

**II COMPETENCIA INTERNACIONAL DE
ARBITRAJE COMERCIAL**

**FACULTADES DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES
Y DE LA UNIVERSIDAD DEL ROSARIO (BOGOTÁ)**

BUENOS AIRES (ARGENTINA) - SEPTIEMBRE 2009

MEMORIA DE LA PARTE DEMANDADA



EN NOMBRE DE:

**Banco Internacional de Crédito del
Atlántico S.A.**

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

DEMANDADA

EN CONTRA DE:

**Financieras Asociadas de Marmitania
S.A. y Financiera del Consumo S.A.**

Av. del Corral N° 2354, Ciudad de Peonia,
capital del Estado de Marmitania.

DEMANDANTE

ABOGADOS:

ANDERSON, Cristián
ARAYA, María Julieta
D'OTTAVIO, María Silvia
ECHAVARRIA REAL, Alejandra Leticia
SANTIA, Ricardo Martín
SCHNITMAN, Pablo
SMALDONE, María Natalia

INDICE

LISTADO DE ABREVIATURAS.....	III
LISTADO DE AUTORES.....	IV
INDICE DE CASOS.....	IX
DEMANDANTE.....	1
DEMANDADA.....	1
PRETENSIÓN.....	1
HECHOS.....	1
PARTE PROCESAL.....	9
ASUNTO N° 1: Si la cláusula arbitral contenida en el contrato de compraventa de acciones es o no oponible a, y vinculante para, la demandada.....	9
a) Inexistencia de una “sucesión procesal”.....	9
b) BICA no tuvo conocimiento de la cláusula arbitral pactada.....	10
c) BICA no ha participado en la negociación.....	11
d) Naturaleza convencional del acuerdo arbitral.....	11
e) El acuerdo arbitral no vincula a terceros no-signatarios.....	13
f) Rechazo a la oponibilidad objetiva y subjetiva, deducida por la demandante.....	15
g) Conclusión.....	15
<u>Argumentos adicionales conforme al Art. 31 de las Reglas de la Competencia</u>	
Cláusula compromisoria “por referencia”.....	16
ASUNTO N° 2: Si, en caso afirmativo respecto de lo anterior, la aludida cláusula es válida y ejecutable, o no lo es.....	19
a) Cláusula patológica.....	19
b) Resistencia de nuestra parte al sometimiento de la jurisdicción arbitral.....	20
c) BICA no es parte de un Grupo de Sociedades.....	20
d) Competencia de excepción.....	21
e) Conclusión.....	21
PARTE SUSTANTIVA.....	23
ASUNTO N° 1: Si el desconocimiento de su existencia por parte de las demandantes	

es imputable a los Vendedores por ausencia o insuficiencia de información, o si es imputable a los Compradores, por negligencia en la revisión de los documentos de la sociedad.....	23
a) Aseveraciones de la demandante.....	23
b) Deber de los Compradores de impulsar el proceso de auditoría.....	24
c) Responsabilidad contractual de la empresa Zascandil & asociados para con FAMA.	26
d) Conclusión.....	27
ASUNTO N° 2: Si, en caso de determinarse, conforme el punto anterior, que los Vendedores incumplieron sus obligaciones, se han cumplido las condiciones para que esta situación sea cubierta por la garantía otorgada por los Vendedores, o dichas condiciones no se han cumplido.....	29
a) Requisitos para que opere la garantía.....	29
b) Principio “favor debitoris” en beneficio del vendedor	33
c) Abuso de derecho por parte de los Compradores.....	34
d) Conclusión.....	35
ASUNTO N° 3: Si, en caso afirmativo respecto de lo anterior, el daño producido a la sociedad pudo haberse evitado o atenuado.....	36
PETITORIO.....	38
DECLARACIÓN DE AUTENTICIDAD.....	39

LISTADO DE ABREVIATURAS

Art.	Artículo
Asoc.	Asociación
BICA	Banco Internacional de Crédito del Atlántico S.A.
CCI	Cámara de Comercio Internacional
C. Nac. Com	Cámara Nacional Comercial
CNUDMI	Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional
DISA	Dinero al Instante S.A.
Doc.	Documento
Dr.	Doctor
Exp.	Expediente
FAMA	Financieras Asociadas de Marmitania S.A. y Financiera del Consumo S.A.
Inc.	Inciso
NIC	Normas Internacionales de Contabilidad
Nº	Número
Op. Cit.	Opus Citatum (Obra citada)
Pág.	Página
Párr.	Párrafo
S.A.	Sociedad Anónima
\$M	Pesos Marmitania
Sr.	Señor
Sres.	Señores
Srta.	Señorita
ss.	Siguientes
T.	Tomo
UNCITRAL	United Nations Commission on International Trade Law
UNIDROIT	International Institute for the Unification of Private Law
Vol.	Volumen
ZAS	Consultora Zascandil & Asociados

LISTADO DE AUTORES

ALTERINI, Aníbal; AMEAL, Oscar José; LÓPEZ CABANA, Roberto

“Derecho de obligaciones civiles y comerciales”

Lexis Nexis, Buenos Aires, 2006

Pág. 224

Citado en: § 130

ALVARADO VELLOSO, Adolfo

“Introducción al Estudio del Derecho Procesal”

Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1997

T.II, pág. 98

Citado en: § 4

BAUDOIN, Vincent

“La validité des clauses exclusives de responsabilité du vendeur dans un contrat d'acquisition d'actions”

Actes Pratiques et Ingénierie Sociétaire, Juris- Classeus, n° 62, 01/03/2002

Pág. 26

Citado en: § 135

CAIVANO, Roque J.

“El arbitraje y el fuero de atracción del sucesorio”

El Derecho, Buenos Aires, 1999

T.182, Págs. 811-820

Citado en: § 17

CAIVANO, Roque J.

“Arbitraje y grupos de sociedades. Extensión de los efectos de un acuerdo arbitral a quien no ha sido signataria”

Revista Lima Arbitration N° 1, Lima, 2006

Págs. 122 y 137

Citado en: § 19 y § 28

CHILLÓN MEDINA, J. y MERINO MERCHÁN, J. F.

“Tratado de Arbitraje Privado Interno e Internacional”

Civitas, Madrid, 1991

Pág. 1126

Citado en: § 53

DELVOLVÉ, Jean-Louis y otros

“French Arbitration Law and Practice”

Kluwer Law International, La Haya, 2003

Pág. 65

Citado en: § 49

FERRARO MILA, Pablo

“Validez y extensión de las cláusulas limitativas o excluyentes de la responsabilidad del vendedor en los contratos de compraventa de acciones”

Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones, Lexis Nexis, año 39

Tomo 2006-B, pág. 700

Citado en: § 134

FOWLER NEWTON, Enrique

“Tratado de Auditoría”

Ediciones de contabilidad moderna, Buenos Aires, 1977

T.I, Págs. 441 y 28

Citado en: §111 y §120

GARRONE, Jorge Alberto

“Diccionario Manual Jurídico”

Abeledo- Perrot, Buenos Aires, 2003

Pág. 719

Citado en: § 128

LATTUCA, Antonio Juan

“Compendio de Auditoría”

2da Edición, Temas Grupo Editorial SRL, Buenos Aires, 2004

Pág. 135

Citado en: § 84 y § 88

PALACIO, Lino

“Derecho Procesal Civil”

Lexis Nexis, Buenos Aires, N° 2506/002245

T. III

Citado en: § 4

RAMOS MEJÍA, Enrique A.

“La conducta debida antes y durante el contrato”

El Derecho, Buenos Aires

T. 187, págs. 620 y 622

Citado en: § 136 y § 137

RIVERA, Julio César

“Arbitraje Comercial. Internacional y doméstico”

Lexis Nexis, Buenos Aires, 2007

Págs. 136 y 149

Citado en: §36 y §61

ROBIOLO, Jorge A.

“Derecho Arbitral”

La Ley, Buenos Aires, 2007

Pág. 56

Citado en: § 12

SUAREZ ANZORENA, Carlos

“Algunas notas sobre los grupos de sociedades y los alcances del acuerdo arbitral, según la práctica internacional”

Revista Internacional de Arbitraje N°2, Enero-Junio 2005

Pág. 65

Citado en: § 29

VERÓN, Alberto Víctor

"Tratado de los conflictos societarios"

La Ley, Buenos Aires, 2006

Pág. 834

Citado en: § 99

VON SEGESSER, Georg

No extension of arbitration agreement to non-signatory parent company based on letter of guarantee

<http://kluwarbitrationblog.com/blog/2009/05/14/no-extension-of-arbitration-agreement-to-non-signatory-parent-company-based-on-letter-of-guarantee/>

Página consultada el 26/07/2009

Citado en: § 20

VON SEGESSER, Georg

Arbitration Clauses: Interpretation and Extension to Non-Signatories

<http://kluwarbitrationblog.com/blog/2009/04/27/arbitration-clauses-interpretation-and-extension-to-non-signatories/>

Página consultada el 26/07/2009

Citado en: § 21

WALD, Arnoldo

"A arbitragem, os grupos societários e os conjuntos de contratos conexos"

Revista de Arbitragem e Mediação, Brasil, 2004

Vol. 1, Págs. 31 a 59.

