 2 de noviembre del 2015]

los procedimientos de licitación correspondientes. La exclusividad por la necesidad pública se vio modificada, de esta forma se rompió con el monopolio establecido, al permitir un solo beneficiario en cada una de las ciudades de Caivano.

Además, el contrato no fue celebrado con transparencia y fue producto de hechos de corrupción, según los informes recabados. Y por ser parte de Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción el Estado de Caivano tiene la obligación legal de luchar y combatir la corrupción por medio de políticas y acciones nacionales. “La finalidad de la presente Convención es: a) Promover y fortalecer las medidas para prevenir y combatir más eficaz y eficientemente la corrupción; c) Promover la integridad, la obligación de rendir cuentas y la debida gestión de los asuntos y los bienes públicos.”¹⁵ Asimismo, el artículo 34 de la Convención establece “...cada Estado Parte de conformidad con los principios fundamentales de su derecho interno, adoptará medidas para eliminar las consecuencias de los actos de corrupción. En este contexto, los Estados Parte podrán considerar la corrupción un factor pertinente en procedimientos jurídicos encaminados a anular o dejar sin efecto un contrato o a revocar una concesión u otro instrumento semejante, o adoptar cualquier otra medida correcta.”¹⁶ Tomando en cuenta que el contrato se produjo como un fruto de la corrupción y fundamentándose en la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, el Estado de Caivano rescindió los contratos celebrados con ambas sociedades, en los cuales se les concesionaba la exclusividad para la inspección de vehículos en la ciudad de Davos y Westeros respectivamente.

En este caso se buscó otorgar la licitación a más empresas para la inspección de vehículos con el objeto de facilitar el correcto funcionamiento de dicho programa y así reducir los índices de contaminación que actualmente cuenta el país. Lo cual no se podría realizar sino no se incumple en la cláusula de exclusividad que se le otorgó a las empresas en el contrato que fue rescindido por prevalecer el interés público sobre el interés particular.

¹⁵ Art.1 Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción

¹⁶ Art. 34 Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción

INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES CONTRAIDAS POR PARTE DE LAS SOCIEDADES VEHÍCULOS EL CAMPEÓN, S.A Y VEHÍCULOS EL BAZAR, S.A CON RESPECTO A LA CLÁUSULA DE TALLERES

Dentro de las cláusulas que componen los contratos celebrados entre las sociedades demandantes y el Estado de Caivano, se encuentra dentro de su cláusula número IV la cláusula de los talleres. En dicha cláusula se establece que se deben establecer como mínimo un taller especializado y adecuado en cada una de las treinta zonas de la ciudad de Davos y en cada una de las veinte zonas de la ciudad de Westeros respectivamente. Asimismo, que cada taller debe de tener capacidad para atender a cincuenta vehículos simultáneamente y que los mismos operaran de 8am a 17pm.

La parte actora incumple desde un principio con la presente cláusula ya que los talleres de las dos sociedades no cumplieron con el horario de atención establecido en el contrato ya que cerraron media hora antes durante un mes¹⁷. Por otro lado, los mismos incumplen en cuanto a su capacidad, ya que debían contar ambas sociedades con capacidad para atender a cincuenta vehículos, sin embargo, las empresas únicamente contaban con capacidad para cuarenta y siete. El simple hecho de que los talleres no llegaran a la capacidad establecida viola lo establecido en el contrato celebrado entre las partes.

Por último, el hecho de no llegar a la capacidad de cincuenta vehículos ocasionó algunas colas y quejas, a las cuales se les ofreció un descuento del 50% en servicios de lavado de vehículos en el futuro¹⁸, situación que no compensa de manera alguna el incumplimiento del contrato, los daños y perjuicios ocasionados al Estado y a los habitantes de las ciudades a los cuales les prestaba el servicio público de forma indirecta por medio de sus servicios particulares.

La revisión que realizaban Vehículos El Campeón, S.A y Vehículos El Bazar, S.A. a los vehículos particulares de los habitantes de Davos y Westeros, se hizo de forma irregular, incumpliendo los elementos doctrinarios relativos a la continuidad

¹⁷ Caso hipotético, párrafo 14.d

¹⁸ Caso hipotético, párrafo 15

y regularidad del servicio público a cambio de una tarifa establecida, con el objeto de satisfacer necesidades sociales del Estado de Caivano. Esta prestación del servicio debió haber sido conforme lo establecido en las cláusulas de contrato administrativo firmado por las partes, el Estado de Caivano y Vehículos El Campeón, S.A. Y Vehículos El Bazar, S.A. respectivamente, por medio de una concesión.

