

MEMORIAL DE DEMANDA



UNIVERSIDAD PERUANA DE CIENCIAS APLICADAS
Laureate International Universities®

**Financieras Asociadas de Marmitania S.A.
y Financiera del Consumo S.A.**
Av. Corral N° 2354,
Ciudad de Peonia,
Marmitania

DEMANDANTE

Banco Internacional de Crédito del Atlántico S.A.
Calle 54 N° 123,
Ciudad de Puerto Madre,
Costa Dorada

DEMANDADO

RICARDO AMPUERO LLERENA • DIEGO GARCÍA VIZCARRA • MIGUEL POMA AQUINO
FABIOLA SPONZA PRINCIPE • JOSÉ HUERTAS RAMÍREZ • ALEXIA YABAR SALAZAR



TABLA DE CONTENIDOS

ABREVIACIONES.....

FUENTES DE DERECHO APLICADAS.....

- I. JURISPRUDENCIA ARBITRAL
- II. ARTÍCULOS ESPECIALIZADOS
- III. BIBLIOGRAFIA

SUCESOS RELEVANTES.....

PARTE PRIMERA: NORMATIVA APLICABLE.....

- I. NORMATIVA REGLAMENTARIA DEL ARBITRAJE: EL REGLAMENTO DE ARBITRAJE DE LA CCI Y LA LEY MODELO CNUDMI
- II. NORMATIVA DE FONDO: LOS PRINCIPIOS UNIDROIT SOBRE LOS CONTRATOS COMERCIALES INTERNACIONALES - 2004

PARTE SEGUNDA: TRIBUNAL COMPETENTE.....

- I. LA CLÁUSULA ARBITRAL ES VÁLIDA Y EJECUTABLE
- II. LOS EFECTOS DE LA CLÁUSULA ARBITRAL SON OPONIBLES A BICA

PARTE TERCERA: PETITORIO.....

PARTE CUARTA: FUNDAMENTOS DE LA DEMANDA.....

- I. LA RESPONSABILIDAD DE BICA COMO FIADOR
- II. LOS ALCANCES DE LA GARANTÍA
- III. LA DILIGENCIA DE FAMA

PARTE QUINTA: INDEMNIZACIÓN POR PERJUICIOS ECONÓMICOS, RECONOCIMIENTO Y PAGO DE LOS COSTOS DEL ARBITRAJE.....

PARTE SEXTA: CONSIDERACIONES FINALES.....



ABREVIACIONES

Art.	Artículo
BICA/fiador	Banco Internacional de Crédito del Atlántico S.A.
Carta-fianza	Documento mediante el cual BICA acepta de manera irrevocable constituirse en fiador solidario de las obligaciones de los vendedores
Contrato	Contrato de compraventa de acciones
Convención de Nueva York	Convención de las Naciones Unidas de 1958 para el reconocimiento y la ejecución de fallos arbitrales extranjeros
Corte de Arbitraje	Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional
DISA	Dinero al Instante S.A.
FAMA/comprador	Financieras Asociadas de Marmitania S. A. y Financiera del Consumo S. A.
Fecha de cierre	Fecha en que se firma el Contrato y se paga el precio de compra de las acciones
Ley Modelo CDUDMI	Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional
Principios UNIDROIT	Principios para los Contratos Comerciales Internacionales del Instituto para la Unificación del Derecho Privado - UNIDROIT (2004)
Reglamento de Arbitraje de la CCI	Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional
Secretaría	Secretaría General de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional
Vendedores	Juan Alberto Garboso y María Raquel Lince
ZAS	Consultora Zascandil & Asociados



FUENTES DE DERECHO APLICADAS

I. JURISPRUDENCIA ARBITRAL

Laudo *Dow Chemical c. Isover Saint Gobain*, Caso CCI N° 4131, en *Collection of CCI 1974-1985*, Kluwer International, pp. 151 y ss.

Laudo del Caso CCI N° 7604-7610, en *Collection of CCI 1996-2000*, Kluwer International, pp. 151 y ss.

Laudo del Caso CCI N° 4972/1989, en *Journ dr. int*, número 4. pp. 1100-1105.

Laudo *KIS France v. Société Générale*, en *Revue de l' Arbitrage*, 1992, p. 90 y siguientes, citado en CAIVANO, Roque, "Arbitraje y grupos de sociedades. Extensión de los efectos de un acuerdo arbitral a quien no ha sido signatario", en *Lima Arbitration N° 2 (2007)*, p. 121-162, en http://www.limaarbitration.net/LAR2/roque_caivano.pdf

Sentencia *Hercules Data Comm Co. Ltd. v. Koywa Communications Ltd.*, Caso N° 460, *Hong Kong: High Court of the Hong Kong Special Administrative Region, Court of First Instance*.

Sentencia *Fernández, Ignacio c. Tomiro S.A.*, en *Revista Jurisprudencia Argentina CCom.Cap.*, sala C, 23/9/1971, in re 13-1972-46, citado en CAIVANO, Roque, "Arbitraje y grupos de sociedades. Extensión de los efectos de un acuerdo arbitral a quien no ha sido signatario", en *Lima Arbitration N° 2 (2007)*, p. 121-162, en http://www.limaarbitration.net/LAR2/roque_caivano.pdf

Sentencia *Thomson-CSF, S.A. v. American Arbitration Association*, US Court of Appeals for the Second Circuit, 64 F.3d 773, 776, 2d Cir. 1995.

Sentencia *International Paper Company v. Schwabedissen Maschinen & Anlagen GMBH*, US Court of Appeals for the Fourth Circuit.

Sentencia *Avila Group, Inc. v. Norma J. of California*, 426 F. Supp. 537, 542, District Court for the Southern District of New York, 1977.

Sentencia *Campbell et al. v. Murphy*, Caso 368: LMA 7 1), 8 1), Canadá: Ontario Court, General Division (Hockin J.), 9 de agosto de 1993.

II. ARTÍCULOS ESPECIALIZADOS

ALL, Paula María, "Consideraciones sobre el convenio arbitral en el arbitraje comercial internacional", en *DeCITA 02-2004*, Editora Zavalía, p. 27-67.



CAIVANO, Roque, “Arbitraje y grupos de sociedades. Extensión de los efectos de un acuerdo arbitral a quien no ha sido signatario”, en *Lima Arbitration N° 2* (2007), p. 121-162, en http://www.limaarbitration.net/LAR2/roque_caivano.pdf

COLIN, Ambrosio y CAPITANT, H. Curso Elemental de Derecho Civil – Tomo V. 1925, Madrid, Editorial Reus.

DERAINS, Ives Cláusulas compromisorias patológicas y combinadas. En: El contrato de arbitraje (2008) pp 191-200.

GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco, “La nueva forma del acuerdo arbitral: otra victoria del consensualismo”, en *El Arbitraje en el Perú y el Mundo 1*, Lima, 2008, Instituto Peruano de Arbitraje, p. 209-223.

GRAHAM, James, “La “Falsa” extensión del acuerdo arbitral a terceros: el ejemplo de México”, en *Revista Peruana de Arbitraje N° 7* (2008). pp. 179-180.

MERINO MERCHÁN, José F y CHILLÓN MEDINA, José M., Tratado de Derecho Arbitral, Págs. 256 y 257 Thomson CIVITAS 2006

OVIEDO ALBÁN, Jorge “La unificación del derecho privado: UNIDROIT y los principios para los contratos comerciales internacionales”, en <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/oviedoalban3.html>

PERALES VISCASILLAS, María Del Pilar. “*El Derecho Uniforme del Comercio Internacional: Los Principios Unidroit*”. En: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg>

ROMERO SEGUEL, Alejandro y DÍAZ VILLALOBOS José Ignacio, “El arbitraje interno y Comercial Internacional”, pp. 28-29(Lexisnexis 2007).

RODRÍGUEZ, Sergio. Contratos bancarios. 5ta edición, 2008, Colombia, Legis.

SANABRIA GÓMEZ, Arturo La formación del consentimiento con relación al contrato de arbitraje: Oferta y Aceptación. En: El contrato de arbitraje (2008) pp 153-163

III. BIBLIOGRAFÍA DE CONSULTA

AMBROSINI, David, “*Introducción a la Banca*”, Universidad del Pacífico. Centro de Investigación, 2da edición. Abril, Lima, 2004.

DE RUGGIERO, Roberto. Instituciones de Derecho Civil. 1944, Madrid, Editorial Reus.



REDFERN, Alan, HUNTER. Martín, BLACKABY, Nigel y PARTASIDES, Constantine, *“Teoría y práctica del Arbitraje Comercial Internacional”*. Edición 4º, Navarra, 2006.

RIPERT, Georges y BOULANGER, Jean, *“Tratado de derecho civil: según el tratado de Planiol”*. La Ley, Buenos Aires, 1693.

RODRÍGUEZ, Sergio. *“Contratos bancarios”*, Legis, 5ta edición, Colombia, 2008.

SANTOS BELANDRO, RUBÉN B. *“El Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales”*, Fundación de Cultura Universitaria, Segunda Edición, Montevideo, 1998.



SUCESOS RELEVANTES

2005

- 19 de agosto Los Vendedores anunciaron que entrarían en tratativas con FAMA para finiquitar la compraventa de las acciones de DISA.
- 24 de agosto Las partes firmaron la Carta de Intención para la compra de las acciones de DISA, en la cual los Vendedores declararon que la sociedad no tenía pasivos ni contingencias que no hubiesen sido debidamente consignados en los libros legales hasta ese momento; asimismo, en dicho documento, también se autorizó la intervención de ZAS para realizar un *Due Diligence* a la empresa con el objetivo de averiguar el real precio de las acciones de DISA y encontrar situaciones contingentes.
- 23 de diciembre ZAS presentó a FAMA el Informe Final del *Due Diligence*, en el cual se detalló una serie de inexactitudes, pero no se señaló, en ninguna parte, el proceso judicial iniciado por el señor Carlos Manuel Mayoral, un ex trabajador de DISA.
- 30 de diciembre BICA aceptó irrevocablemente constituirse como fiador solidario de las obligaciones de los Vendedores en el Contrato.
- 31 de diciembre Las partes celebraron el Contrato, en el cual los Vendedores se obligaron a garantizar los pasivos, obligaciones y contingencias que cumplan con una serie de requisitos. Asimismo, las partes incorporaron un convenio arbitral para la resolución de controversias. Luego de unas horas de la celebración del Contrato, los Vendedores fallecieron en un accidente aéreo.