Citado en: § 25

Otra publicación:

"Garanzi per vizi occulti nel trasferimento di azioni: una recente sentenza"

Rivista delle Società, año 42^a, Italia, 1997

Pág. 229

Citado en: § 133

LISTADO DE CASOS

Amorín SRL. c/Amorín

C. Nac. Com., Sala C, 1989 (Argentina)

Citado en: § 69

Arlisa S.A. c/ Petrolera Santa Fe S.A. s/ ordinario

C. Nac. Com., Sala B, 2004 (Argentina)

Sumario en: <http://www.csjn.gov.ar/mdex.html>

Citado en: § 57

AT&T Technologies, Inc. V. Communications Workers of America

475 U.S., 1986

Citado en: § 20

CCI N° 6519

Collection of ICC Awards, 1991-1995, Kluwer.

Págs. 420 y ss.

Citado en: § 26

Klein, Santiago E v. Melton S.A

C. Nac. Com., Sala B, 2004 (Argentina)

Citado en: § 69

Lake County Trust Co. v. Wine

704 N.E. 2d 1035, 1039, Ind. App 1998.

Citado en New York Law Journl. Vol. 231, pág. 29

Citado en: § 50

Mallo, Santiago c/ Montero y Cía.

C. Nac. Com., Sala D, 1977 (Argentina)

Citado en: § 57

N.L.S.A. v. Bull Argentina S.A.

C. Nac. Com., Sala E, 1990 (Argentina)

Citado en: § 69

Nora Pharma Corporation SA c/ 3M Argentina SA

C. Nac. Com., Sala E, 28/04/2000 (Argentina)

Citado en: § 69

Sánchez María c/Madera Boker

C. Nac. Com., Sala B, 1986

Citado en: § 69

Sarhank Group v. Oracle Corporartion (Docket N° 02-9383)

US Court Appeals for the Second Circuit, 2005

Citado en: § 30

Thomson-CSF v. AAA

64 F.3d 773, 776, US Court of Appeals for the Second Circuit (1995)

Citado en: § 21

Trevi-Finanziaria Industriale Spa (EXP. N° 2004-1330)

Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela. 2004

<http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/Diciembre/06530-141205-2004-1330.htm>

Citado en: § 58

United Steelworkers v. Warrior & Gulf Navigation Co.

363 U.S., 1960

Citado en: § 20

Zumpf, Gustavo v. Tucumán 300 S.R.L.

C. Nac. Com., Sala C, 1992 (Argentina)

Citado en: § 69

Affaire N° 84-11217

Cass. Com., 23/4/1985 (Francia)

Citado en: § 135

- DEMANDANTE** Financieras Asociadas de Marmitania S.A. y Financiera del Consumo S.A., ambas sociedades anónimas constituidas en Marmitania, cuya actividad principal es la prestación de servicios financieros. En adelante, estas partes se identificarán, colectivamente y en forma indistinta, como “FAMA”.
- DEMANDADA** Banco Internacional de Crédito del Atlántico S.A. (BICA), sociedad anónima constituida en Costa Dorada, cuya actividad principal es la actividad bancaria.
- PRETENSIÓN** Se declare incompetente el Tribunal Arbitral para entender en el presente caso, por ser inoponible la cláusula arbitral a BICA y, subsidiariamente, se rechace la demanda, eximiendo de responsabilidad a la demandada.

HECHOS. PLATAFORMA FÁCTICA DEL CASO

Antecedentes previos a la celebración del contrato

Dinero al Instante S.A., es una Sociedad Anónima que se constituye en el año 2000, en el Estado de Marmitania. Sus únicos accionistas son el Sr. Juan Alberto Garboso (99,9% de las acciones) y la Srta. María Raquel Lince (0,01% de las acciones).

La actividad principal de esta empresa consiste en el otorgamiento de pequeños créditos a consumidores.

Gracias a una red de convenios con las principales casas de venta de electrodomésticos y con el Estado de Marmitania, DISA se convierte en un negocio prácticamente monopólico.

En 2005, dichos accionistas anuncian públicamente su intención de vender en bloque el paquete accionario de su empresa.

Al efecto de interesar a los Compradores, se monta un data-room, en el cual durante dos semanas se publicitan las virtudes de DISA, y se realiza un folleto donde se resaltan los principales datos que pudieran interesar a los posibles Compradores. También ponen a disposición de los interesados una carpeta que contenía información detallada de la empresa

y un Modelo de Convenio con carácter provisional [**Doc. N° 1**] que incluía las condiciones generales pretendidas por los Vendedores.

Adicionalmente, los Vendedores disponen que sus funcionarios y asesores estuvieran presentes todo el tiempo en las oficinas para ofrecer aquellos elementos requeridos por los potenciales Compradores.

FAMA, deseando quedarse con el negocio de DISA, obtiene la carpeta con los antecedentes de DISA. Luego, un equipo de asesores financieros, contables y legales de FAMA se reúnen con los funcionarios de DISA, a fin de requerirles elementos para analizar la oferta.

19/08/2005

La oferta que resulta más interesante económicamente para los Vendedores, es la realizada por FAMA, motivo por el cual proclaman su intención de comenzar las tratativas, a los fines de celebrar el contrato de compraventa de acciones.

En el **Modelo de Convenio**, redactado por los accionistas de DISA, figura una cláusula compromisoria la cual establece: “todas las desavenencias que deriven de este Contrato se resolverán por arbitraje, de acuerdo con el Reglamento de la Cámara de Comercio Internacional (CCI), y en caso de resistencia, por los tribunales judiciales de Peonia”.

Los Vendedores garantizan que los Estados Financieros de la Sociedad fueron preparados según las normas legales, reflejando fielmente la situación de la Sociedad y declaran que no existen contingencias que no surjan de sus registros. De esta forma, asumen garantía y responsabilidad por pasivos, demás contingencias y toda inexactitud en sus declaraciones que se haya originado antes de la Fecha de Cierre, no aparezca registrado en modo alguno, se traduzca en un daño cierto y efectivo que afecte el flujo de caja de la Sociedad y se comunique fehacientemente dentro de los dieciocho meses a partir de la Fecha de Cierre.

Los Compradores han podido revisar las operaciones y activos de la Sociedad, entrevistar a todos los directores, ejecutivos y gerentes y discutir con ellos lo que consideraran necesario a fin de evaluar el Contrato. Sin perjuicio de ello, los Compradores asumen el deber de efectuar una auditoría tendiente a verificar la veracidad de la información suministrada por los Vendedores y la ausencia de contingencias que

afecten el patrimonio de la Sociedad, obligándose los Vendedores a exhibir todos los documentos solicitados por los auditores.

24/08/2005

FAMA (como Comprador) y Garboso y Lince (como Vendedores), firman la Carta de Intención [**Doc. N° 2**] para la compra de la totalidad de las acciones de DISA, contrato que, en definitiva, queda supeditado a los resultados que arroje el “due diligence” sobre la sociedad. En el mismo se estipula que a partir de la celebración del contrato y antes de la Fecha de Cierre, los Compradores efectuarán una auditoría sobre la Sociedad tendiente a verificar: 1- la veracidad de la información financiera relevante; 2- que no se haya omitido ninguna información que pudiera afectar el valor de las acciones de la Sociedad; 3- y que no existieran contingencias, registradas o no, ni ajustes que afecten o pudieran afectar el patrimonio de la Sociedad.

Esta Carta también contempla una declaración de los Vendedores de obligarse a exhibir todos los documentos que los auditores les solicitaren. La cláusula 12.5 merece atención pues dispone que “los Vendedores presenten una fianza solidaria de una institución bancaria de primera línea, garantizando el cumplimiento de las obligaciones a su cargo”.

23/12/2005

FAMA confía la realización del “due diligence” a la consultora Zascandil & Asociados (en adelante, “ZAS”), una firma internacional especializada en auditorías contables y legales, para que busque meticulosamente cualquier circunstancia susceptible de hacer variar el precio de compra.

ZAS registra en el informe final presentado a FAMA una serie de inexactitudes y acompaña un listado de juicios contra DISA. En función de ese informe, FAMA concreta su oferta definitiva.

Fianza

30/12/2005

El Directorio de BICA, mediante una carta-fianza, acepta constituirse en fiador solidario de las obligaciones a cargo del Sr. Garboso y de la Srta. Lince en el contrato de compraventa del paquete accionario de DISA [**Doc. N° 3**].

Contrato de Compraventa de Acciones

31/12/2005

El contrato se firma en la madrugada, una vez que llegan los avales y garantías exigidos por FAMA como condición de la operación, y se

confirma la transferencia bancaria de FAMA a las cuentas de Garboso y Lince por el precio convenido (un importe inferior en un 2,5%, respecto de la oferta inicial).