Los estudiosos del derecho administrativo consideran entre las características de los servicios públicos la continuidad, regularidad, generalidad, obligatoriedad, igualdad y uniformidad de la prestación del mismo.

El objeto del contrato administrativo era la revisión de los vehículos de los particulares, vecinos de las ciudades de Davos y Westeros, a cambio de una tarifa, en ningún momento se estableció en el contenido del mismo otras obligaciones. Por lo que es inadmisibles el reclamo del pago de daños y perjuicios por parte del Estado sobre las siguientes afirmaciones: *“provenientes directamente del contrato, se causaron daños y perjuicios extracontractuales, ya que con el cierre de los cincuenta talleres (30 de Vehículos El Campeón, Sociedad Anónima en la ciudad de Davos y 20 de Vehículos El Bazar en la ciudad de Westeros), cada una de las entidades demandantes dejará de percibir US\$500,000,000.00 por los servicios de reparación de vehículos, venta de alimentos y servicios de lavado de autos, los cuales guardan una relación directa con y no son separables de la revisión de vehículos.*

*62. Se debe concluir que la reparación de vehículos, la venta de alimentos y el lavado de autos guarda una relación directa con el servicio de revisión ya que depende del flujo de vehículos. Previsiblemente, los vehículos llevados a revisión requerirían de servicios adicionales como reparación y lavado, asimismo, los ciudadanos que requirieran dicha revisión eran consumidores potenciales de alimentos en el lugar.”*¹⁹

¹⁹ Demanda pág. 28

Estas afirmaciones del actor son ilógicas pues esas actividades como las sociedades anónimas afirman en la demanda son extra contractuales, a cuenta y riesgo de los comerciantes quienes fueron los promotores y orquestadores de tales negocios, asumiendo las ganancias y pérdidas de los mismos. Las dos sociedades anónimas se aprovecharon del servicio público adjudicado en las dos ciudades, y en cada uno de los talleres que se abrieron las zonas respectivas, para obtener mayor beneficio, lucro y ganancia siendo producto de la iniciativa empresarial de Vehículos El Campeón, S.A y Vehículos El Bazar, S.A., el Estado de Caivano no tiene relación al respecto, por lo que no está obligado.

RECONVENCIÓN. DE LA PROCEDENCIA DE LA RECONVENCIÓN

La parte actora argumenta el incumplimiento del contrato por parte del Estado de Caivano, por verse afectada según ella de forma monetaria, pero ella también afecto a los habitantes del Estado y al patrimonio de Caivano.

La reconvencción es la facultad que la ley concede al demandado, para presentar a su vez, en el momento de contestación de la demanda otra demanda en contra del actor o demandante, exigiéndole contraprestaciones distintas que pueden formar parte de la controversia.²⁰

La reconvencción es un acto por parte del demandado formulado en los términos de una demanda, y dirigido a obtener del demandante la satisfacción de una pretensión legítima en el mismo acto.²¹ Al ser una facultad propia del demandado dentro de un proceso arbitral, la reconvencción constituye un derecho irrenunciable, desde el momento en que se instaura el procedimiento arbitral y las partes se someten al Arbitraje de la CRECIG.

²⁰ Centro de Estudios Avanzados de las Américas. *La Reconvencción, lectura 1*. Recuperado el 3 de noviembre de 2015 de: www.ceaamer.edu.mx/new/der4/dpc/modulo4_1.pdf

²¹ De Pina Milán, Rafael. *Notas sobre la Reconvencción*. Recuperado el 3 de noviembre de 2015 de: www.biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/DerechoComparado/24/art/art17.pdf

Debido a que las dos empresas incumplieron con ciertas cláusulas en el contrato, se generaron pérdidas y dificultades para el Estado de Caivano. Los talleres de ambas sociedades anónimas incumplieron con el horario de atención establecido en el contrato, ya que cerraron media hora antes durante un mes, lo cual provocó dificultades para cientos de conductores que necesitaban el servicio de inspección de su vehículo, de igual forma esto generó, pérdidas económicas al Estado puesto que al cerrar los talleres antes de tiempo se dejaba de atender un número considerable de vehículos. Otra cláusula incumplida por ambas sociedades fue la referente a la capacidad de los talleres, ya que en el contrato se estipuló que cada taller debía tener una capacidad para atender a cincuenta vehículos simultáneamente, sin embargo, se verificó que no tenían la capacidad requerida, pues tenían capacidad para cuarenta y siete vehículos²², lo que también genera pérdidas para el Estado de Caivano. Por las pérdidas generadas y daños producidos las sociedades deben indemnizar al Estado la cantidad estimada derivada del incumplimiento del horario estipulado y de la falta de capacidad de los talleres para atender la cantidad de vehículos establecidos en el contrato.