2007

- 10 de agosto FAMA tomó conocimiento, por primera vez, sobre el juicio, a través de su sentencia contradictoria.
- 23 de agosto Se presentó Recurso de Apelación contra la sentencia de primera instancia que obligaba a DISA al pago indemnizatorio.



- 31 de agosto FAMA informó a BICA, en su condición de fiador solidario de los Vendedores, que la sentencia que lo obliga a un pago indemnizatorio, y que esta ha sido debidamente apelada.
- 5 de setiembre BICA comunicó a FAMA que rechaza todos los términos de la comunicación de FAMA del 31 de agosto de 2007, y que niega la posibilidad de que la situación que se describió se encuentre amparada por la garantía descrita en El Contrato.
- 10 de setiembre FAMA advirtió a BICA que no le está requiriendo pago alguno en virtud de la garantía, sino que está cumpliendo en comunicarle lo acontecido.
- 18 de setiembre BICA ratificó a FAMA lo dispuesto en su comunicación del 5 de setiembre de 2007 y terminó con el intercambio epistolar.

2008

- 6 de mayo FAMA tomó conocimiento que la sentencia apelada fue confirmada en segunda instancia, con la que se le obligó a DISA al pago de una indemnización a favor del ex trabajador.
- 8 de mayo FAMA informó a BICA sobre el resultado del juicio.
- 14 de mayo BICA rechazó la comunicación anterior de FAMA. Según BICA, esta fue extemporánea y no cumplió con los términos del Contrato para que la garantía sea requerida.
- 20 de mayo FAMA dejó constancia a BICA de que se realizó el pago indemnizatorio de \$M 266,349.20 y lo intimó formalmente a que BICA cumpla con resarcirlo en base a la garantía, bajo apercibimiento de iniciar el procedimiento arbitral en su contra, en caso se negara a ello.
- 26 de mayo BICA rechazó la intimación de FAMA alegando que no se encontraba obligado al pago de lo exigido por FAMA y negó su sometimiento al fuero arbitral. Así, dio por concluido el intercambio epistolar entre las partes.



- 8 de setiembre FAMA presentó ante la Secretaría General de la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI una demanda arbitral en contra de BICA, pidiendo que se le condene al pago de la suma indemnizatoria que se efectuó en cumplimiento de lo ordenado por la Corte de Apelaciones.
- 18 de setiembre BICA fue notificado de la demanda arbitral de FAMA.
- 28 de octubre BICA contestó la demanda arbitral, manifestando su total rechazo a las pretensiones de FAMA y objetando la sede arbitral y el tema de fondo. Sin embargo, consignó sus puntos de vista en caso de que el arbitraje se produzca.
- 5 de noviembre La Corte de Arbitraje informó a las partes que, ante la posible existencia de un acuerdo de arbitraje, el arbitraje debía de proseguir.
- 24 de noviembre El Tribunal Arbitral ya conformado emitió una Orden Procesal solicitando a las partes que detallen las pretensiones que proponían plantear en el proceso y las citó para audiencia el 6 de enero de 2009.

2009

- 6 de enero Las partes y el Tribunal se reunieron y firmaron el Acta de Misión, que contiene las pretensiones de ambas partes, así como los puntos controvertidos a resolver por el Tribunal; además, en la reunión, se señalaron las reglas aplicables al fondo y al procedimiento arbitral.
- 4 de mayo BICA señaló que, después de la búsqueda en los documentos de la Sociedad, encontró otros documentos que, supuestamente, demuestran una negligencia por parte de FAMA, tanto por nuestro desconocimiento del juicio como por nuestra forma de actuar ante el mismo.
- 7 de mayo FAMA reconoció la autenticidad de los documentos encontrados, pero negó la que de ellos se pueda inferir en las conclusiones formuladas por BICA.
- 12 de mayo Fue emitida una Orden Procesal por el Tribunal Arbitral, en la que se fijaron las fechas para las actuaciones arbitrales.



PARTE PRIMERA: NORMATIVA APLICABLE

I. NORMATIVA REGLAMENTARIA DEL ARBITRAJE: EL REGLAMENTO DE ARBITRAJE DE LA CCI Y LA LEY MODELO CNUDMI

1. La determinación de la aplicabilidad de un determinado marco reglamentario al arbitraje tiene como fuente principal el acuerdo de las partes; así, la referencia que puedan hacer estas sobre unas reglas específicas valida su aplicación para la dirección del arbitraje. En el presente caso, las partes han pactado la aplicación del Reglamento de Arbitraje de la CCI como normativa reglamentaria del procedimiento arbitral, conforme se desprende de la lectura de la cláusula 32.4 del Contrato. No obstante, la aplicabilidad del referido reglamento no se limita al análisis superficial de su incorporación en la literalidad del convenio arbitral, sino que responde también a las particularidades y ventajas que implican el sometimiento de las controversias a dicha institución.
2. Para efectos de reforzar la presente acción y esclarecer los alcances del acuerdo de las partes respecto de la regulación del arbitraje, cabe señalar que los diferentes mecanismos propuestos por la CCI han sido concebidos para resolver las desavenencias derivadas de la contratación internacional, con sus correspondientes dificultades, frente a partes con nacionalidades diferentes. No obstante, estos problemas se mitigan a través de disposiciones que armonizan la flexibilidad y el control del proceso. La Corte de Arbitraje es el órgano dirimente de las cuestiones relacionadas con la prosecución del arbitraje; así, en ejercicio de sus competencias, ha determinado, para el presente caso, la sede del arbitraje y la admisibilidad prima facie de nuestra petición de arbitraje, lo que demuestra consecuencia y sustento en la activación de esta vía.



3. Asimismo, la aplicación del Reglamento de Arbitraje de la CCI se respalda en lo dispuesto en el Art. 19° de la Ley Modelo CNUDMI, por cuanto establece la libertad de las partes para determinar las reglas aplicables al procedimiento a seguir por el tribunal arbitral. Además, cabe precisar que la aplicación de la referida Ley resultaría pertinente para el esclarecimiento de la competencia arbitral, cuya aplicabilidad no es contraria a lo pactado en el convenio arbitral y que tendrá que ser ratificada por los árbitros en defensa de su competencia.
4. Finalmente, cabe resaltar la importancia que tendrá en el presente arbitraje considerar la aplicabilidad de Convención de Nueva York, la misma que facilitará la ejecución del fallo arbitral a emitirse en los países de las partes involucradas.
5. Por lo antes expuesto, corresponderá al Tribunal Arbitral resolver las pretensiones que más adelante se detallarán al amparo de los instrumentos normativos antes referidos.

II. NORMATIVA APLICABLE AL FONDO DE LA CONTROVERSIA: PRINCIPIOS UNIDROIT SOBRE LOS CONTRATOS COMERCIALES INTERNACIONALES 2004

6. El Preámbulo de los Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales 2004 señala, entre otras premisas, que éstos constituyen reglas generales aplicables a los contratos internacionales. Esto significa, teniendo en cuenta también que los principios generales del Derecho Internacional Privado en materia comercial son aplicables, que los Principios UNIDROIT pueden ser válidamente usados en la presente controversia.
7. Estos principios se aplican cuando las partes los eligen como *lex contractus* o bien cuando las mismas indican como ley aplicable los principios generales del derecho o la *lex mercatoria*, como ha sucedido en el presente caso, conforme se desprende de la literalidad de la cláusula 32.4 del Contrato materia de controversia.



8. La libertad en la determinación de la normativa que deberá observar el Tribunal Arbitral, tanto para las cuestiones de fondo como las de forma, reconocida en el Art. 19° de la Ley Modelo CNUDMI, respalda la decisión de las partes de aplicar los Principios UNIDROIT como base dispositiva para la solución de las controversias.
9. En ese sentido, corresponderá al Tribunal Arbitral resolver nuestro petitorio sobre la base de estos principios como ley de fondo, en cuanto fuere corresponda su aplicación.

PARTE SEGUNDA: TRIBUNAL COMPETENTE

I. LA CLÁUSULA ARBITRAL ES VÁLIDA Y EJECUTABLE.

10. Conforme se desprende de la descripción de los sucesos relevantes, BICA se encuentra renuente a participar del arbitraje, dado a que alega que estamos ante una cláusula auto-contradictoria, por cuanto prevé la posibilidad de recurrir al arbitraje; pero, al mismo tiempo, mantiene abierta la puerta hacia la vía judicial. En respuesta a tal afirmación, demostraremos, a continuación, que la cláusula arbitral es válida, ejecutable y no es auto-contradictoria y que, por el contrario, es fuente de la inevitabilidad del arbitraje.

a) La cláusula arbitral no es auto-contradictoria.

11. La cláusula 32.4 del Contrato determina el mecanismo para la solución de las controversias que se suscitaren entre las partes, en el contexto de la ejecución contractual. Así, el tenor adoptado por las partes en la redacción de la referida cláusula es el siguiente:



“Todas las desavenencias que deriven de este Contrato se resolverán por arbitraje, de acuerdo con el Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI) y, en caso de resistencia, por los tribunales de Peonia”.

12. De la simple lectura de la cláusula se desprende el acuerdo de las partes para que todas las desavenencias que deriven del mismo se resuelvan por arbitraje y delimita la aplicabilidad del Reglamento de Arbitraje CCI. Esta determinación del medio y norma es clara y cuenta con los requisitos que la doctrina y jurisprudencia mayoritaria exigen para que la cláusula sea válida. Entonces, se evidencia el pacto expreso del arbitraje como vía idónea para el arreglo de las desavenencias.
13. Recurriendo a la doctrina autorizada en la materia, Ives DERAIS (Cfr. *“Cláusulas compromisorias patológicas y combinadas”*, pp. 191-200) describe como sana una cláusula que permita llevar el litigio a los árbitros sin tener que recurrir a un nuevo acuerdo de las partes o a la necesaria intervención de un juez estatal para resolver la controversia. Como vemos, en el presente caso, no hay necesidad de interpretar o aplicar algún otro tipo de lectura a la cláusula, ya que esta es clara e identifica, tanto el medio como las normas aplicables al conflicto que deviene del contrato.
14. Por otro lado, Arturo SANABRIA GÓMEZ (Cfr. *“La formación del consentimiento con relación al contrato de arbitraje: Oferta y Aceptación”* pp 153-163) identifica que, para la formación válida del pacto arbitral, es necesario que el consentimiento en el contrato de arbitraje evidencie el concierto de voluntades que desean someter sus diferencias actuales o potenciales a un tribunal de arbitramento; esto quiere decir que solo basta la voluntad de las partes para determinar la inevitabilidad del arbitraje frente a cualquier otra modalidad de solución de controversias. Asimismo, el referido autor afirma que la naturaleza consensual del arbitraje conduce a que sólo la mención del vocablo arbitraje es suficiente para



reconocer la idoneidad de esta vía, y se hace innecesaria cualquier otra formalidad que condicione la prosecución del arbitraje.