El contrato queda perfeccionado entre:

- a) Garboso y Lince, como Vendedores del 99,9% y 0,1%, respectivamente, de las acciones.
- b) Financieras Asociadas de Marmitania S.A. y Financiera del Consumo S.A., como Compradores del 99,9% y 0,1% de las acciones, respectivamente. [**Doc. N° 4**].

Hechos Posteriores al Contrato e intercambio epistolar entre las partes:

El mismo día, los Vendedores fallecen en un accidente aéreo. Al no dejar descendencia, sus activos pasan al Estado de Marmitania, el que, de acuerdo a su legislación, no responde por las obligaciones contraídas por los causantes, ni siquiera con los bienes adquiridos por la vía sucesoria, con excepción de aquellas obligaciones directamente originadas en dichos bienes. [**Doc. N° 8**]

10/08/2007

En las oficinas de DISA se recibe un fax del Dr. Expedito Ramírez, quien dice actuar como abogado de dicha empresa en Coronel Garmendia (Marmitania), y comunica la sentencia (que le había sido notificada el día anterior), dictada por el Juzgado de Primera Instancia en lo Comercial de Coronel Garmendia, en el juicio seguido por Carlos Manuel Mayoral contra DISA por ruptura incausada e intempestiva del contrato de agencia que los unía. La sentencia condena a DISA a pagar una indemnización de \$M (pesos de Marmitania) 180.000, más intereses y costas legales. El Dr. Ramírez solicita a DISA instrucciones para apelar o consentir la sentencia [**Doc. N° 5**].

Luego de efectuar una serie de averiguaciones, los administradores de DISA corroboran que el juicio había sido iniciado en abril de 2003 y que no había sido denunciado por los Vendedores durante las negociaciones, ni tampoco surgía del informe presentado por la Consultora ZAS.

21/08/2007

Se revocan los poderes otorgados por la parte vendedora al Dr. Ramírez nombrándose como nuevos abogados al Estudio Pérez, Oso y Asoc.

- 23/08/2007 DISA interpone recurso de apelación contra la sentencia dictada en el juicio seguido por el Sr. Mayoral.
- 31/08/2007 FAMA notifica formalmente de esta situación a BICA, en virtud de su condición de fiador solidario de las obligaciones asumidas por los Sres. Garboso y Lince en dicho contrato. Conjuntamente, se acompaña copia de dicho fallo [**Doc. N° 6**].
- 05/09/2007 BICA, por nota, rechaza en todos sus términos la comunicación de FAMA. Niega que la situación descrita estuviese o pudiese estar amparada por la garantía del contrato, y remarca que la notificación peca de prematura al no hallarse aún firme la sentencia judicial, no existiendo, por ende, “afectación actual y real al flujo de caja”. Agrega, además, que la presente situación debe ser comunicada a los Vendedores [**Doc. N° 7**].
- 10/09/2007 FAMA responde por nota. Pone de manifiesto que si bien no existe afectación inmediata al flujo de caja, esta afectación se produciría inexorablemente en la medida que la sentencia judicial pasase en autoridad de cosa juzgada y DISA se viera obligada a afrontar el monto de la condena. A su vez, le comunica el fallecimiento de los Vendedores.
- 18/09/2007 BICA responde la última comunicación de FAMA, rechazándola en todos sus términos e insistiendo en que la situación descrita no calificaba como contingencia cubierta por la garantía del contrato, y que FAMA no había cumplido con notificar debidamente la contingencia. Considera improcedente proseguir con el intercambio epistolar, posición sostenida en todas las comunicaciones ulteriores [**Doc. N° 9**].
- 06/05/2008 Se notifica a DISA la sentencia dictada por la Sala Comercial de la Corte de Apelaciones de Coronel Garmendia, en el juicio seguido por Mayoral. La sentencia del juez de primera instancia que ha sido confirmada.
- 08/05/2008 FAMA comunica a BICA la decisión emanada de la última instancia judicial. Seguidamente estima, provisoriamente y a las resultas de la liquidación a practicarse en el expediente judicial, que el monto de condena representará una erogación de \$M 265.000 [**Doc. N° 10**].
- 14/05/2008 BICA rechaza la comunicación, por extemporánea, haciéndole saber que el plazo previsto en el contrato para que la garantía fuese exigible ha fenecido el 31 de diciembre de 2007 [**Doc. N° 11**].

- 20/05/2008 FAMA intima a BICA a que abone la suma de \$M 266.349,20, que resulta de la liquidación aprobada por el juzgado, bajo apercibimiento de incoar el procedimiento arbitral prevista en el contrato. Acompaña, por nota, la copia legalizada del recibo mediante el cual, el Sr. Mayoral, da cuenta del pago efectuado por DISA [**Doc. N° 12**].
- 26/05/2008 Por nota, BICA rechaza la intimación. Asevera que FAMA no tiene derecho a demandarlo en sede arbitral, por no haberse sometido a tribunal arbitral alguno, pues la carta mediante la cual se ha extendido la fianza, único documento que lo obliga, no contiene pacto arbitral alguno. Asegura, además, que es política del Banco no someterse a jurisdicción que no sea la de los Tribunales Judiciales de Costa Dorada [**Doc. N° 13**].
Demanda de Arbitraje interpuesta por FAMA
- 08/09/2008 FAMA deduce demanda de arbitraje ante la Secretaría de la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI. [**Doc. N° 14**].
- 18/09/2008 BICA es notificada de la demanda.
- 28/10/2008 BICA contesta la demanda, rechazando las pretensiones de FAMA. Objeta la jurisdicción arbitral aduciendo no estar sometida a la misma por no haber firmado jamás acuerdo alguno en el cual se hubiese pactado esa jurisdicción y no haberla consentido en modo alguno. Además, alega que la cláusula resultaba inválida, por autocontradictoria, al contener un pacto de sometimiento a los tribunales de Marmitania.
En cuanto al fondo, subsidiariamente de las objeciones jurisdiccionales, se opone a las pretensiones de FAMA ya que en el momento en que venció el plazo previsto en el contrato, la sentencia judicial que FAMA invocara no era una contingencia cubierta por la garantía porque , al no estar firme, no era susceptible de producir una afectación al flujo de caja, condición sine qua non para que pudiese afirmarse la existencia de una contingencia y una vez que ella se produjo, el plazo del contrato ya había fenecido. También considera que esa situación fue debidamente registrada en los libros de DISA.
BICA manifiesta que en su condición de fiador, y al no haber sido parte del contrato de compraventa ni haber participado de las negociaciones, carece de los antecedentes del caso, lo que hace imposible su defensa,

pidiendo se le permita el acceso a la totalidad de la documentación inherente al caso. [**Doc. N° 16**].

Decisión de la Corte y Actos procesales subsiguientes:

05/11/2008

La Corte Internacional de Arbitraje de la CCI, decide, entre otras medidas, proseguir el arbitraje de conformidad con lo previsto en el artículo 6 (2) del Reglamento de Arbitraje de la CCI. [**Doc. N° 17**].

06/01/2009

Las partes y los árbitros firman el **Acta de Misión**, donde se asienta que las normas aplicables al fondo del asunto serán los Principios UNIDROIT 2004, el procedimiento se sustanciará conforme al Reglamento de la CCI y el idioma será el español. Además, se otorga viabilidad al proceso de búsqueda petitionado por BICA, acordando que se permitiría a los expertos que BICA designase a tal fin, el acceso total e irrestricto a los archivos de DISA. [**Doc. N° 18**].

Los puntos a ser decididos por el Tribunal, según las partes serán:

1. En relación con la jurisdicción del Tribunal Arbitral:

1.1. Si la cláusula arbitral contenida en el Contrato de Compraventa de Acciones es o no oponible a, y vinculante para, la demandada.

1.2. Si, en caso afirmativo respecto de lo anterior, la aludida cláusula es válida y ejecutable, o no lo es.

2. En relación con el juicio seguido por el Señor Mayoral contra DISA ante los Tribunales de Coronel Garmendia:

2.1. Si el desconocimiento de su existencia por parte de las demandantes es imputable a los Vendedores por ausencia o insuficiencia de información, o si es imputable a los Compradores, por negligencia en la revisión de los documentos de la Sociedad.

2.2. Si, en caso de determinarse, conforme el punto anterior, que los Vendedores incumplieron sus obligaciones, se han cumplido las condiciones para que esta situación sea cubierta por la garantía otorgada por los Vendedores, o dichas condiciones no se han cumplido.