De acuerdo con el Reglamento de Arbitraje de CRECIG, la parte demandada podrá reconvenir a la parte actora en el momento de presentar la contestación de la demanda²³. Por lo anteriormente expuesto, se sustenta la validez y procedencia de la reconvención formulada por el Estado de Caivano.

CARENCIA DEL CARÁCTER DE CONFIDENCIALIDAD DEL PROCESO DE ARBITRAJE

Tomando en cuenta que el Estado es parte en el proceso arbitral, es evidente que hay un interés general que se busca proteger y por tal razón el proceso carece del carácter de confidencialidad. De declararse la comisión de hechos ilícitos por parte de la señora Rosa Kauffman y sus colaboradores, es necesario que se remita una copia del laudo y cualquier medio probatorio a las autoridades judiciales del

²² Caso hipotético, párrafo 14 inciso (d)

²³ Reglamento de Arbitraje CRECIG, Art. 15

Estado de Caivano para que se proceda a investigar los hechos ilícitos. Doña Rosa Kauffman está involucrada en varios hechos de corrupción y los actos administrativos de ambas sociedades carecen de transparencia, por lo que los intereses legítimos que se están vulnerando no son los de una persona sino de todos los habitantes del Estado de Caivano y por tal razón, el proceso no puede ser confidencial.

Si bien un proceso arbitral se basa en los principios de privacidad y confidencialidad, los cuales buscan únicamente la protección de las partes frente a sujetos externos al proceso arbitral, existen ciertas excepciones al principio de confidencialidad. Una de estas excepciones, es el caso en el que existe una evidente circunstancia que lo hace público, como lo es el caso en el que el Estado es parte, pues al ser el Estado el ente que representa los intereses de la sociedad, todos los individuos tienen derecho a conocer los litigios que sus distintos representantes manejen bajos sus funciones.²⁴ Existe jurisprudencia internacional sobre la limitación del principio de confidencialidad, en el Caso Esso Australia Resources Ltd. et al. c. Plowman²⁵, la Corte de Apelaciones de Nueva Gales del Sur, Australia estimó que la confidencialidad no era un requisito esencial del arbitraje, más aun cuando es notoria la existencia de un interés general en el proceso, como la actuación de entidades públicas.²⁶

Se puede remitir a donde corresponda las actuaciones o realizar la respectiva denuncia penal si se llegase a tener indicios de la comisión de delitos, pues si no

²⁴ Cepeda Altamirano, Carla. *El arbitraje y la importancia del principio de confidencialidad*. Law Review, Universidad San Francisco de Quito. Ecuador, 2009. Recuperado de: http://www.usfq.edu.ec/publicaciones/lawreview/Documents/edicion001/03_carla_cepeda.pdf

²⁵ La isla Cockatoo de Nueva Gales del Sur, Australia había sido utilizada como astillero por la Mancomunidad Australiana hasta 1933, ese año la empresa Cockatoo arrenda la isla y utiliza los astilleros bajo la modalidad *de lease y trading* hasta su resolución en 1991, hasta esta fecha el último contrato no había concluido, sin embargo el Ministro de Energía y Minerales revocó el contrato por incumplimiento, ya que habían residuos de sustancias industriales en la isla, lo que incumplía con una cláusula del contrato. El caso fue materia de Arbitraje. Posteriormente, la Corte de Apelaciones de Nueva Gales del Sur, debía resolver si las directivas realizadas en el arbitraje relacionadas al mantenimiento de la confidencialidad sobre documentos preparados con ocasión del arbitraje o producidos por cada parte, constituía una extralimitación del árbitro.

²⁶ *Ibíd.*, P. 5

se incurre en omisión de denuncia, para que los entes especializados se encarguen del asunto de su competencia. En concordancia con la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción y demás disposiciones legales nacionales e internacionales. Y si en dado caso se conoce indicios de mala fe, y de vicios en el consentimiento que vulneran el negocio jurídico se puede remitir al órgano jurisdiccional competente para que dentro del proceso correspondiente se anule el objeto del contrato administrativo y se extinga de forma anormal.