15. De acuerdo con el derecho comparado, autores como Alejandro ROMERO SEGUEL y José Ignacio DÍAZ VILLALOBOS (Cfr. *“El arbitraje interno y Comercial Internacional”*, pp. 28-29), enfatizan que la formación de la cláusula arbitral tiene como principal eje *“lograr una desformalización en el acuerdo de arbitraje, atendiendo más a la manifestación de voluntad de las partes que a la forma de los actos jurídicos donde ella se plasma”*. Esto quiere decir, una vez más, que la voluntad debe ser vista y esclarecida para llevar al arbitraje; no es necesario introducir herramientas adicionales para dilucidar que el arbitraje es recurrible.
16. Finalmente, conforme afirman José F. MERINO MERCHÁN y José M. CHILLÓN Medina (Cfr. *“Tratado de Derecho Arbitral”*, pp. 256 y 257), el carácter volitivo del arbitraje *“se perfecciona con la simple manifestación del consentimiento entre las partes para celebrar el convenio arbitral; este último deviene en válido para el ordenamiento jurídico en general y por tanto es obligatorio para las partes”*. En atención a esta afirmación, la exigibilidad del acuerdo arbitral tiene como sustento principal el *consensualismo*, cuya viabilidad eficiente se logra con el cumplimiento de ciertos requisitos, como la definición de la ley aplicable al fondo y forma de la controversia, el número de árbitros, sede, idioma, entre otros, los cuales no tienen el carácter *sine qua non* para determinar la validez y ejecutabilidad del pacto arbitral, sino que ayudan a evitar la configuración de un acuerdo patológico.
17. Entonces, si la formación de la cláusula arbitral cumple con los requisitos y lineamientos que la doctrina reconoce en una cláusula válida y eficaz, y si ésta es evidente fruto del consenso de las partes de reconocer en la vía arbitral el medio idóneo para la solución de sus diferencias, ¿Por qué tendría que ser auto contradictoria?



18. La interpretación tendenciosa de BICA está orientada a entender la redacción “*Todas las desavenencias que deriven de este Contrato se resolverán por arbitraje, (...) y, en caso de resistencia, por los tribunales de Peonia*” como una delimitación ambigua de la competencia arbitral frente a la jurisdicción ordinaria, que haría inviable la recurrencia al arbitraje; en otras palabras, BICA sostiene que los efectos y alcances del pacto de arbitraje se desvanecen cuando se pacta la posibilidad de recurrir al Poder Judicial, en caso de resistencia de alguna de las partes. Ante ello, conviene preguntarnos ¿BICA, equivocadamente, está asimilando la naturaleza consensual del arbitraje a la efectividad de la recurrencia a los tribunales ordinarios?
19. Para nosotros la respuesta a la interrogante antes planteada es afirmativa; BICA está confundiendo la naturaleza de ambos medios de solución de conflictos, por cuanto el acuerdo de las partes es un requisito *sine qua non* para la efectividad y exigibilidad del arbitraje - al menos en el contexto de las relaciones entre privados -, mientras que la recurrencia al Poder Judicial no está sujeta a un pacto expreso de las partes - el cual se define por reglas de soberanía de jurisdicción de cada país -, pero si condicionada al carácter excluyente y exclusivo del arbitraje. En consecuencia, considerando además la inevitabilidad del arbitraje, el verdadero sentido del acuerdo de las partes, tal como se desprende de la interpretación literal de la cláusula 32.4, es que la referencia hecha a los Tribunales de Peonía es de apoyo al arbitraje, en caso de resistencia de alguna de las partes, por cuanto, como sucede en la práctica, una parte puede adoptar una conducta dilatoria y entorpecedora que puede comprometer la consecución del arbitraje; así, adquiere lógica reconocer la posibilidad de recurrir a la vía jurisdiccional ordinaria para solicitar apoyo frente a obstáculos conductuales y procesales que una parte genere en detrimento de la efectividad de la vía arbitral, lo cual no significa que se contemple un conflicto competencial, sino el respaldo judicial al carácter de *pacta sun servanda* del compromiso arbitral.
20. Finalmente, resulta necesario dejar constancia que la redacción de la cláusula no es incongruente ni defectuosa y que, por el contrario, es simple y específica en la



delimitación de la vía arbitral como mecanismo de solución de controversias vinculante entre las partes, siendo una posibilidad factible la recurrencia al Poder Judicial cuando sea necesario en apoyo del arbitraje, lo cual puede darse aún si no se hubiese hecho referencia a ello en la cláusula; es decir, no estamos frente a una cláusula patológica, ambigua ni inejecutable.

21. En ese sentido, considerando lo señalado por las autoridades presentadas y en atención al sentido del acuerdo de las partes respecto a la posibilidad de recurrir al Poder Judicial, concluimos que la cláusula arbitral en cuestión es válida y vinculante para todos aquellos relacionados con la materia controvertida, no siendo auto contradictoria.

b) La inevitabilidad e irresistibilidad del arbitraje.

22. En palabras del representante de BICA: “(...) *hago notar que la cláusula prevé la vía judicial “en caso de resistencia”. Debe interpretarse que esta oposición es suficiente resistencia de mi parte al arbitraje, lo que hace operativa la segunda parte de la cláusula en cuestión*”. Al respecto, siguiendo la lógica analítica del punto anterior, cabe precisar que afirmaciones como la citada evidencian un claro desconocimiento de las particularidades de este mecanismo eficaz de solución de conflicto y, en general, de la institución del arbitraje. Por ello, consideramos pertinente esclarecer por qué la resistencia de una parte frente al arbitraje no obstaculiza su consecución.
23. La irresistibilidad del arbitraje nace del carácter consensual, informal y flexible de este mecanismo, lo cual lleva a afirmar que, sin importar el modo o forma como las partes se refieran a esta vía, siempre tendrán que adoptar una interpretación pro-arbitral de su acuerdo, por cuanto deviene en inconsistente desconocer que el arbitraje no está condicionado a ninguna formalidad y que basta el acuerdo de las partes al referirse a éste para legitimarlo como la vía idónea ante la cual se ventilarán sus



diferencias. Tanto los alcances objetivos como subjetivos de la cláusula arbitral respaldan su efectividad frente a la posibilidad de recurrir a la vía judicial, reforzándose así el carácter excluyente del arbitraje.

24. La jurisprudencia ha reconocido la inevitabilidad del arbitraje desde distintas ópticas; así un extremo adoptado es el que postula que es suficiente referirse al arbitraje para que éste sea efectivo y exigible por las partes. Esta lógica ha sido recogida en la sentencia del caso *Campbell et al. v. Murphy* (Caso 368: LMA 7 1), 8 1), Canadá: Ontario Court, General Division (Hockin J.), 9 de agosto de 1993), en la cual se sostuvo que la cláusula compromisoria era válida y obligatoria ya que usaba la expresión “*se someterá a arbitraje*”, siendo ello suficiente para tal determinación. Siguiendo esa línea analítica, en el presente caso el arbitraje es inevitable para las partes porque ha sido expresamente referido en la cláusula 32.4 del Contrato, bastando ello para ser de recurrencia obligatoria para las partes.
25. La resistencia al arbitraje invita a que los árbitros sean quienes definan su propia competencia, en virtud del principio del *Kompetez-Kompetenz*, lo cual implica también que sean los árbitros quienes determinen los alcances del acuerdo arbitral, en atención a que el mismo, como pacto procesal, otorga tal competencia con efecto vinculante para las partes, según afirma Paula María ALL (Cfr. “*Consideraciones sobre el convenio arbitral en el arbitraje comercial internacional*”, pp. 30 – 31).
26. Asimismo, conforme se afirmó en el punto anterior, habiéndose reconocido la validez y eficacia del acuerdo arbitral, en interpretación *contrario sensu*, no cabría calificarlo como patológico en ningún extremo, por cuanto –citando a DERAÏNS (*Ob. Cit. pp. 191-200*)- la patología nace una vez que no haya forma de llegar al arbitraje, ya sea por la falta de voluntad que no se desprenda del contrato o la necesaria intervención del juez estatal, lo cual no sucede en el presente, como se ha demostrado hasta el momento.
27. Por lo antes expuesto, la irresistibilidad del arbitraje es un punto adicional que refuerza la legitimidad de nuestro accionar y demuestra la inconsistencia de lo



argumentado por BICA frente a la competencia del Tribunal Arbitral, la cual tendrá que ser ratificada al momento de laudar.

II. LOS EFECTOS DE LA CLÁUSULA ARBITRAL SON OPONIBLES A BICA

28. El otro extremo argumentativo de BICA frente al arbitraje está referido a que, al no haber pactado ni suscrito el acuerdo arbitral, no se le extiende sus efectos y, por lo tanto, no se constituye como parte del proceso. Ante ello, siguiendo la lógica argumentativa expuesta en el acápite anterior, demostraremos cómo lo afirmado por BICA carece de sustento y demuestra desconocimiento sobre los alcances objetivos y subjetivos de la cláusula arbitral, que se explicarán a continuación.

a) El consensualismo como fuente de flexibilidad e informalidad del acuerdo arbitral

29. En términos del arbitraje internacional, el acuerdo o cláusula arbitral es referido usualmente como cláusula compromisoria. Así, la Ley Modelo CNUDMI acoge tal denominación y la define en su artículo 7º, cuyo texto es el siguiente:

“Artículo 7. Definición y forma del acuerdo de arbitraje

1) El “acuerdo de arbitraje” es un acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual. El acuerdo de arbitraje podrá adoptar la forma de una cláusula compromisoria incluida en un contrato o la forma de un acuerdo independiente.” (Subrayado agregado)

30. De la lectura de la norma citada, se deduce que la cláusula compromisoria tiene como base el consenso de las partes. Ahora bien, debemos comprender que las formalidades que pudieran exigirse para la celebración de la cláusula compromisoria



no condicionan la validez y la manifestación del consentimiento de las partes. Es por ello que se ha previsto un cambio normativo en los últimos años, el mismo que se inició con la variación de la Ley Modelo CNUDMI. Al respecto, Francisco GONZÁLEZ DE COSSÍO (Cfr “*La nueva forma del acuerdo arbitral: otra victoria del consensualismo*”, pp. 209 - 213) nos indica que estamos viviendo un cambio gradual del formalismo al *consensualismo*, señalando que el formalismo tiene base en el derecho romano, el cual postula que la voluntad de las partes para contratar se expresa cumpliendo los requisitos que este acto solicite. Es por ello que la antigua definición de la cláusula compromisoria en la Ley Modelo CNUDMI solicitaba como formalismo de la cláusula compromisoria la obligación de la forma escrita de la cláusula y, en consecuencia, se solicitaba la firma de las partes como expresión de voluntad para someterse al arbitraje.