2.3. Si, en caso afirmativo respecto de lo anterior, el daño producido a la Sociedad pudo haberse evitado o atenuado

04/05/2009

BICA notifica a los Sres. Árbitros sobre los elementos probatorios que pudo recabar en el proceso de búsqueda:

1. Un Acta de Directorio de DISA, de fecha 2 de mayo de 2003, en la cual se resuelve extender a favor del Dr. Expedito Ramírez y de su Estudio Jurídico, un Poder Especial para representar a DISA en el juicio seguido por Carlos Manuel Mayoral
2. Dos facturas emitidas por Expedito Ramírez, y pagadas por DISA, en concepto de “anticipo de honorarios convenidos por la atención del juicio seguido por Mayoral ante los tribunales de Coronel Garmendia”, de fecha 21 de mayo de 2003 la primera, y en concepto de “refuerzo de honorarios convenidos por la atención del juicio seguido por Mayoral ante los Tribunales de Coronel Garmendia”, de fecha 23 de mayo de 2003, la segunda.
3. Una nota del Dr. Pérez Oso, a quien DISA le encomendó la apelación de la sentencia de primera instancia, en la cual hace notar que el escaso tiempo de que dispuso para preparar el recurso (por demoras sólo imputables a DISA) había perjudicado las posibilidades de éxito del mismo **[Doc. N° 20]**.
4. Un dictamen, de fecha 17 de diciembre de 2003, firmado por el Dr. Gervasio Burgos, profesor emérito de Contratos Comerciales en la Universidad de Marmitania, en el cual señala textualmente: “la demanda promovida por el Sr. Mayoral carece de adecuado sustento legal y estimo que sus posibilidades de éxito son escasas”.

Estos documentos demuestran no sólo que FAMA conoció (o debió conocer) la existencia el juicio, sino también que el daño producido por la sentencia pudo haberse evitado o atenuado si las demandantes (controlantes de DISA) hubiesen actuado diligentemente. **[Doc. N° 19]**.

07/05/2009

FAMA reconoce la autenticidad de esa documentación, pero niega que de ella puedan inferirse las conclusiones que pretende BICA **[Doc. N° 21]**.

12/05/2009

El Tribunal fija, y comunica a las partes, el Calendario de las actuaciones.

PARTE PROCESAL

ASUNTO N° 1: SI LA CLÁUSULA ARBITRAL CONTENIDA EN EL CONTRATO DE COMPRAVENTA DE ACCIONES ES O NO OPONIBLE A, Y VINCULANTE PARA, LA DEMANDADA.

1 El proceso arbitral que la demandante ha promovido es visiblemente improcedente porque BICA no se sometió ni consintió jamás jurisdicción arbitral alguna. Adviértase que nuestra parte no es signataria del Contrato de Compraventa de Acciones (del que sólo fueron parte Vendedores y Compradores) y que el único documento que lo obliga es la carta-garantía del 30 de diciembre de 2005, la cual no contiene pacto arbitral alguno. Además, fue otorgada cuando el Contrato de Compraventa de Acciones aún no se había celebrado y sólo se conocía la Carta de Intención que no presentaba referencia alguna a la vía arbitral. Lo expresado adquiere mayor sentido si recordamos que la única forma en que una parte puede ser llevada a arbitraje es que lo haya consentido y pactado de manera inequívoca.

2 La mencionada pretensión de la parte actora se erige sobre los siguientes fundamentos:

- a. Sucesión procesal y vinculación efectiva.
- b. Participación expresa pero indirecta.
- c. Oponibilidad objetiva.
- d. Oponibilidad subjetiva.
- e. Plenitud efectiva de la competencia del tribunal arbitral.

a) Inexistencia de una “sucesión procesal”

3 En la Memoranda de la demandante, la misma expresa que “... por el solo hecho de constituirse [BICA] irrevocablemente en fiador solidario ante la eventualidad de la ausencia de los Vendedores, se produce una sucesión procesal...”.

4 Negamos que, en el presente caso, esto suceda pues es conteste la doctrina en sostener que existe sucesión procesal cuando “durante la sustanciación del proceso, se verifique un cambio en la persona del sujeto activo o pasivo de la pretensión” (PALACIO, Lino; “Derecho Procesal Civil”, T. III, Lexis Nexis, N° 2506/002245). En otras palabras, se configura siempre que “el sujeto que ocupa **efectivamente** una de las

posiciones procesales originarias es reemplazado por otro u otros...” (ALVARADO VELLOSO, Adolfo; “Introducción al Estudio del Derecho Procesal”, T.II, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1997, pág. 98); verbigracia, los casos de absorción o fusión de sociedades, o transformación de sociedad.

5 Cabe subrayar que BICA no vino a reemplazar a DISA en un proceso en trámite, sino que, por el contrario, nuestra parte ha sido demandada en forma directa.

6 De tal manera, juzgamos inidóneo el fundamento de FAMA, ya que no se ajusta a la realidad de los hechos acaecidos.

b) BICA no tuvo conocimiento de la cláusula arbitral pactada

7 Respecto a la imputación que realiza la demandante afirmando que “... la demandada tuvo o debió tener un conocimiento previo, considerando todos y cada uno de los términos del contrato, incluyendo la cláusula arbitral allí estipulada.”, creemos oportuno recordarle a FAMA que nuestra parte no tuvo conocimiento fehaciente de los mismos, sino después del 31 de diciembre de 2005 [**Doc. N° 4**], es decir, luego de haber otorgado la carta fianza [**Doc. N° 3**], siendo evidente, entonces, que BICA ignoró los términos del contrato al momento de constituirse en fiador.

8 El Banco Internacional de Crédito del Atlántico S.A. haciendo honor de su buena fe, y cumpliendo con la diligencia propia de un buen hombre de negocios, verificó la Carta de Intención (único documento bilateral válido entre las partes contratantes al momento de otorgarse la fianza), en la cual no figuraba cláusula arbitral alguna.

9 Por otra parte, teniendo en cuenta que es política de esta parte respetar la jurisdicción estatal, es lógico pensar que de haber conocido dicha cláusula arbitral, no hubiese afianzado tales obligaciones.

10 Para que se pueda endilgar a la demandada la aceptación de una jurisdicción a la que no acostumbraba a acudir, la cláusula arbitral incorporada por referencia debe haber sido conocida efectivamente por el destinatario y debe haber hecho, en forma específica, referencia a un documento anexo, indicando que el mismo contiene un pacto arbitral. Tales extremos no se presentan en el caso en cuestión.

11 Nuestra parte no desconoce que el Modelo de Convenio redactado unilateralmente por el Sr. Garboso con una considerable anticipación a la Fecha de Cierre de la operación, [**Doc. N° 1**] contiene una cláusula arbitral, pero atento a que no se trata de un

contrato propiamente dicho, y en virtud de una interpretación “*a contrario sensu*” del artículo 1.3 de los Principios UNIDROIT, no resulta vinculante.

12 Por último, deseamos poner de manifiesto que la demandante ha transgredido el principio de la buena fe que impera en el campo arbitral (ROBIOLO, Jorge; “Derecho Arbitral”, La Ley, Buenos Aires, 2007, pág. 56) invocando argumentos que no se condicen con lo ocurrido en el terreno empírico. Así, en su demanda afirma que “... en toda parte de las negociaciones y ofertas hechas por los Vendedores se estipuló la existencia de una cláusula arbitral.”, cuando en la realidad ello es falso pues basta observar la Carta de Intención [**Doc. N° 2**] para advertir que dicha cláusula no figuraba.

c) BICA no ha participado en la negociación

13 En virtud de la confusión que evidencia la parte demandante respecto a los hechos que dan sustento fáctico a su petición, entendemos que resulta oportuno realizar una aclaración preliminar.

14 BICA S.A. no participó en el proceso de negociación en forma “expresa” ni en forma “indirecta”, cuanto menos de manera “directa”. Nuestra parte simplemente se ha constituido en fiador solidario de las obligaciones del Sr. Garboso y de la Srta. Lince [**Doc. N° 3**], sin inmiscuirse, en ningún momento, en la negociación del contrato; por ende, no debe reputarse como parte interviniente en el negocio causal.

15 Hemos de advertir las contradicciones en que incurre la demandante ya que luego de imputarle a la demandada una “participación expresa pero indirecta”, arguye que BICA “no debe ser considerada un tercero en términos formales, sino que parte directamente involucrada”. Ante el desconcierto que presenta la actora se nos hace difícil elucubrar a qué se refiere con participación “indirecta”.

16 En otro pasaje de la demanda, la demandante manifiesta que “... el mecanismo de resolución alternativa del conflicto constituye elemento esencial del contrato, puesto que de otra forma FAMA no hubiese llevado a cabo tal operación...”. No encontramos conducente esta afirmación pues en ningún momento surge del presente caso que dicha condición haya sido determinante.

d) Naturaleza convencional del acuerdo arbitral

17 Se ha dicho que el acuerdo arbitral se asimila, en su génesis y en su sustancia, a un contrato, en razón que consiste en un acuerdo sobre una declaración de voluntad

común destinada a reglar derechos de las partes. De allí que las normas que determinan los efectos de los contratos son de aplicación al acuerdo arbitral en cuanto no sean incompatibles con la naturaleza de las obligaciones que éste engendra (CAIVANO, Roque J.; "El arbitraje y el fuero de atracción del sucesorio"; El Derecho, T.182, Buenos Aires, 1999, Págs. 811-820).

18 De esta manera, en el caso, la cláusula compromisoria sólo obliga a las partes de la compraventa de acciones (Compradores y Vendedores), no pudiendo afectar la relación jurídica particular establecida entre los Vendedores y su fiador puesto que éste no fue parte en el acuerdo arbitral [**Doc. N° 4**].