FUNDAMENTOS:

PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO GLOBAL

Estos principios son la expresión de la obligatoriedad que tienen los Entes públicos, por manejar fondos públicos, de actuar con transparencia, fomentando la igualdad y adjudicando el contrato a la oferta mejor para el interés público, que es siempre el elemento central que gravita y preside el entero régimen jurídico de aplicación.

Estos principios permiten en todo momento conocer si las licitaciones se realizan en el marco del Estado de Derecho, o lo que es lo mismo, si las licitaciones se conducen con arreglo al interés público global poniendo a disposición de los ciudadanos del mundo obras y servicios públicos de calidad que permitan la mejora real de las condiciones de vida del pueblo. Son ellos mismos los que aseguran que la contratación pública está presidida por los postulados del Estado de Derecho.

- Principio de no discriminación: reclama que no se traten de forma diferente situaciones que son comparables y que situaciones distintas no sean tratadas de manera idéntica, salvo que ese trato esté justificado objetivamente

- Principio publicidad: Este confiera la posibilidad a toda persona a acceder al expediente que le afecte, dentro del respeto a los intereses legítimos de la confidencialidad y del secreto profesional y comercial.
- Principio imparcialidad las instituciones y órganos administrativos deben resolver los asuntos de manera imparcial y equitativamente y dentro de un plazo razonable.
- El principio de racionalidad de plazos.
- Principio de libre concurrencia.
- Principio de objetividad.
- Principio de transparencia.
- Principio de igualdad de trata.
- Principio de motivación de las adjudicaciones: Se refiere a La obligación que incumbe a la Administración de motivar sus decisiones.

En efecto, en materia de contratación, estos principios permiten determinar en una discusión a través de un arbitraje si las actuaciones de los Entes públicos en la materia asegurando que las licitaciones se han realizado de acuerdo con los mínimos exigibles por el Estado de Derecho para la contratación pública.

LOS PRINCIPIOS GENERALES DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO GLOBAL

- Principio de trato no menos favorable que el otorgado a productos, servicios y proveedores nacionales.
- Principio de licitación pública con selección competitiva de los contratistas como regla con algunas excepciones para procedimientos restringidos en función de la naturaleza del contrato.
- Principio de imparcialidad.
- Principio de equidad.
- principio de transparencia.
- principio de la cláusula de progreso científico o tecnológico.

- Principio de igualdad de trato de los licitadores que tiene por objeto que todos los licitadores dispongan de las mismas oportunidades al formular el contenido de sus ofertas, con independencia de su nacionalidad.
- Principio de publicidad.
- Principio de concurrencia.
- El principio de licitación, impide que el poder adjudicador tenga en cuenta una modificación realizada por un licitador, porque tal situación provocaría una situación de ventaja para uno de los oferentes.
- Principio de adjudicación en un proceso abierto y competitivo en materia de contratación pública.
- principio de libre circulación de mercancías.
- Principio de libre establecimiento y de servicios permiten la eliminación de discriminaciones, tanto por razón de nacionalidad, como por cualquier otra razón, encubierta o no, que traiga consigo la quiebra del principio de igualdad de trato.

ACUERDO MUNICIPAL SOBRE CONTRATACIÓN PÚBLICA DE LA ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO

El Acuerdo sobre Contratación Pública establece un marco convenido de derechos y obligaciones entre Partes con respecto a sus respectivas leyes, reglamentos, procedimientos y prácticas nacionales en la esfera de dicha contratación. Un principio fundamental a este respecto es la no discriminación. En lo que respecta a los contratos comprendidos en el Acuerdo, las Partes tienen que conceder a los productos, servicios y proveedores de las demás Partes en el Acuerdo un trato “no menos favorable” que el otorgado a sus productos, servicios y proveedores nacionales (párrafo 1(a) del artículo III). Además, las Partes no pueden discriminar entre los productos, servicios y proveedores de otras Partes (párrafo 1 b) del artículo III). Asimismo, cada Parte tiene que garantizar que sus entidades no den a un proveedor establecido en su territorio un trato menos favorable que a otro proveedor establecido en dicho territorio, por razón del grado en que se trate de

una filial o sea propiedad de extranjeros, y que sus entidades no ejerzan discriminación, por razón del país de producción del producto o servicio suministrado, contra proveedores establecidos en su territorio.