31. La tendencia actual es la ponderación del *consensualismo* como fuente de la flexibilidad e informalidad del acuerdo arbitral, por cuanto es suficiente identificar el acuerdo de las partes, el cual puede adoptar diversas formas (escrito, oral, expreso, tácito, presencial, no presencial, etc.), para determinar sus alcances objetivos (respecto de su validez y eficacia sobre la materia controvertida y la competencia arbitral) y subjetivos (respecto a su extensión sobre aquellos agentes vinculados con la materia controvertida y sobre los cuales recaerá, directa o indirectamente, los efectos del laudo arbitral). Es respecto de este último tema que dirigiremos nuestro siguiente análisis con el fin de demostrar que los efectos del acuerdo arbitral pueden extenderse a sujetos considerados en la doctrina como “no signatarios”, denominación que no se limita a aquellos que formalmente no rubricaron el acuerdo.
32. Por lo antes referido, podemos concluir en este punto que la cláusula 32.4 del Contrato, si bien ha adoptado la forma escrita, ello no es óbice para entender sus alcances en razón al *consensualismo* que la inspira, debiéndose interpretar su aplicabilidad en el sentido más amplio y favorecedor a su objeto: la solución eficaz y



eficiente de las controversias relativas los compromisos contractuales asumidos por las partes.

b) Partes no signatarias del acuerdo arbitral

- 33.** La doctrina y jurisprudencia mayoritaria han desarrollado los supuestos en los cuales aquellas partes que no participaron inicialmente en la configuración del acuerdo arbitral se ven vinculadas por el mismo al estar relacionadas con la materia controvertida y, por ende, con los alcances del laudo a emitirse y ejecutarse. Así, en el desarrollo de la doctrina de las “partes no signatarias”, algunos autores han postulado que la firma, como expresión de conformidad de la cláusula arbitral, no es necesaria. Al respecto, James GRAHAM (*Cfr “La “Falsa” extensión del acuerdo arbitral a terceros: el ejemplo de México”, pp. 179-180*) señala que la firma no es requisito *sine qua non* de la cláusula compromisoria, debido a que, por lo general, es parte integrante de los contratos internacionales y que, por la naturaleza misma de la contratación internacional, no es posible que todos los acuerdos de las partes sean firmados por éstas.
- 34.** Por su parte, Roque CAIVANO (*Cfr “Arbitraje y grupos de sociedades. Extensión de los efectos de un acuerdo arbitral a quien no ha sido signatario, p. 128-136*) señala que, sobre la base de circunstancias especiales, es posible que una parte no signataria del contrato forme parte del proceso arbitral. En referencia al presente caso, el autor analiza jurisprudencia comparada en base a la cual aquellos sujetos no signatarios del acuerdo arbitral deberán ser parte del arbitraje cuando las partes en su contrato hacen referencia a otro contrato que beneficiará a una tercera persona; y cuando la parte no signataria se hubiese beneficiado o empleado cláusulas del contrato que ahora pretende desconocer (*estoppel*).
- 35.** En la misma línea, Francisco GONZÁLEZ DE COSSÍO (*Cfr Ob cit., p. 217*) señala lo siguiente:



”La abolición del requisito de la firma tiene implicancias importantes. Quiere decir que, en lo sucesivo, la determinación de la existencia de consentimiento no se centrará en determinar si las partes plasmaron su rúbrica, sino en saber si se está en presencia de algo mucho más importante: un acuerdo de voluntades”. (Subrayado Agregado)

- 36.** Claramente, el autor resume lo expuesto hasta ahora; es decir, la firma no significa el acuerdo de voluntades entre las partes y, en consecuencia, es necesario buscar otras formas de evidenciar el consentimiento de las partes para someterse al arbitraje. Por ello, pasamos a exponer jurisprudencia referente a la extensión del proceso arbitral a las partes no participantes en el acuerdo arbitral.
- 37.** La jurisprudencia del caso *Thomson CSF S.A. v. American Arbitration Association* constituye el más importante referente respecto de las formas de evidenciar el sometimiento de las partes al proceso arbitral. En específico, el caso *Thomson CSF* cuenta con cinco teorías sobre el tema en discusión: (1) la incorporación por referencias de otra relación contractual, (2) la asunción de una obligación arbitral, (3) principios de agencia, (4) el descorrimiento del velo societario y (5) el *estoppel*.
- 38.** Consideramos que, para el desarrollo de nuestra argumentación, resulta relevante analizar las teorías de la incorporación por referencias de otra relación contractual y la del *estoppel*. La primera se produce cuando un contrato que no cuenta con cláusula compromisoria hace referencia directa a un documento que sí la contenga; típicamente se puede encontrar en los conocimientos de embarque, contratos de construcción e ingeniería, y en los contratos de garantía. La segunda se genera cuando los actos de una de las partes evidencian que se está beneficiando del contrato y que, en consecuencia, no puede negar su incorporación al arbitraje, ya que al actuar con base en lo estipulado en el contrato, manifestó su voluntad de ser parte de este y, por



ende, de la cláusula compromisoria. Al respecto, CAIVANO (*Cfr Ob cit., p. 135*) comenta el siguiente caso:

“US Court of Appeals for the Fourth Circuit, in re International Paper Company v. Schwabedissen Maschinen & Anlagen GMBH, con cita de «Avila Group, Inc. v. Norma J. of California», 426 F. Supp. 537, 542, District Court for the Southern District of New York, 1977. Que versa sobre un comprador que demanda judicial El comprador de una maquinaria industrial había demandado judicialmente al fabricante por los defectos del equipo, amparándose en cláusulas del contrato celebrado entre el fabricante y el distribuidor. Toda vez que ese contrato contenía una cláusula arbitral, el comprador, aun no habiendo sido parte en él, fue finalmente obligado a resolver por arbitraje sus reclamos contra el fabricante”.

- 39.** Por lo antes expuesto, se concluye que tanto la doctrina como la jurisprudencia está dando mayor relevancia al consentimiento de las partes para someterse al arbitraje, que al los aspectos formales antes solicitados; en consecuencia, para que una parte pueda ser incluida en un proceso arbitral se debe analizar si esta consintió de alguna manera vincularse a los efectos de la cláusula compromisoria y, por ende, del laudo que se emitirá en razón a ésta.

c) BICA es parte del proceso arbitral.

- 40.** En el presente caso y en base a lo expuesto, demostraremos que de la lectura del documento enviado por BICA el 30 de diciembre del 2005, se entiende que dio su consentimiento a someterse al arbitraje. Asimismo, de la interpretación sistemática del intercambio epistolar que sostuvieron BICA y FAMA entre el 31 de agosto del



2007 y el 26 de mayo del 2008, es claro que BICA de mala fe pretende emplear algunas cláusulas del contrato y desconocer la cláusula compromisoria.

41. En primer lugar, el 30 de diciembre del 2005 BICA emite un documento, mediante el cual nos informa que se constituyó como fiador solidario de los Vendedores e indico textualmente lo siguiente:

BICA (...) ha aceptado irrevocablemente constituirse en fiador solidario de las obligaciones a cargo del Sr. Garboso y de la Srta. María Raquel Lince en el Contrato de compraventa del paquete accionario de la sociedad Dinero al Instante S.A. a vuestro favor.

42. De la interpretación taxativa del documento citado, es claro que BICA ha aceptado responder por las obligaciones que recaigan sobre sus afianzados, referidas en el contrato de compraventa celebrado el 31 de diciembre del 2005. Es decir, que BICA expreso su consentimiento de asumir las obligaciones de los Vendedores, dentro de las cuales se encuentra la obligación de ir al arbitraje, en virtud de la cláusula compromisoria que forma parte del mismo contrato de compraventa.
43. Sobre el particular, resulta relevante remitirnos a lo dispuesto en el artículo 7 de la Ley Modelo CNUDMI que, en el numeral 6, indica lo siguiente:

“La referencia hecha en un contrato a un documento que contenga una cláusula compromisoria constituye un acuerdo de arbitraje por escrito, siempre que dicha referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato.

44. Ciertamente, el artículo señalado solicita que la referencia a otro contrato implique a la cláusula compromisoria en sí. Al respecto, debemos señalar que es claro que BICA era conciente de la existencia de la cláusula compromisoria y que la referencia al contrato de compraventa incluyó a la cláusula compromisoria. Para ello, debemos hacer hincapié en que BICA es una entidad financiera, la cual suscribe garantías de



forma frecuente, lo cual conlleva a que es una persona con la diligencia requerida para analizar las garantías que suscribe, así como las implicancias legales que se desprenderán de la misma. Por lo tanto, bajo la premisa que BICA es una entidad financiera diligente, de no haber incluido en el contrato de fianza la referencia a la cláusula compromisoria, debió de señalar tal punto en su documento del 30 de diciembre del 2005, más aun cuando nuestra decisión de suscribir el contrato de compraventa se baso en ese documento.