19 El efecto relativo de los contratos enseña que estos sólo obligan y producen consecuencias entre las partes. En el caso particular del acuerdo arbitral, ese principio tiene como propósito evitar que alguien, sin haber expresado su consentimiento, sea forzado a dirimir determinadas controversias por arbitraje, siendo paralelamente obligado a resignar la competencia de los tribunales judiciales (CAIVANO, Roque J.; "Arbitraje y grupos de sociedades. Extensión de los efectos de un acuerdo arbitral a quien no ha sido signataria", Revista Lima Arbitration N° 1, Lima, 2006, pág. 122).

20 De acuerdo a la jurisprudencia estadounidense, "el arbitraje es una cuestión contractual y una parte no puede ser obligada a someterse a un arbitraje con relación a una disputa que no ha acordado someter a tal jurisdicción" (United Steelworkers v. Warrior & Gulf Navigation Co., 363 U.S. [1960] y AT&T Technologies, Inc. V. Communications Workers of America, 475 U.S. [1986]: Revista Internacional de Arbitraje; Enero-Junio 2005). Un concepto similar contiene la Ley de Arbitraje suiza al estipular como regla general, que el acuerdo de arbitraje sólo obliga a aquellas partes que originariamente lo hayan acordado (VON SEGESSER, Georg, "No extension of arbitration agreement to non-signatory parent company based on letter of guarantee", en <http://kluwarbitrationblog.com/blog/2009/05/14/no-extension-of-arbitration-agreement-to-non-signatory-parent-company-based-on-letter-of-guarantee/>, Página consultada el 26/07/2009).

21 Si bien en el arbitraje internacional es admitido que, en ciertos casos, pueda hacerse parte a una persona (física o jurídica) distinta de aquellas que firmaron el contrato que contiene la cláusula arbitral, debe tenerse en cuenta que esta solución no es unánime y que, en los casos que se admite, es excepcional y requiere que se verifique la existencia de ciertos supuestos (de acuerdo al leading case "Thomson-CSF v. AAA"

estos son: Incorporación por referencia, Asentimiento tácito, Agencia, Penetración del velo societario o Estoppel), cuya prueba está a cargo de quien, siendo parte en el acuerdo arbitral, pretende llevar a un no-signatario al juicio arbitral. En la demanda presentada por FAMA, la actora no ha acreditado situaciones de hecho suficientes que hagan verosímil su pretensión.

22 En otro apartado de su escrito, la actora subraya que los efectos de la cláusula arbitral “sólo se extienden a las partes que lo firmaron o asumieron de una forma u otra”. Juzgamos que la falta de precisión en la expresión “de una forma u otra”, no vincula a nuestra parte. Basta observar que BICA no ha firmado el contrato ni ha tenido injerencia alguna en la negociación. En la misma, los principales interesados han sido siempre los Compradores y los Vendedores.

e) El acuerdo arbitral no vincula a terceros no-signatarios

23 La demandante incurre en una palmaria contradicción con los hechos ocurridos, puesto que en su Memoranda dice que la “demandada no es un tercero”, lo cual es totalmente erróneo, desde que la demandada nunca suscribió el acuerdo arbitral. A renglón seguido, asevera que BICA es signataria de la misma y “una parte integrante de la relación jurídica”, contradiciendo, de este modo, el principio de la buena fe al no reflejar fielmente lo manifestado en hechos del caso [**Doc. N° 4**]

24 Asimismo, la demandante invoca una norma peruana (Art. 14 del Decreto Legislativo N° 1071). A nuestro entender, la actuación de BICA no es factible de ser encuadrada objetivamente en dicha norma, por lo siguiente:

a. BICA no ha consentido en someterse al Tribunal Arbitral, por el contrario, ha objetado su sometimiento [**Doc. N° 13**].

b. BICA no tuvo participación activa en la negociación, celebración, ejecución o terminación del contrato que comprende el convenio arbitral.

25 La doctrina eleva como requisito para que la cláusula arbitral se extienda a terceros no-signatarios, que los mismos “hayan desempeñado un papel activo en las negociaciones de las cuales surgió el contrato en el que se incluyó la cláusula arbitral” (WALD, Arnoldo; “A arbitragem, os grupos societários e os conjuntos de contratos conexos”, Vol. 1, Revista de Arbitragem e Mediação, 2004, Brasil, Págs. 31 a 59), extremo que notoriamente no se cumple en el caso analizado. Más aún, la jurisprudencia de la Corte de la CCI, admite la extensión de la cláusula arbitral sólo bajo la condición

que la tercera parte haya firmado la misma (VON SEGESSER, Georg; “Arbitration Clauses: Interpretation and Extension to Non-Signatories”. <http://kluwerarbitrationblog.com/blog/2009/04/27/arbitration-clauses-interpretation-and-extension-to-non-signatories/>, Página consultada el 26/7/09).

26 Sin perjuicio de no tratarse este caso de extensión de la cláusula compromisoria en el supuesto de grupos societarios, creemos aplicable, analógicamente, lo sentado por el laudo CCI N° 6519, en el cual sólo se admitió la demanda contra la única sociedad que había sido parte en el acuerdo arbitral. La exclusión de las restantes se fundó en que no habían tenido participación efectiva en el negocio (Collection of ICC Awards, 1991-1995, Kluwer, pág. 420 y ss.).

27 La demandante aduce que “... la cláusula arbitral produce efectos no sólo respecto de los signatarios de la misma, sino de todo aquel que esté o haya estado involucrado en el negocio jurídico producto del cual se generaron las desavenencias.”; sin embargo, no fundamenta en su escrito esta afirmación.

28 Tanto la jurisprudencia alemana como la inglesa, se muestran contrarias a admitir la expansión de los efectos de la cláusula arbitral respecto de terceros (CAIVANO, Roque J.; “Arbitraje y grupos de sociedades. Extensión de los efectos de un acuerdo arbitral a quien no ha sido signataria”, Revista Lima Arbitration N° 1, Lima, 2006, pág. 137).

29 Por otro lado, la doctrina sostiene que el consentimiento a la jurisdicción arbitral constituye el dato decisivo para que la misma proceda (SUAREZ ANZORENA, Carlos; “Algunas notas sobre los grupos de sociedades y los alcances del acuerdo arbitral, según la práctica internacional”, Revista Internacional de Arbitraje N°2, Enero-Junio 2005, pág. 65).

30 En consonancia con dicha tesis, la jurisprudencia norteamericana sostuvo que un acuerdo de arbitraje es “**siempre**” voluntario y, por consiguiente, resolvió que los árbitros carecen de facultades para extender el alcance de su jurisdicción a quienes no han sido partes del acuerdo arbitral (US Court Appeals for the Second Circuit, in re Sarhank Group v. Oracle Corporation, Docket N° 02-9383, 2005).

31 Concluimos diciendo que ésta es la postura correcta y, por lo tanto, aplicable al presente caso pues, de lo contrario, el Tribunal adoptaría una medida arbitraria, extendiendo los efectos de un contrato a terceros no vinculados con el mismo.

f) Rechazo a la oponibilidad objetiva y subjetiva, deducida por la demandante

32 Conviene poner de resalto que los términos oponibilidad objetiva y subjetiva invocados por la demandante no cuentan con sustento. Encontramos prueba de ello en la ausencia de cita doctrinaria y/o jurisprudencial sobre el particular, al desarrollar el tema en su demanda.

33 Estimamos desafortunada la redacción cuando dice que en primer término responde [BICA] en forma subsidiaria, para luego discurrir sobre la obligación solidaria en que está inserta, generando mayor confusión en el juzgador.

34 En atención a lo expuesto, y a la pretendida oponibilidad de la cláusula arbitral, rechazamos tal aseveración por los motivos que se expondrán a continuación.

35 Los contratos son inoponibles a terceros, en el sentido de que ellos no pueden crear obligaciones o derechos a, o a favor de, terceros.

36 Ésta es una regla universalmente aceptada (RIVERA, Julio César; “Arbitraje Comercial. Internacional y doméstico”, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2007, pág. 136).

37 Llevada esta regla al acuerdo arbitral, se desprende que sólo las partes del mismo están obligadas por la cláusula compromisoria, por lo que los terceros que no han prestado su consentimiento al convenio arbitral no están obligados por él y, por lo tanto, no están constreñidos a participar de un arbitraje ni excluidos de recurrir a la justicia estatal.

38 Por todo lo expuesto, cabe concluir, que BICA no está obligada a someterse a la jurisdicción arbitral.

g) Conclusión

39 Los elementos de hecho y de derecho, permiten afirmar que la cláusula arbitral contenida en el contrato de compraventa de acciones no resulta oponible ni vinculante a BICA, en virtud que:

1. No existe la “sucesión procesal” esgrimida por la demandante.
2. Nuestra parte no tuvo conocimiento de la cláusula arbitral pactada, pues el único documento bilateral válido entre las partes contratantes al momento de otorgarse la fianza era la Carta de Intención, la cual no contenía referencia arbitral alguna. Debe recordarse que el Contrato de Compraventa se celebró después de que BICA se constituyera en fiador.