MEDIOS PROBATORIOS:

Como bien lo enuncia el artículo 28 de la Ley de Arbitraje de Guatemala y con el objeto de demostrar lo expuesto en este memorial, el Estado de Caivano ofrece los siguientes medios de prueba que constituyen fundamento a los argumentos presentados:

- a) Informe emitido por parte de comisión investigadora formada por la Presidenta Paulsson en la cual se determina el incumplimiento de las obligaciones contraídas por parte de las sociedades El Campeón, S.A. y El Bazar, S.A. respecto a la cláusula de los talleres
- b) Informe emitido por parte de la Comisión internacional contra la Impunidad y Corrupción (CICIC) en la cual señala la existencia de anomalías del proceso de licitación de las sociedades El Campeón, S.A. y El Bazar, S.A.
- c) Contrato celebrado entre el Estado de Caivano y Vehículos el Campeón, Sociedad Anónima. En el cual se acordaron los siguientes términos: tarifa, Vehículos el Campeón, S.A. tendrá derecho a recibir veintiocho dólares de los Estados Unidos de América por cada inspección realizada por vehículo; talleres, la sociedad deberá habilitar por lo menos un taller especializado y adecuado en cada una de las treinta zonas de la ciudad, cada taller debe tener capacidad para atender a cincuenta vehículos simultáneamente y operará de martes a domingo de 8:00AM 17:00PM; ley aplicable, el contrato se regirá por los principios mercantiles de verdad sabida, buena fe guardada y la equidad; y arbitraje: en caso de controversia, las partes buscarán llegar a un acuerdo en primer lugar por medio de la negociación, y en caso de no llegar al acuerdo deberá resolverse mediante un Arbitraje de Equidad conforme al Reglamento de Arbitraje de la Comisión de Resolución de Conflictos de la Cámara de Industria de Guatemala.

- d) Contrato celebrado entre el Estado de Caivano y Vehículos el Bazar, Sociedad Anónima. En el cual se acordaron los siguientes términos: tarifa, la sociedad tendrá derecho a recibir veintiocho dólares de los Estados Unidos de América por cada inspección realizada por vehículo; talleres, la sociedad deberá habilitar por lo menos un taller especializado y adecuado en cada una de las veinte zonas de la ciudad, cada taller debe de tener capacidad para atender a cincuenta vehículos simultáneamente y operará de martes a domingo de 8:00AM a 17:00PM; ley aplicable, el contrato se regirá por los principios mercantiles de verdad sabida, buena fe guardada y la equidad; y arbitraje: en caso de controversia, las partes buscarán llegar a un acuerdo en primer lugar por medio de la negociación, y en caso de no llegar al acuerdo deberá resolverse mediante un Arbitraje de Equidad conforme al Reglamento de Arbitraje de la Comisión de Resolución de Conflictos de la Cámara de Industria de Guatemala.
- e) Declaración testimonial de la Ingeniera Elsa Oreamuno, gerente general y encargada de la operación en las ciudades de Davos y Westeros.

PETITORIO:

DE FORMA

1. Se admita el presente memorial de contestación a la demanda presentada por parte de las entidades Vehículos El Campeón, S.A. y Vehículos El Bazar, S.A.
2. Se declare improcedente la conformación del tribunal propuesta por la parte demandante y se proceda a conformarlo de manera objetiva e imparcial, un árbitro por cada parte y uno por CRECIG.
3. Se admita la reconvenición planteada.
4. Se admitan los medios de prueba propuestos.
5. Se declare la incompetencia del tribunal de arbitraje para conocer el asunto objeto de arbitraje en virtud del no agotamiento de los requisitos para su procedencia.

6. Se declare la improcedencia de la demanda en conjunto de las entidades Vehículos El Campeón, S.A. y Vehículos El Bazar, S. A.
7. Se declare a lugar la petición de enviar copia del laudo y cualquier otro medio probatorio para proceder a la investigación penal referente a la corrupción y falta de transparencia del proceso de licitación otorgado a las entidades Vehículos El Campeón, S.A. y Vehículos El Bazar, S.A.

DE FONDO

1. Se declare el incumplimiento por parte de las entidades Vehículos El Campeón, S.A. y Vehículos El Bazar, S.A. de las obligaciones contenidas dentro del contrato celebrado entre ambas entidades y el Estado de Caivano.
2. Se declare improcedente la pretensión del pago de mil ochocientos millones de dólares de los Estados Unidos de América (US\$ 1,800,000,000.00) como indemnización por daños y perjuicios sufridos por las entidades Vehículos El Campeón, S.A. y Vehículos El Bazar, S.A.
3. Se condene a Vehículos El Campeón, S.A. y a Vehículos El Bazar, S.A al pago de daños y perjuicios por incumplimiento de contrato.