45. Ahora bien, teniendo en cuenta que BICA suscribió el contrato fianza, el mismo que hacía referencia en la totalidad de las obligaciones del Vendedor, consintió solucionar cualquier desavenencia en vía arbitral. Caso similar fue el del CLOUT 460 (*Caso 460 Hong Kong: High Court of the Hong Kong Special Administrative Region, Court of First Instance; Hercules Data Comm Co. Ltd. v. Koywa Communications Ltd*), en el cual, el Tribunal Arbitral señaló que la frase “correspondía totalmente” (*to be “totally back to back”*) con el acuerdo principal era suficiente para constituir un acto de incorporación por remisión de la cláusula compromisoria.
46. En segundo lugar, BICA está actuando en contra de sus propios actos, ya que de la interpretación del intercambio epistolar que sostuvo con nosotros entre el 31 de agosto del 2007 y el 26 de mayo del 2008, se puede observar que BICA exige que cumplamos con los requisitos estipulados en el contrato para la ejecución de la garantía. Entonces, no tiene sentido que BICA, luego de utilizar las estipulaciones del contrato, argumente que no puede ser parte del presente proceso arbitral por no haber manifestado formalmente su voluntad de ir al arbitraje.
47. Para demostrar ello, citaremos partes de las comunicaciones que nos envió BICA. El 05 de Setiembre del 2007, BICA nos indica que “(...) *no existe afectación actual y real al flujo de caja, tal como exige el Contrato para que la garantía proceda.*”; Asimismo, el 18 de Setiembre del mismo año, nos indica que “(...) *la situación descrita por Ud. no califica como contingencia cubierta por la garantía otorgada por*



los Vendedores en el Contrato de Compraventa de Acciones.”. Además de ello, el 14 de mayo del 2008, cuando ya cumplimos los requisitos que BICA nos solicitó en virtud del contrato de compraventa, utiliza nuevamente el contrato de compraventa para señalar que *“al no haber todavía pagado DISA el monto de la condena, no existe aún situación alguna que pudiera merecer cobertura por parte de este Banco, me anticipo a señalarle que tampoco existirá cuando ese pago se concrete, ya que el plazo previsto en el Contrato para que la garantía fuese exigible feneció, inexorablemente, el 31 de diciembre de 2007”*.

48. Sin embargo, en su comunicación del 26 de mayo del 2008, BICA actúa de manera distinta señalando que *“BICA no se sometió a, ni consintió jamás, jurisdicción arbitral alguna. La carta mediante la cual se extendió la fianza (único documento que obliga a mi parte), no contiene pacto arbitral de ninguna especie”*. De la documentación citada, se puede observar como BICA de mala fe actuó en un inicio en beneficio del Contrato, para luego pretender desconocer parte del mismo.

49. En conclusión, queda claro que el contrato de fianza que suscribió BICA con los Vendedores hizo referencia al contrato de compraventa, incluyendo la cláusula compromisoria; y que en virtud de ello BICA manifestó su consentimiento en someterse al arbitraje. Asimismo, se ha demostrado como de mala fe, BICA ha actuado en contra de sus propios actos a fin de evitar cumplir con sus obligaciones. Por lo tanto, BICA está vinculada con la materia controvertida y que, sea cual fuere el resultado del laudo, ella estará vinculada a éste, se le considerará parte del arbitraje en calidad de demandada por lo que la competencia del Tribunal Arbitral tiene que ratificarse en este extremo subjetivo, conforme a los argumentos esbozados en los párrafos precedentes.

PARTE TERCERA: PETITORIO



50. En virtud de la legitimidad del Tribunal Arbitral para conocer y resolver la materia controvertida surgida entre las partes, y en ejercicio de nuestro derecho a hacer efectiva la vía arbitral, solicitamos lo siguiente:

- 1) Se reconozca que la demanda seguida por el Sr. Carlos Manuel Mayoral, que data del mes de abril del año 2003, es una contingencia garantizada conforme con la cláusula 25.2 del Contrato.
- 2) Se reconozca que FAMA ha cumplido a cabalidad con lo dispuesto en las cláusulas 25.2 y 25.4 del Contrato;
- 3) Se condene a BICA al pago de la suma de \$M 266.349.20 más los intereses devengados hasta la fecha efectiva del pago, monto correspondiente al desembolso efectuado por nuestra empresa a favor del Sr. Carlos Manuel Mayoral.
- 4) Se condene a BICA al pago del íntegro de los costos que irroque el presente arbitraje, de conformidad con lo dispuesto en el Art. 31 del Reglamento de Arbitraje de la CCI.

PARTE CUARTA: FUNDAMENTOS DE LA DEMANDA

I. LA RESPONSABILIDAD DE BICA COMO FIADOR

51. Con la finalidad de definir correctamente los alcances de BICA como fiador solidario de las obligaciones de los Vendedores en el Contrato, resulta necesario esclarecer la naturaleza de dicha institución y sus aplicaciones prácticas.

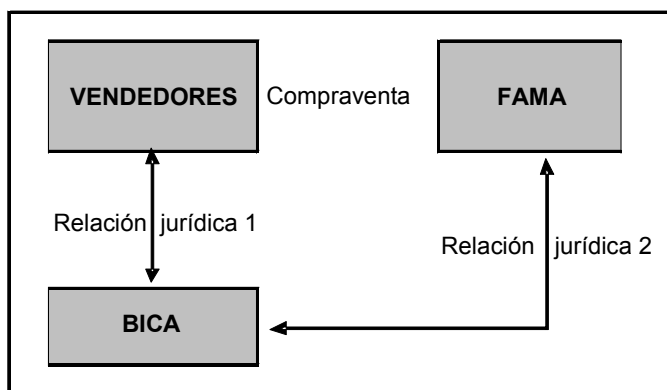
52. En el referido Contrato, los Vendedores manifestaron y garantizaron que los estados financieros y documentos contables de la sociedad fueron preparados de conformidad a las normas legales vigentes, que los mismos reflejaban fielmente la situación económica y financiera de la empresa y que no existían contingencias que no aparezcan registradas en su totalidad en los mismos.



53. Asimismo asumieron, en la proporción que a cada uno corresponde del capital social de la Sociedad, garantía por todos los pasivos, obligaciones, responsabilidades y demás Contingencias y de toda inexactitud en sus declaraciones, siempre que se cumplieran tres requisitos en conjunto:
- Se hayan originado antes de la Fecha de Cierre,
 - No aparezcan registrados en su totalidad en los documentos de la empresa, y
 - Se comuniquen fehacientemente a los Vendedores dentro de los dos (2) años a partir de la Fecha de Cierre.
54. De la misma forma, en el Contrato se hace una mención expresa sobre la ejecutabilidad de la mencionada garantía, la misma sólo se entenderá efectiva cuando se traduzca en un daño cierto y efectivo que afecte el flujo de caja de la empresa.
55. El objeto, los alcances y la ejecución de esta garantía serán desarrollados más adelante; sin embargo, resulta fundamental conceptualizar la fianza solidaria extendida por BICA el 30 de diciembre de 2005, con relación a esta garantía, a fin de que el Tribunal Arbitral tenga elementos suficientes de convicción sobre el sustento fáctico y legal de las pretensiones de FAMA en el presente caso.
56. De esta manera, previamente a demostrar que la garantía extendida por Los Vendedores a favor de FAMA alcanza la Contingencia generada por la demanda entablada por el Sr. Mayoral contra DISA, se desarrollará la responsabilidad que vincula a BICA con dicha obligación de garantía por su condición de fiador solidario de los Vendedores, sustentada en la fianza de fecha 30 de diciembre de 2005.
57. La fianza, definida por Ambrosio COLIN y H. CAPITANT (*Cfr. Curso Elemental de Derecho Civi, p. 11*), “es un contrato por virtud del cual un tercero llamado fiador promete a un acreedor pagarle su deuda si el deudor no ejecuta su obligación”. En este sentido, la fianza es una herramienta utilizada para ofrecer mayor seguridad en el cumplimiento de las obligaciones de un deudor, mediante la aparición de un tercero llamado fiador.



58. BICA, en su comunicación de fecha 30 de diciembre de 2005, nos señala que “*ha aceptado irrevocablemente constituirse en fiador solidario de las obligaciones a cargo del Sr. Garboso y de la Srta. María Raquel Lince en el Contrato de compraventa del paquete accionario de la sociedad Dinero al Instante S.A.*”. De esta manera, se manifiesta indubitablemente la voluntad de BICA de constituirse como fiador solidario de las obligaciones de los Vendedores en el Contrato, con lo que se considera perfeccionado el contrato de fianza entre BICA y Los Vendedores.
59. Por ello, además de la relación que nace entre BICA y Los Vendedores por el contrato de fianza, se genera, asimismo, una relación automática entre el fiador y el acreedor, es decir, entre BICA Y FAMA:



60. Tal como explica AMBROSINI VALDEZ (Cfr. Ob. Cit. p. 194):

“(...) se producen dos tipos de relaciones jurídicas, diferenciadas entre sí: entre el fiador y el acreedor, en la cual el primero pone todo su patrimonio a disposición del segundo para respaldar la obligación del deudor, y entre el deudor y el fiador, en la cual el primero acuerda pagar al segundo una comisión por haber puesto su patrimonio a disposición del acreedor.”

61. En tal sentido, sólo en virtud de la fianza del 30 de diciembre de 2005, se genera una vinculación jurídica de disposición del patrimonio de BICA a favor de FAMA.



Esta relación, sin embargo, adquiere una relevancia fundamental e innegable, cuando BICA no sólo se constituye como fiador, sino como **fiador solidario** de las obligaciones de los Vendedores.

62. Tal como lo reconoce AMBROSINI VALDEZ (*Cfr. Ob. Cit. p. 182*), es usual que las fianzas sean solidarias, para que en la práctica, se pueda oponer el derecho directamente contra el fiador:

“Esta característica de la fianza hace que la mayoría de los acreedores exija que sea solidaria, lo cual les permitirá cobrar a cualquiera de los dos, sin importar el orden, inclusive ejecutar a los dos a la vez.”