3. A pesar de la confusión en que ha incurrido la demandante, la demandada no ha participado en la negociación.
4. Los efectos del contrato no le son extensivos a BICA por ser éste un tercero no signatario que jamás ha manifestado su consentimiento a someterse a la jurisdicción arbitral.
5. La oponibilidad objetiva y subjetiva invocada por la parte actora no fue suficientemente probada por ésta.
6. El acuerdo arbitral tiene una naturaleza contractual, por lo tanto, sólo produce efectos entre las partes. BICA al no haber sido parte de la cláusula arbitral no se ve afectado por sus consecuencias.

Argumentos adicionales conforme al Art. 31 de las Reglas de la Competencia

Cláusula compromisoria “por referencia”

40 Con el fin de distinguir cuándo un tribunal arbitral es competente para dirimir una controversia o no, la doctrina en general ha establecido los siguientes requisitos:

- a. Que las partes hayan habilitado al tribunal arbitral para conocer y resolver dicha controversia, en virtud de un acuerdo válido.
- b. Que el asunto sometido a su conocimiento sea de naturaleza patrimonial a disposición de las partes.

41 En los últimos años se ha discutido la eficacia de la cláusula compromisoria incorporada “por referencia”, es decir, cuando el pacto no se encuentra contenido en el contrato original sino en documentos separados a los que se hace remisión.

42 Recordando que las partes involucradas no deben verse forzadas a acudir a un tribunal de arbitraje, renunciando a su derecho de justicia estatal, si no lo han convenido previamente, se han vislumbrado dos posiciones en cuanto a la validez del instituto. La primera, formalista y restrictiva, niega la validez del acuerdo de arbitraje si éste no aparece en el texto del contrato o si no se pacta de forma explícita en documento separado. Bajo este enfoque, por ser el arbitraje una institución de excepción y un elemento accidental de los contratos, el acuerdo de las partes debe ser claro y expreso. La segunda, más liberal y consensualista, considera que al pacto arbitral debe reconocérsele eficacia así conste en documento separado al que se haga referencia,

siempre que pueda establecerse la verdadera voluntad de las partes de someter el asunto a un tribunal arbitral. Ninguna de estas teorías es aplicable, ya que en el caso en cuestión no existe ni pacto expreso ni voluntad de someterse al tribunal arbitral.

43 Esta figura ha sido recepcionada en el ámbito internacional, por ejemplo, en la Convención de Nueva York de 1958 y en la Ley Modelo sobre arbitraje de la CNUDMI (UNCITRAL), siendo su utilidad indiscutible en materia de comercio internacional.

44 Una pregunta que surge con frecuencia, es si el reenvío a otro documento puede hacerse en términos generales o si se requiere una mención expresa de la existencia de la cláusula compromisoria en los documentos anexos.

45 En este sentido, si bien entendemos la importancia del instituto, consideramos que la validez de dicha cláusula está subordinada a la obligación de mencionar su presencia en la convención principal, lo cual no se configura en el caso bajo análisis.

46 Tratándose la pretensión de la actora en el cumplimiento del contrato de fianza, éste se convierte en principal, siendo necesariamente aquí donde debería constar la aceptación de la cláusula compromisoria para que sea válida.

47 La cláusula por referencia debe aceptarse siempre en forma expresa, no pudiendo concebirse la aceptación de forma tácita por silencio o inacción del destinatario de la oferta. Requiere siempre la exteriorización o manifestación de la voluntad de los contratantes, a través de palabras o de hechos concluyentes e inequívocos indicativos de una determinada voluntad. Esto obedece a la regla general del derecho contractual (igualmente vigente en el comercio internacional -art 18.1 inc. 2º de la Convención de Viena-) que el silencio o la inacción, por sí solos, no constituyen aceptación.

48 Cabe hacer mención a algunas de las legislaciones estatales que, acogiendo el Modelo UNCITRAL, receptan la cláusula compromisoria por referencia, con algunos matices pero coincidiendo en el aspecto esencial antes explicado para considerar eficaz la cláusula, a saber: "... que exprese el nombre de las partes e indique, en forma precisa, el contrato al que se refiere..." (Colombia, Art. 4 del Decreto 2279 de 1989 compilado por el Decreto 1818 de 1998, art. 120.); "...siempre y cuando la referencia indique que esa cláusula forma parte del contrato." (México y Venezuela); "... que el contrato conste por escrito y la referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato" (Guatemala).

49 Según opinión de doctrina idónea, el modelo propuesto por UNCITRAL responde a una postura restrictiva y formalista, pero aún en legislaciones más liberales al

respecto, como la de Francia, que admite la referencia de una forma genérica, interroga para dictaminar sobre la validez “.... Que la parte que discute la eficacia de la cláusula compromisoria haya sido consciente del documento referido que la contenía, además que no haya expresado ninguna protesta a sus términos y a su inclusión en el contrato” (DELVOLVÉ, Jean-Louis y otros, “French Arbitration Law and Practice”, Kluwer Law International, La Haya, 2003, pág. 65).

50 También en el common law se reconoce la eficacia de la cláusula compromisoria cuando se incorpora a un contrato por referencia, mientras se cumpla con ciertas condiciones. En el caso *Lake County Trust Co. v. Wine* (704 N.E. 2d 1035, 1039, Ind. App 1998. Citado en *New York Law Journl.* Vol. 231, pág. 29) se decidió que un contrato puede incorporar otro documento sin firma cuando el contrato expresamente añade los términos del escrito.

51 Estas condiciones no se han cumplido en el caso en análisis para que se conduzca a la conclusión de que a nuestra representada le es vinculante la cláusula arbitral, pues no hubo conocimiento efectivo de dicha cláusula, elemento constitutivo del consentimiento.

ASUNTO N°2: SI, EN CASO AFIRMATIVO RESPECTO DE LO ANTERIOR, LA ALUDIDA CLÁUSULA ES VÁLIDA Y EJECUTABLE, O NO LO ES

52 En consonancia con nuestra anterior posición, en la cual fundadamente afirmáramos que la cláusula arbitral contenida en el contrato de compraventa de acciones no resulta oponible ni vinculante a BICA, sostenemos que dicha cláusula carece de validez e inejecutabilidad en base a las razones que se desarrollarán a continuación.

a) Cláusula patológica

53 Una cláusula arbitral patológica es aquella que por defectos en la redacción, insuficiencia de contenido, o errores en la determinación de sus elementos constitutivos, resulta ineficaz para establecer el proceso. (CHILLÓN MEDINA, J. y MERINO MERCHÁN, J. F.; “Tratado de Arbitraje Privado Interno e Internacional”, Civitas, Madrid, 1991, Pág. 1126)

54 Como hemos puesto de relieve en ocasiones anteriores [**Doc. N° 16**], entendemos que la validez intrínseca de la cláusula arbitral que nos ocupa se halla severamente afectada en razón de radicar en la misma una patología no subsanable.

55 Nuestra parte afirma que la cláusula arbitral en que FAMA funda su demanda de arbitraje es inválida por auto-contradictoria ya que prevé simultáneamente la vía arbitral y la judicial, siendo ambas incompatibles.

56 La cláusula arbitral en su redacción establece sendos mecanismos de resolución de conflictos, sin ordenación lógica, generando en consecuencia una yuxtaposición.

57 Siguiendo el precedente "Mallo, Santiago c/ Montero y Cía.", la CNCom. Buenos Aires, República Argentina, entendió que cuando se pacta en una misma cláusula la jurisdicción arbitral y la de los jueces del Estado, prevalece ésta última en virtud de la mayor extensión de sus potestades y por tener éstos imperium. Esta postura fue mantenida por la sala B de dicha Cámara in re "Arlisa S.1A. c/ Petrolera Santa Fe S.A. s/ ordinario", 30/11/2004 (sumario en <http://www.csjn.gov.ar/mdex.html>).

58 Este sentido también fue seguido por los tribunales venezolanos, los que entendieron que "al tratarse de una cláusula arbitral imprecisa e incompleta, la misma no puede ser considerada como eficaz a los fines de sustraer del Poder Judicial el conocimiento del presente asunto" (Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela; EXP.

Nº 2004-1330 - <http://www.tsj.gov.ve/decisionea/spa/Diciembre/06530-141205-2004-1330.htm>).

59 La amplitud de los términos utilizados en la redacción del acuerdo arbitral, también afectan su interpretación. La frase “toda desavenencia” incluye aún a aquellas que se generen con motivo de la ejecución del contrato. Lo mismo ocurre con el término “**resistencia**” empleado en la misma cláusula, ya que es correcto considerar que **tenga igual amplitud**. De tal forma, nuestra parte se enmarca en la postura de resistir la interpretación de las cláusulas del contrato de compraventa en la jurisdicción arbitral.

60 Cabe recordar, asimismo, el artículo 4.6 de los Principios UNIDROIT (*Interpretación contra proferentem*): “*Si los términos de un contrato dictados por una de las partes no son claros, se preferirá la interpretación que perjudique a dicha parte.*”

61 En virtud de lo expuesto, afirmamos que, debido a su imprecisión, nos enfrentamos ante una cláusula patológica (RIVERA, Julio César; Op. cit. pág. 149).

b) Resistencia de nuestra parte al sometimiento de la jurisdicción arbitral

62 En subsidio de lo anterior, y para el hipotético caso que el Tribunal no comparta lo expuesto y otorgue validez a la cláusula arbitral, ponemos de relieve que la misma prevé la vía judicial “**en caso de resistencia**”. En tal sentido, manifestamos que la oposición al arbitraje, que viene desarrollando nuestra parte desde el comienzo de la controversia [**Docs. Nº 13 y 16**] constituye resistencia suficiente a la jurisdicción arbitral, resultando operativa la segunda parte de la cláusula en cuestión, que prevé el sometimiento a la vía judicial.

63 En resumidas cuentas, la jurisdicción arbitral no debe consagrarse en el caso de autos, debido a la cláusula patológica que la impetra, teniendo asimismo presente la resistencia de nuestra parte, al avenimiento de los efectos que engendra.

c) BICA no es parte de un Grupo de Sociedades

64 Rechazamos la opinión de la demandante tendiente a extender la eficacia de la cláusula con fundamento en que BICA forma parte de un Grupo de Sociedades.

65 Asimismo, estimamos ininteligible la expresión vertida por la demandante, conforme a la cual “la voluntad de someterse a arbitraje debe extenderse para este caso

concreto en forma tácita y que sí ha sido prestada por parte de BICA en términos tales al respecto”.

66 En rigor de verdad, como se dijo anteriormente, el consentimiento para someterse a la jurisdicción arbitral debe ser siempre “expreso”.

67 Consideramos redundante el discurso de FAMA en lo concerniente a la validez extrínseca de la cláusula arbitral, toda vez que, en el caso, slo que se pone en tela de juicio es su validez intrínseca.

68 Por lo tanto, concluimos que el pacto arbitral no es susceptible de ejecución respecto de BICA. Tal afirmación obedece a la carencia de eficacia de la misma.

d) Competencia de excepción

69 La doctrina y la jurisprudencia han resuelto reiteradamente que la jurisdicción arbitral es de excepción, y que las cláusulas contractuales que someten los conflictos a esa última deben interpretarse restrictivamente, toda vez que implican una renuncia a la jurisdicción judicial (entre otros Sánchez María c/Madera Boker, Sala B, 20-5-86, Amorín SRL. c/Amorín, Sala C, 18-8-89; C. Nac. Com., sala B, in re: "Klein, Santiago E v. Melton S.A.", del 29/12/2004; en igual sentido, sala E, in re: "N.L.S.A. v. Bull Argentina S.A.", del 31/5/1990, del dictamen del fiscal de cámara 62073; id. sala C, in re: "Zumpf, Gustavo v. Tucumán 300 S.R.L.", del 4/9/1992, del dictamen 66634; CN Com, Sala E, 28/04/2000, in re Nora Pharma Corporation SA c/ 3M Argentina SA, Revista “El Derecho”, Buenos Aires, T. 194, pág. 151).

70 A nuestro juicio, la comparecencia por parte de la demandada a la jurisdicción arbitral, no implica un consentimiento a la mencionada vía para dirimir el conflicto, ni la tácita declinación a la jurisdicción judicial, máxime teniendo en cuenta que la renuncia de un derecho es de aplicación restrictiva.

71 Por ello, entendemos que esta causa debe tramitar ante el Tribunal Judicial que resulte competente en razón de la materia y el territorio.

e) Conclusión

72 La aludida cláusula no es válida ni ejecutable, en razón que:

1. La cláusula arbitral controvertida constituye una cláusula patológica no subsanable en virtud de la auto-contradicción en sus términos al prever simultáneamente la vía arbitral y la judicial.

2. La cláusula en cuestión prevé el sometimiento a la vía judicial “en caso de resistencia”. Teniendo en cuenta que nuestra parte desde el inicio de las actuaciones se ha opuesto al sometimiento a la jurisdicción arbitral, debe entenderse que ha operado el supuesto de “resistencia”.
3. BICA no es parte de un Grupo de Sociedades, como erróneamente la demandante ha alegado.
4. La jurisdicción arbitral es de excepción, por ello las cláusulas contractuales que someten los conflictos a esta última deben interpretarse restrictivamente, toda vez que implican una renuncia a la jurisdicción judicial.

Por todo lo expuesto, corresponde que el tribunal arbitral se declare incompetente para entender en el presente caso.

PARTE SUSTANTIVA

73 Subsidiariamente de las objeciones jurisdiccionales, la demandada se opone a las pretensiones de fondo de la demandante. BICA asevera que la sentencia judicial que aquella invoca no califica como contingencia cubierta por la garantía, debido a que en el momento en que la misma queda firme el plazo del contrato ya había fenecido.

74 Además, la existencia del referido juicio fue registrada en los libros de DISA.

75 Estas afirmaciones serán debidamente analizadas y justificadas a continuación por nuestra parte.

ASUNTO N°1:

-SI EL DESCONOCIMIENTO DE SU EXISTENCIA POR PARTE DE LAS DEMANDANTES ES IMPUTABLE A LOS VENEDORES POR AUSENCIA O INSUFICIENCIA DE INFORMACIÓN, O SI ES IMPUTABLE A LOS COMPRADORES, POR NEGLIGENCIA EN LA REVISIÓN DE LOS DOCUMENTOS DE LA SOCIEDAD.

a) Aseveraciones de la demandante

76 Nuestra parte rechaza en todos sus términos las afirmaciones de la demandante ya que en la documentación suministrada a la misma al momento de suscribir la Carta de Intención [**Doc. N° 2**], existía sustento documental del juicio seguido por el Sr. Carlos Manuel Mayoral.

77 La documentación encontrada por BICA al desarrollar el procedimiento de búsqueda de información en los archivos de DISA [**Doc. N° 19**] refleja la contundencia de nuestra afirmación:

- a) Acta de Directorio de DISA, de fecha 2 de mayo de 2003, en la cual se resolvió extender a favor del Dr. Expedito Ramírez y de los integrantes de su Estudio Jurídico, un Poder Especial para representar a la sociedad en el juicio iniciado por el Sr. Carlos Manuel Mayoral.
- b) Dos facturas emitidas por Expedito Ramírez –y pagadas por DISA- en concepto de “honorarios convenidos por la atención del juicio seguido por Carlos Manuel Mayoral ante los Tribunales de Coronel Garmendia”: (i) Una de fecha 21 de mayo de 2003, en concepto de “anticipo” de dichos honorarios; y

(ii) Otra de fecha 23 de mayo de 2005, en concepto de “refuerzo” de dichos honorarios.

78 Estos documentos confirman que no existió incumplimiento al deber de información de los Vendedores en el Contrato.

b) Deber de los Compradores de impulsar el proceso de auditoría

79 Juzgamos desatinados los dichos de la demandante, al argüir que la entrega de la información no fue “oportuna”.

80 La cláusula 18.2 de la Carta de Intención [**Doc. N° 2**] fijaba al respecto que: “Los Vendedores se obligan a exhibir todos los documentos que los auditores les soliciten...”. En efecto, dicha cláusula exime de responsabilidad a la parte Vendedora, pues incumbe a los auditores solicitar aquellos documentos que juzguen convenientes, a los fines de evaluar pasivos o contingencias que afecten el valor de la Sociedad.

81 Por otro lado, las partes intervinientes en el negocio causal estipularon en la cláusula 18.1 de la Carta de Intención [**Doc. N° 2**] que es obligación del servicio de Auditoría “verificar”: ... (ii) Que no se haya omitido ninguna información o antecedente material, cualquiera sea su naturaleza, que pudiera afectar el valor de las acciones representativas del capital social de la Sociedad, y (iii) Que no existan Contingencias –“registradas” o no- ni ajustes que afecten o pueden o puedan afectar el patrimonio de la Sociedad”.

82 Inclusive, cabe destacar, la cláusula 15 del Modelo de Convenio [**Doc. N° 1**], de la cual se desprende que era ZAS quien debía impulsar el proceso de auditoría, solicitando a los Vendedores los documentos necesarios para conocer el verdadero estado de la sociedad.

83 Dichas disposiciones ponen de relieve la amplia responsabilidad asumida por los auditores.

84 De tal forma, la “responsabilidad vertida en el dictamen final, debe estar sustentada en elementos de juicios válidos y suficientes que permitan avalar tal conclusión” (LATTUCA, Antonio Juan, “Compendio de Auditoría”, 2da Edición, Temas Grupo Editorial SRL, Buenos Aires, 2004).

85 Estos elementos de juicio comprenden, entre otros, los documentos fuentes subyacentes a los estados contables e información complementaria.