63. Asimismo, Sergio RODRÍGUEZ (*Cfr. Contratos Bancarios, p. 498*) afirma lo siguiente:

*“De conformidad con el primero, el fiador ocupa una posición subsidiaria por cuanto está facultado para exigirle al acreedor que se dirija primero contra los bienes del deudor principal (...). De acuerdo con el segundo, la existencia de un número plural de fiadores permite a cualquiera de ellos, demandado para el pago, solicitar la división de la deuda entre los cofiadores (...). **En materia comercial, sin embargo, la tendencia es que los fiadores de obligaciones mercantiles se obliguen en forma solidaria de manera que no goce ninguno de ellos de los beneficios mencionados.**”* (Resaltado agregado)

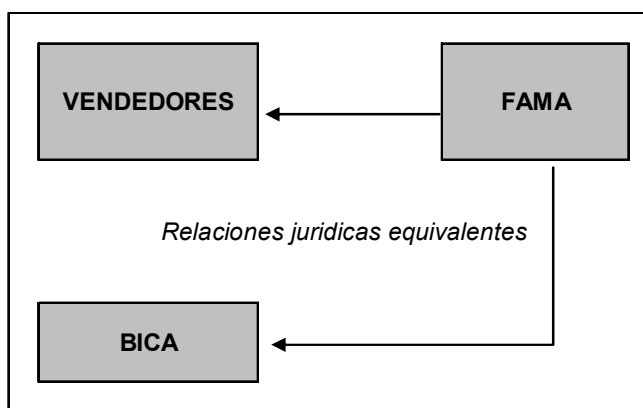
64. El viejo refrán “Quien sale fiador, sale pagador”, refleja nuestra posición con respecto a BICA. Tal como señalan COLIN y CAPITANT (*Cfr. Ob. Cit. pp. 18 -20*):

“La condición del fiador se parece muchísimo a la de un codeudor solidario (...) ambos se diferencian sin embargo, en que el fiador goza, de dos beneficios que le son propios: el beneficio de excusión, o derecho de obligar al acreedor a que embargue y venda los bienes del deudor antes de demandarlo a él, y el beneficio de división, que presupone la existencia de varios fiadores (...) Estos



dos beneficios, de excusión y de división, disminuyen, como fácilmente se concibe, la seguridad que la fianza proporciona al acreedor, y por eso, en la práctica, éste trata por todos los medios de evitarlos para aumentar su garantía. Para conseguirlo, no se contenta con el compromiso ordinario del fiador, sino que exige que éste se obligue solidariamente con el deudor, con lo cual el fiador se encuentra transformado, en lo que a él le concierne, en un verdadero codeudor solidario, puesto que ya no puede oponer ninguna de las dos excepciones precedentes.” (Subrayado agregado)

65. En este orden de ideas, cuando la fianza es además solidaria -vale decir, cuando no cuenta con el beneficio de excusión-, la figura es equivalente a la de un deudor SOLIDARIO. En ese sentido, el compromiso de BICA a ser *fiador solidario*, la obliga en los mismos términos que el Contrato obliga a los Vendedores, ya que por la fianza solidaria, el acreedor, puede accionar contra cualquiera de los dos, sin necesidad de intimar primero al deudor principal:



66. Es en base a todo lo expuesto que podemos afirmar que la posición contractual de los Vendedores, en lo que se refiere a las obligaciones que mantiene con las demandantes, es la misma posición contractual asumida por BICA al constituirse como fiador solidario. Por lo tanto, estamos facultados a dirigir nuestro reclamo directamente a BICA.

II. LOS ALCANCES DE LA GARANTÍA



67. Habiendo demostrado que BICA se obliga de igual forma que los deudores, nos abocaremos a presentar que los Principios UNIDROIT y la naturaleza de la garantía nos muestran las razones del por qué la demanda entablada en contra de la Sociedad por el Sr. Carlos Mayoral es una Contingencia cubierta por la garantía.
68. Creemos necesario explicar en primer lugar que esta demanda en contra de nuestra patrocinada califica como una Contingencia garantizada según los términos del Contrato.
69. El Contrato, en su cláusula 1, define a la Contingencia de la siguiente manera:
- “es cualquier situación, condición o conjunto de circunstancias existentes de la cual podiera derivarse una posible ganancia o pérdida, las cuales se concretarán [las ganancias o pérdidas] cuando uno o más eventos futuros ocurran o dejen de ocurrir.”* (Subrayado y resaltado agregado)
70. Como podemos apreciar, las partes han definido a la Contingencia como una situación potencial de la cual pueden derivarse consecuencias. La definición de Contingencia establecida en el contrato no exige que la consecuencia, ya sea pérdida o ganancia, se materialice. Por tanto, una situación no necesita generar pérdidas para recién ser considerada como una Contingencia.
71. En tal sentido, la demanda de incumplimiento iniciada por el Sr. Mayoral es una Contingencia, por lo que ahora demostraremos que se cumple con los tres requisitos establecidos en la cláusula 25.2 del Contrato para ser una Contingencia garantizada por Los Vendedores.
72. Para tales fines, es necesario realizar un análisis sistemático de la cláusula 25 del Contrato, conforme con los Principios UNIDROIT, por cuanto la cláusula 32.3 del Contrato prescribe su aplicación exclusiva como norma de derecho sustantivo aplicable.
73. Al respecto, de acuerdo con el Art. 4.4 de los Principios UNIDROIT, el Contrato debe interpretarse de manera sistemática, pues *“los términos y expresiones se*



interpretarán conforme a la totalidad del contrato o la declaración en la que aparezcan en su conjunto”. Siguiendo lo dispuesto por la norma de fondo aplicable, estamos en la obligación de realizar una interpretación sistemática de los términos contractuales que nos vinculan.

74. La cláusula 25 del Contrato tiene como título “Manifestaciones y Garantías de los Vendedores”. Considerando que el título de la cláusula contempla manifestaciones y garantías, entendemos que la cláusula 25.1 es solo una manifestación en la cual se declara de buena fe que los vendedores entregaran a FAMA los Estados Financieros y documentos contables de la empresa en regla, elaborados de acuerdo a las normas legales vigentes y a los principios contables generalmente aceptados.
75. En la cláusula 25.2 se mencionan los requisitos necesarios para que una Contingencia pueda ser efectivamente garantizada. Ello se infiere de las siguientes razones:
- Por su redacción, ya que en esta cláusula se señala que los vendedores asumirán garantía por una Contingencia sólo si se configuran en la realidad los tres requisitos:
“Cláusula 25.2.- Los Vendedores asumen (...) garantía, por todos los pasivos, obligaciones, responsabilidades y demás Contingencias (...) siempre que: (i) Se hayan originado antes de la fecha de cierre; (ii) No aparezcan registrados en su totalidad en los documentos de La Sociedad, y (iii) Se comuniquen fehacientemente a Los Vendedores dentro de los dos años a partir de la fecha de cierre.”
 - Por su ubicación, ya que está situada en la cláusula siguiente de las manifestaciones generales y, de acuerdo al título de la cláusula 25, después de las manifestaciones vienen las garantías; además, porque es previa a la cláusula 25.3 que aborda las excepciones a las Contingencias garantizadas.
76. En la cláusula 25.3, Los Vendedores excluyen a los préstamos de consumo efectuados por la Sociedad de la garantía, trasladándoles el riesgo de cobranza a los compradores. Como vemos, esta cláusula es una excepción a una Contingencia



garantizada; por tanto, entendemos que no es razonable que exista un requisito o supuesto adicional “suelto” en otra cláusula para que se pueda configurar una Contingencia garantizada, pues la cláusula 25.3 es la excepción de la cláusula 25.2.

77. Finalmente, entendemos que la cláusula 25.4 es una condición para el pago de la garantía, y no un requisito más de los establecidos en la cláusula 25.2, como BICA ha pretendido interpretar. La cláusula 25.4 señala que *“La obligación de garantía a que se refiere la presente Cláusula se entenderá efectiva sólo cuando la situación de que se trate se traduzca en un daño cierto y efectivo que afecte el flujo de caja de la Sociedad.”* En esta cláusula se hace mención expresa a **una obligación de garantía ya existente**, es decir, se refiere a la ya configurada por el cumplimiento de los requisitos establecidos en la cláusula 25.2. Asimismo, establece como condición para que se haga efectiva la garantía, es decir, que se pague, que se produzca un daño cierto que "afecte el flujo de caja de la sociedad" (25.4). Por lo tanto, recién al momento de demostrar una afectación al Flujo de Caja de la empresa es que podrá ejecutarse la garantía.
78. En suma, la cláusula 25.4 al señalar que “se entenderá efectiva” tiene un efecto, pero no de un supuesto de constitución de una contingencia garantizada, sino uno de condición para la ejecución de la garantía, es decir, el pago del perjuicio económico ocasionado por la Contingencia garantizada.
79. Como sabemos, los actos jurídicos pueden celebrarse en forma pura y simple, pero también pueden celebrarse válidamente bajo modalidades, tales como: plazo, cargo y condición. Como señalan Georges RIPERT y Jean BOULANGER (*Cfr. “Tratado de derecho civil: según el tratado de Planiol”, Tomo V, 1963, Buenos Aires, La Ley. Pág. 295*): *“(…) La condición es una modalidad que se suma a una obligación cuyos elementos constitutivos están ya todos reunidos (…)*”. Siendo este el caso, la cláusula 25.4 es una condición para el pago porque se suma a los elementos constitutivos para una Contingencia garantizada reunidos en la cláusula 25.2.



80. Finalmente, para que no quede duda de que la cláusula 25.4 es una condición, nos referiremos brevemente al Art. 4.1 de los Principios UNIDROIT que prescribe que “(1) *El Contrato debe de interpretarse de acuerdo a la intención común de las partes*” y para el mejor entendimiento de la intención común de las partes, Los Principios UNIDROIT prevén en su Art. 4.3 que se deben tener en cuenta como circunstancia relevante , entre otras, a las negociaciones previas entre las partes y a la finalidad del contrato. Analizaremos cada uno de estas circunstancias para demostrar rotundamente que se trata de una condición:

- *Las negociaciones previas entre las partes:*

81. En la cláusula 12 del Modelo de Convenio, redactada unilateralmente por Los Vendedores, estos señalan que los supuestos para que se configure una contingencia garantizada y por consiguiente, los supuestos para que los vendedores asuman dicha garantía son los siguientes: Que la contingencia se haya originado antes de la Fecha de Cierre, que no aparezcan registrada en modo alguno, que se traduzca en un daño cierto y efectivo que afecte el flujo de caja de la empresa, y que se comunique fehacientemente dentro de los 18 meses a partir de la Fecha de Cierre.

82. Es este sentido, el Modelo de Convenio establece como requisito para una Contingencia garantizada, que el daño que se traduzca en un daño cierto y efectivo que afecte el flujo de caja de la empresa. Sin embargo, esto no es lo que dice el Contrato. Como dijimos anteriormente, el Modelo de Convenio es unilateral y no responde a la común intención de las partes que los Principios UNIDROIT nos ordenan considerar para interpretar el Contrato. Como se puede apreciar, en el Contrato se hicieron muchas modificaciones producto de la confluencia de los intereses de nuestra patrocinada con los intereses de los vendedores, como que los documentos de la Contingencia no deben ser registrados en su totalidad en vez de como dice el Modelo de Convenio, que no aparezca registrado en modo alguno; que



se comuniquen fehacientemente dentro de los dos años y no del año y medio como en un inicio deseaban Los Vendedores; y que el supuesto de constitución de garantía, pase a ser una condición para la ejecución de la misma. Entonces, es evidente que el acuerdo respecto de esa cláusula concluyó en ser una condición para la ejecución de la Garantía.

- La naturaleza y finalidad del Contrato:

83. ¿Cuál es la finalidad de establecer una garantía en un contrato de compraventa?

Para dar respuesta a dicha interrogante, conviene remitirnos a lo señalado por Roberto DE RUGGIERO (Cfr. *Instituciones de Derecho Civil*, p. 342) quien afirma lo siguiente:

“(...) el vendedor debe también garantizar al comprador contra los vicios o defectos ocultos que la cosa tuviere en el momento de la venta y responde de los mismos cuando se hubiera manifestado posteriormente”.

84. En tal sentido, la finalidad de la garantía es de pagar la disminución de valor que le genere este vicio oculto. Por tanto, cuando se señala que la garantía se hará efectiva, se debe entender también, se hará ejecutada, se pagará, se reembolsará, pues es esa la finalidad de la garantía.

85. Dicho esto, queda claro que la garantía en el Contrato tiene dos momentos. El primero en el que se configura la Contingencia garantizada (cláusula 25.2) y por tanto, ya existe la obligación de parte de los vendedores. El segundo en el que se sujeta el desembolso de dinero por parte de los vendedores a la situación que afronte nuestra patrocinada; es decir, que *“se traduzca en un daño cierto y efectivo que afecte el flujo de caja de la Sociedad”.*

86. En conclusión, la cláusula 25 del Contrato incluye: (25.1) manifestaciones de buena fe; (25.2) supuestos para la constitución de una Contingencia garantizada; (25.3) excepciones a la garantía; y (25.4) condición para ejecutar la garantía.



87. Para la interpretación realizada anteriormente se ha considerado el significado de cada cláusula en armonía con el significado de las demás, entendiendo que son partes de un todo, buscando el efecto y sentido lógico de las cláusulas en su totalidad y no evitando las consecuencias razonables que unas dan a las otras. En palabras de Jorge OVIEDO ALBÁN (*Cfr. La unificación del Derecho Privado: UNIDROIT y los principios para los contratos comerciales internacionales*)

“(...) entre las partes de un contrato debe haber correspondencia y armonía, y no pueden ni deben ser tomadas las cláusulas aisladamente para aplicar de ellas lo que más conviniere a alguna de las partes (...).”

88. Como bien ha señalado este destacado jurista, las cláusulas no deben descontextualizarse del Contrato, que es un acuerdo de voluntades; pues de lo contrario, se le dará un sentido opuesto al que las partes han acordado en un inicio, favoreciendo a los intereses de una parte en perjuicio de la otra. Esta práctica es muy perjudicial, pues crea efectos perversos cuando quien la utiliza quiere evitar alguna o todas las obligaciones que se desprenden del contrato.

89. Habiendo mostrado la correcta interpretación sistemática del Contrato de acuerdo a los Principios UNIDROIT, aplicaremos tal interpretación al caso en concreto. En nuestra comunicación del 31 de agosto de 2007, cuando le comunicamos a BICA de la sentencia judicial recaída en un juicio seguido contra la Sociedad, se están reuniendo los tres requisitos para que la Contingencia sea garantizada, porque:

- i. Tal Contingencia se ha originado antes de la fecha de cierre, ya que la demanda data de abril de 2003.
- ii. La Contingencia no aparece registrada en su totalidad en los documentos de La Sociedad. Sostenemos que este requisito ha sido cumplido, pues como ya ha sido manifestado a los Señores Árbitros en nuestra comunicación del 7 de mayo de 2009 (Documento 21) *“ni la existencia de un Acta de Directorio en la cual se resuelve otorgar un poder a un letrado para atender un juicio, ni la existencia de facturas por honorarios, suplen el deber de los Vendedores en el Contrato, de*



suministrar lealmente toda la documentación de la cual pudiera surgir una contingencia”.

90. Cabe resaltar, que no negamos la existencia de los documentos que se referían a la Contingencia. Sin embargo, este conjunto de documentos de ninguna manera cumplen con el calificativo “*registrada en su totalidad*”, porque simplemente ninguno de los documentos citados forma parte de la Contingencia, sino que provienen de otras fuentes que hacen referencia a la Contingencia; por tanto, ni siquiera pueden formar parte de una “totalidad” de documentos que contienen a la misma. Es por esta razón que no entramos a analizar siquiera la relevancia de los referidos documentos, pues este análisis lo realizaríamos en el supuesto que contáramos con documentos propios de la Contingencia, como por ejemplo el testimonio de la demanda judicial, el testimonio del cargo de contestación, o cualquier otro que manifieste la existencia de la Contingencia, pero de los cuales se discutiera el cumplimiento del requisito “registrados en su totalidad”. Sin embargo, los documentos que tenemos son insuficientes para este análisis. Es por eso que sin ambages desestimamos su relevancia.

iii. Estamos comunicando fehacientemente a BICA dentro de los dos años posteriores de la Fecha de Cierre la Contingencia. Creemos necesario, en este punto utilizar algunos temas que ya han sido abordados y aclarados por los Principios UNIDROIT y por la doctrina, a efectos de demostrar de manera certera y ordenada el cumplimiento de este requisito.

91. Al analizar la finalidad de este requisito podemos deducir que su objeto es circunscribir temporalmente la notificación de la misma. La obligación de informar dentro de un determinado plazo la existencia de la contingencia es únicamente para asegurar la identificación de la misma y para poner un plazo razonable dentro del cual podrán ocurrir situaciones de “Contingencias garantizadas” por el Contrato.



92. Por otro lado, al fallecer Los Vendedores, el requisito de comunicar a Los Vendedores dentro de los dos años siguientes a la fecha de cierre, deviene en una imposibilidad física y jurídica. Sin embargo, no se puede pretender de ninguna manera que la muerte de los Vendedores pueda liberar a sus fiadores, por que como ya se explicó en párrafos anteriores, la *finalidad de la garantía* es cubrir las situaciones que afectan el valor de la empresa y que no fueron detectadas en su debido momento, ya que generan un perjuicio al comprador que debe ser resarcido por el vendedor y *la finalidad de la fianza* es cubrir las obligaciones que se derivan de una garantía que el obligado principal no puede afrontar. En este sentido, liberar a Los Vendedores o a sus fiadores atentaría contra la lógica de protección de estas instituciones.
93. En tal sentido, demostrando que Los Vendedores y su fiador no pueden liberarse por que la institución de la garantía y de la fianza no se lo permite, esto sería suficiente para alegar que, si es jurídicamente imposible notificar a una persona que no está viva, nos deja de ser oponible la obligación de realizarla. Tal como lo mencionan RIPERT y BOULANGER (*Cfr. Ob. Cit. p. 166*):
- “Nadie está obligado a lo imposible. La imposibilidad que anula las obligaciones convencionales debe ser una imposibilidad absoluta e insuperable.”*
94. Sin embargo, atendiendo de buena fe a la finalidad del requisito de circunscribir en el tiempo la notificación, y entendiendo que los Principios UNIDROIT propugnan la desformalización de ésta, exigiendo que sólo baste “cualquier medio apropiado según las circunstancias”, de conformidad con el Art. 1.10 de tales Principios, encontramos en BICA al indicado para recibir la misma; pues en su calidad de fiador, BICA está obligado a responder por las obligaciones de Los Vendedores cuando estos no puedan cumplir. Por tanto, el requisito ve satisfecha su finalidad con la comunicación hecha al fiador.



95. El análisis de la naturaleza de las instituciones revisadas, ha sido realizado para que no quede duda alguna del cumplimiento del requisito, porque en la práctica bastaría señalar que si la intención del requisito es sólo el de una notificación con la intención de poner en conocimiento a Los Vendedores de la existencia de una contingencia garantizada y en vista de que BICA, por *ser fiador solidario y sin beneficio de excusión*, se encuentra en la misma posición contractual que Los Vendedores y responde por todas las obligaciones de los mismos sin necesidad de intimarlos primero, el requisito se cumple con la notificación hecha a BICA.
96. De esta manera, después de revisar el cumplimiento de los tres requisitos, intuimos que cuando BICA afirma en su comunicación del 5 de septiembre de 2007 que nuestra comunicación del 31 de agosto de 2007 *“es prematura (...) [porque] la sentencia judicial ha sido apelada, no está firme ni es ejecutable, y en consecuencia, no existe afectación actual y real al flujo de caja, tal como exige el Contrato para que la garantía proceda”* confunde la intención de nuestra comunicación del 31 de agosto de 2007 en la que se corroboran los tres requisitos para que opere la garantía, y cree erróneamente que estamos solicitando la ejecución de la garantía. Es claro que si pretendiéramos ejecutar la garantía, ésta comunicación sería prematura, ya que como BICA mismo reconoce, de nuevo confundiendo los términos, debe existir un daño cierto y efectivo que afecte el flujo de caja de la Sociedad. Sin embargo, como acabamos de demostrar y conforme le comunicamos en una misiva posterior de fecha 10 de septiembre de 2007, FAMA no está reclamando el pago; es decir, no se está reclamando que se haga efectiva la garantía, sino notificando temporáneamente la situación a BICA, ante la eventualidad de que la sentencia judicial adquiriera la calidad de cosa juzgada. Con ello se dio cumplimiento al requisito (iii) de la cláusula 25.2, al ser fáctica y jurídicamente imposible notificar a los vendedores.
97. En tal sentido, luego de comunicarle a BICA nuestra real intención, en nuestra comunicación del 10 de septiembre de 2007, es insostenible que BICA se ratifique en



todos sus términos, tal como nos mencionó en su comunicación del 18 de septiembre de 2007.

- 98.** Es evidente que, si a pesar de nuestra información aclarando los términos de El Contrato, si BICA sigue sosteniendo su posición en su comunicación del 18 de septiembre de 2007, y además nos adelanta en su comunicación del 14 de mayo que no pagarán porque para ellos *“tampoco existirá [cobertura por parte del Banco] cuando ese pago se concrete, ya que el plazo previsto en el contrato para que la garantía fuese exigible feneció, inexorablemente el 31 de diciembre de 2007.”*, no es sólo un ingenuo error, sino una estrategia de desentender los términos de El Contrato, inaplicando los Principios UNIDROIT, a fin de no cumplir con su obligación de pagar.
- 99.** Es por todo esto que concluimos rotundamente que FAMA tiene el derecho de exigir y recibir el pago descrito en el Petitorio de esta demanda en amparo de la garantía a la que BICA se encuentra obligada en su calidad de fiador solidario de Los Vendedores, constituida a través de su comunicación de fecha 30 de diciembre de 2005.

III. LA DILIGENCIA DE FAMA

- 100.** Como se ha explicado líneas arriba, existe una innegable relación jurídica entre BICA y FAMA, la misma que se generó de la condición de fiador solidario asumida por la primera. Siendo esto así, el vínculo entre ambas era el Contrato, el mismo que garantizaba determinado tipo de contingencias que pudieran surgir luego de celebrado el negocio.
- 101.** Es pertinente señalar que de acuerdo al Contrato, para que una determinada contingencia se considere efectivamente garantizada, se establecieron determinadas características que la misma debía poseer, así como determinadas obligaciones por el lado de la parte asegurada. Estas se derivan de las siguientes cláusulas:



- Cláusula 25.2: comunicar a los Vendedores, dentro de los 2 años de la fecha de cierre, la existencia de la contingencia originadas antes de la fecha de cierre, la cual no se encontraba registrada; y,
 - Cláusula 25.4: demostrar a BICA que se ha afectado el flujo de caja de DISA.
- 102.** Es así que dentro de las obligaciones de FAMA en el presente proceso con respecto al Contrato para que la garantía se haga efectiva, estaba el comunicar la existencia de la Contingencia no registrada y originada antes de la Fecha de Cierre dentro de un determinado plazo y probar la afectación al flujo de caja de la empresa; sirviendo la primera obligación para que la contingencia de que se trate se encuentre garantizada y la segunda obligación para poder hacer efectiva dicha garantía.
- 103.** Teniendo ello claro, no es posible imputar responsabilidad alguna a las actuales propietarias del paquete accionario de DISA por el surgimiento o efectos de la contingencia denunciada, ni mucho menos la alegada actuación negligente de la que intenta valerse la contraparte para evitar honrar las obligaciones que le corresponden de acuerdo a lo establecido en el Contrato.
- 104.** Primeramente, el Due Diligence practicado a la empresa cuyas acciones eran objeto de compraventa en el Contrato se realizó de forma diligente, siguiendo los lineamientos establecidos para este tipo de procedimientos. Se realizó además, por ZAS, una empresa con una excelente reputación en su rubro.
- 105.** Recordemos que en los procesos de Due Diligence no se revisan el 100% de los documentos de las sociedades intervenidas, sino los documentos principales dependiendo de lo solicitado; y si es que falta dilucidar algún tema en particular, se pedirán y revisarán más documentos con mayor detalle al respecto. En palabras simples, se va de lo general a lo específico.
- 106.** Siendo este el caso, tal como mencionamos anteriormente, DISA no tenía en su poder documento alguno que reflejara la Contingencia de forma clara y total el juicio llevado por el Sr. Carlos Mayoral en contra de la Sociedad, por lo que ZAS no tenía



forma de conocer dicho hecho al momento de realizar el Due Diligence. Cabe mencionar que esto no mengua en forma alguna la responsabilidad de Los Vendedores en no haber comunicado a FAMA sobre la existencia de este juicio.

107. De acuerdo a lo expuesto, no se puede imputar una actitud negligente al respecto a las demandantes. En primer lugar, el hecho se generó antes de la celebración del Contrato, por lo que ello queda fuera del campo de acción de lo que se pudo hacer al respecto. Este punto, en todo caso, es entera responsabilidad de la administración anterior de DISA. Y en segundo lugar, una vez que se tuvo conocimiento de la Contingencia y el estado de la misma, es decir, la sentencia de primera instancia, se cumplió con comunicar ello a BICA y apelar dicha sentencia. La prueba más clara de la actuación diligente por parte de FAMA, si alguna se le puede exigir, es la apelación misma de la sentencia.

108. Quedando claro que las demandantes en el presente proceso no son responsables por hechos o acciones que ocurrieron de forma previa a la celebración del Contrato, tampoco se debe dejar de lado el hecho que dentro de las obligaciones contractuales no se encontraba el deber de realizar determinadas acciones diligentes una vez se conociera de alguna contingencia que estuviera garantizada. El derecho que tienen los actuales propietarios de DISA de cambiar de abogado no puede ser objeto de análisis en el presente caso para analizar el supuesto nivel de diligencia exigido.

109. Es importante tener en cuenta el contexto en que FAMA conoce de la existencia de la Contingencia: se la comunica un abogado del que no tuvo conocimiento alguno previo a la carta de fecha 10 de agosto de 2007, es decir, aproximadamente cuatro (4) años después de surgida la Contingencia, y se la comunica indicándole que le ha generado a FAMA una obligación de pago de un monto dinerario. Aplicando un mínimo de diligencia y criterio, FAMA decide cambiar de asesor legal, puesto que no estuvieron satisfechos con el desempeño del anterior abogado, que fue contratado por DISA cuando ésta se encontraba bajo el control de los Vendedores. Con esto se quiere



dar a entender que FAMA actuó de la manera más razonable posible teniendo en cuenta todas las circunstancias que existían en ese momento.

- 110.** No obstante, en tanto no se pactó en el Contrato, la única diligencia que se podría exigir a nuestras representadas es el mínimo razonable. Este criterio no abarca de ninguna manera la estrategia de la apelación en el presente caso, pues el mínimo de diligencia ante una contingencia que está en la fase de una sentencia de primera instancia es, simplemente, presentar la apelación, hecho con el que se cumplió.
- 111.** La finalidad de la garantía es precisamente que BICA cubra el monto máximo de la contingencia; de lo contrario, hubiera pactado alguna limitación o establecido expresamente que no respondería por aquellas obligaciones sobre las cuales se hubiera actuado de manera negligente. Al no haber estipulación alguna al respecto de este punto, y condiciéndose con todo lo dicho anteriormente, no existe duda alguna que BICA se encuentra obligada al pago íntegro de lo requerido por las demandantes.

PARTE QUINTA: INDEMNIZACIÓN POR PERJUICIOS ECONÓMICOS,
RECONOCIMIENTO Y PAGO DE LOS COSTOS DEL ARBITRAJE

- 112.** Conforme se ha acreditado en nuestra argumentación, la responsabilidad de los Vendedores y, por ende, la de BICA como fiador solidario nos legitima a solicitar que se reconozca a nuestro favor la suma de \$M 266.349,20, monto desembolsado a raíz de la ejecución de la sentencia condenatoria emitida en última instancia por la Sala Comercial de la Corte de Apelaciones de Coronel Garmendia, que puso fin al juicio laboral iniciado por el Sr. Carlos Manuel Mayoral, ex trabajador de DISA.
- 113.** Para entender mejor lo solicitado, debe tenerse presente que, al margen de nuestra reacción diligente frente a la sentencia y que fue tendiente a evitar mayores costos provenientes de la ejecución de ésta, lo cierto es que nos hemos desprendido



indebidamente de un dinero que responsabilizaba a BICA en su calidad de fiador solidario, por cuanto resultaba fáctica y jurídicamente imposible repetir en contra de los Vendedores. En ese sentido, se ha configurado un perjuicio económico en FAMA, al destinarse un porcentaje de la liquidez de sus ingresos a raíz del incumplimiento de la obligación de información de los Vendedores sobre todas las contingencias que enfrentaba DISA al momento de su venta, obligación garantizada por BICA.

114. Recordemos que para determinar la existencia de un daño o perjuicio indemnizable, es necesario identificar el nexo causal entre el hecho generador de tal perjuicio y el hecho perjudicial en sí mismo. Así, precisamos que, si nos hubieran informado sobre la contingencia del juicio entablado por el Sr. Mayoral en el momento oportuno (es decir, cuando se realizaba el *Due Diligence*), nuestra empresa hubiese adoptado las medidas correspondientes para mitigar el impacto contable, económico y reputativo de dicho proceso judicial en DISA; no obstante, la actitud omisiva de los Vendedores y la renuencia del fiador solidario frente a dicha actitud incumplidora de las obligaciones contractuales son los hechos que han desencadenado la presente acción y, consecuentemente, el derecho indemnizatorio que nos asiste. En ese sentido, corresponderá ordenar a BICA el pago de la suma de \$M 266.349,20 a favor de nuestra empresa, más los intereses devengados hasta la fecha efectiva del pago.

115. Por otro lado, como consecuencia del legítimo derecho indemnizatorio que nos asiste y en atención a que nos hemos vistos obligados de activar la vía arbitral frente a la actitud renuente a la conciliación de BICA, solicitamos que se condene a ésta última el pago de la totalidad de los costos que irrogue el presente arbitraje.

116. Conforme a lo dispuesto en el Art. 31 del Reglamento de Arbitraje de la CCI, los costos del arbitraje incluirán los honorarios y los gastos de los árbitros, así como gastos administrativos de la CCI determinados por la Corte de conformidad con el arancel vigente y gastos razonables incurridos por las partes para su defensa en el arbitraje. Asimismo, establece que el laudo final fijará los costos del arbitraje y



decidirá cuál de las partes debe pagarlos o en qué proporción deben repartirse entre ellas.

117. Por lo antes referido, corresponderá al Tribunal Arbitral fijar al momento de laudar los costos totales del arbitraje que deberá asumir BICA, que incluirá los incurridos por nosotros en el apersonamiento y defensa de nuestros intereses, los cuales calculamos que bordean los \$M 20.000,00, sujetos a modificación posterior.

----- 0 -----



PARTE SEXTA: CONSIDERACIONES FINALES

118. Considerando lo explicado en los puntos precedentes, finalizamos el presente escrito reiterando nuestra posición, a fin de que el Tribunal Arbitral considere las siguientes aseveraciones en el momento de resolver favorablemente lo solicitado:

1. El Tribunal Arbitral es competente para conocer la materia controvertida y reconocer a BICA como parte demandada en el presente arbitraje.
2. La demanda que el Sr. Carlos Manuel Mayoral inició en el año 2003 en contra de DISA es una contingencia garantizada, conforme con lo dispuesto en la cláusula 25.2 del Contrato.
3. FAMA ha cumplido el íntegro de las disposiciones de las cláusulas 25.2 y 25.4 del Contrato.
4. Corresponde condenar a BICA al pago de la suma de \$M 266.349.20 más los intereses devengados hasta la fecha efectiva del pago, monto correspondiente al desembolso efectuado por nuestra empresa a favor del Sr. Carlos Manuel Mayoral en cumplimiento de la Sentencia de última instancia emitida por la Sala Comercial de la Corte de Apelaciones de Coronel Garmendia.
5. Corresponde ordenar a BICA al pago del íntegro de los costos que irrogue el presente arbitraje, de conformidad con lo dispuesto en el Art. 31 del Reglamento de Arbitraje de la CCI.

22 de junio de 2009, Villa del Rey, Feudalia.