86 Los documentos fuentes son: remitos, facturas, recibos, órdenes de compra, actas de directorio y asamblea.

87 Estas evidencias de auditoría deberán estar reflejadas adecuadamente en papeles de trabajo que respalden la actuación del auditor.

88 “Legajo Corriente: incluye los papeles de trabajo que sólo tienen utilidad para el examen de los estados contables del ejercicio. Ejemplos serían: Carta de representación de la Gerencia, Estado de los libros rubricados, Resumen de actas de directorio y asambleas” (LATTUCA, Antonio Juan, op cit, Pág. 135)

89 Es indudable que una de las tareas fundamentales de la auditoría radica en una planificación adecuada del proceso, que abarque los aspectos no solamente contables, sino también legales y sociales.

90 En tal sentido, la existencia de un acta de directorio donde expresamente se mencionan el litigio contra DISA, es una falta grave imputable a la actuación de la empresa auditora. No puede FAMA invocar una actuación de mala fe de nuestra representada, cuando una evidencia de auditoría tan contundente estaba en una de las documentaciones fuentes más accesibles. Más aún, esto implicaría, no sólo una negligencia durante el due diligence, sino también en controles posteriores que la parte compradora debió realizar a fin de establecer fehacientemente su situación patrimonial, legal y social que asumía, como deber elemental de una administración llevada a cabo por cualquier hombre de negocios diligente.

91 En este caso, FAMA no muestra la diligencia debida para un negocio de esta magnitud. Por el contrario, exterioriza una actitud displicente en el contralor de lo adquirido, descansando en la garantía otorgada por nuestra representada.

92 De esta manera, se pone de manifiesto que la supuesta actuación maliciosa, que la actora imputa a los Vendedores, dista de ser una afirmación sustentada, siendo más bien una excusa utilizada para esconder la impericia de la auditoría y de la actual administración de DISA.

93 Lo hasta aquí expuesto demuestra que los dichos de la demandante no se ajustan a la verdad de lo acontecido en los hechos.

94 Asimismo, la actora aduce que el juicio que motiva la presente demanda no se encontraba registrado, afirmando que: “sólo tuvimos acceso a él en primera oportunidad por la comunicación recibida por el Dr. Expedito Ramírez”. Esta cuestión ha sido rebatida puesto que los documentos han estado “siempre” en poder de la demandante.

Lo mismo vale cuando FAMA expresa que “es cierto que una vez iniciadas la primeras actuaciones ante vuestro Tribunal Arbitral tuvimos mayor acceso a dicha información contenida en documentos”.

95 En suma:

- a.** Ponemos de resalto que los dichos de la demandante no se condicen en manera alguna con los hechos acaecidos.
- b.** Los Vendedores no han excluido informes o documentación, por el contrario, han provisto toda la documentación necesaria con antelación a la Fecha de Cierre. Por consiguiente, cabe subrayar que los Vendedores, han actuado conforme al estándar de la buena fe y lealtad negocial que prescribe el art. 1.7 de los Principios de UNIDROIT.
- c.** Los Compradores, según la cláusula 26.5 del Contrato de Compraventa de Acciones [**Doc. N° 4**], manifiestan que: “... recibieron de los Vendedores y/o la Sociedad todos los antecedentes y elementos documentales *solicitados* a efectos de llevar el proceso de auditoría de compra relativo a la transacción reflejada en este Contrato, y los ha hecho revisar por sus representantes, consultores y asesores” [**Doc. N° 4**].

A la luz de lo estatuido en la cláusula contractual, en la cual los Compradores muestran su conformidad con los antecedentes y documentos acopiados, confrontado con su actual comportamiento imputando responsabilidad a la Vendedora, resulta afectado el art. 1.8 de los Principios UNIDROIT.

- d.** La actora admite, en la redacción de los hechos de su demanda, haber conocido la existencia del juicio al expresar: “quedaría demostrado que FAMA conoció o debió conocer, la existencia del juicio...” (sic).

c) Responsabilidad contractual de la empresa Zascandil & asociados para con FAMA

96 En el proceso de formación del Contrato han surgido deberes para las partes, los cuales se hallan ínsitos en la Carta de Intención [**Doc. N° 2**].

97 Afirmamos que la empresa Zascandil & asociados no ha cumplido en forma eficaz con las previsiones de la Carta de Intención [**Doc. N° 2**], previas a la celebración del Contrato entre Vendedores y FAMA.

98 La necesidad de una auditoria se impone como una forma eficaz de corroborar sobre la realidad de los componentes patrimoniales y económicos de la empresa. En este

sentido, debemos recordar que la cláusula de auditoría fue bilateralmente concertada, apuntando a defender tanto los intereses del comprador como los de los Vendedores. Es por ello, que dicha disposición fue resultado de un acuerdo previo entre las partes respecto de ésta y de su contenido. Tal cláusula contó, además, con la inclusión de efectos resolutorios, pactados subsidiarios a la posibilidad de reajuste del precio. Es decir, prolijamente se detalló la eventualidad de resolver el acuerdo por parte del comprador con fundamento en la aparición de determinados pasivos, o porque los pasivos superen el porcentaje previsto en la causa.

99 Resumiendo, el contrato contuvo una **cláusula de auditoría concertada con efectos resolutorios pactados**, (VERÓN, Alberto Víctor, "Tratado de los conflictos societarios", La Ley, Buenos Aires, 2006, Pág. 834) que debería haber sido utilizada por el comprador en su debido momento, por lo tanto, enfatizamos en que la empresa encargada del servicio de auditoría ha incurrido en responsabilidad contractual para con FAMA.

100 Reviste significativa importancia la cláusula 18 de la Carta de Intención ("Auditoría previa y ajuste del precio"), la cual establece: "... 18.2. Los Vendedores se obligan a exhibir todos los documentos que los auditores les soliciten, sin excepción de ninguna clase, y a brindar las explicaciones y aclaraciones que se les pidan sobre los aspectos financieros, legales, contables, impositivos o de cualquier otra índole relativos a la Sociedad. 18.3. Luego de la auditoría, los Compradores podrán reducir el precio en proporción de las contingencias o pasivos que se detecten sobre la Sociedad, susceptibles de afectar su valor, siempre que tal reducción no supere el 5% (cinco por ciento) del valor de la oferta estipulado en la Cláusula 3 de la presente. En caso de superar ese porcentaje, los Compradores quedan autorizados a no seguir adelante con la operación, y su arrepentimiento no dará lugar al pago de indemnizaciones o suma alguna a favor de los Vendedores".

101 Por último, enfatizamos en que la empresa encargada del servicio de auditoría ha incurrido en responsabilidad contractual para con FAMA.

d) Conclusión

102 El desconocimiento por parte de la demandante de la existencia de pasivos ocultos le es imputable por negligencia en la revisión de los documentos de la sociedad.

103 Negamos que se haya incumplido el deber de información de los Vendedores en el Contrato en razón de que en la documentación suministrada a la demandante, al momento de suscribir la Carta de Intención [**Doc. N° 2**], existía sustento documental del juicio seguido por el Sr. Carlos Manuel Mayoral. Por otro lado, según surge de dicho documento, correspondía al servicio de Auditoría solicitar a la parte vendedora los instrumentos necesarios para conocer el verdadero estado de la sociedad, y verificar que no se haya omitido información alguna que pudiera afectar el valor de las acciones representativas del capital social de la Sociedad. De esta manera, consideramos que Zascandil & asociados, empresa encargada del servicio de auditoría, no ha cumplido en forma eficaz con las previsiones de la Carta de Intención y ha incurrido en responsabilidad contractual para con FAMA.

ASUNTO N° 2

-SI, EN CASO DE DETERMINARSE, CONFORME EL PUNTO ANTERIOR, QUE LOS VENDEDORES INCUMPLIERON SUS OBLIGACIONES, SE HAN CUMPLIDO LAS CONDICIONES PARA QUE ESTA SITUACIÓN SEA CUBIERTA POR LA GARANTÍA OTORGADA POR LOS VENDEDORES, O DICHAS CONDICIONES NO SE HAN CUMPLIDO.

a) Requisitos para que opere la garantía

104 Según el contrato de compraventa, para que opere la garantía se requiere:

1) *”Que se haya originado antes de la Fecha de Cierre”.*

105 La demandante manifiesta en su demanda, modificando los términos del contrato, “Que se haya *realizado* antes de la Fecha de Cierre”.

106 En primer lugar, la actora no especifica que cuestión ha de ocurrir antes de la Fecha de Cierre.

107 El vocablo “realizado”, no se condice con la letra del Contrato, pues, el término empleado en el mismo es “originado”. En consecuencia, el léxico empleado por la demandante, no guarda analogía con lo preceptuado en el Contrato.

108 Sin más, consideramos prudente ahondar en recursos terminológicos utilizados por la demandante que no se compadecen con los consagrados en el Contrato, caso contrario podría suscitar equívocos a vuestro honorable Tribunal Arbitral.

109 En tercer lugar, esgrime los documentos extraídos por BICA en su proceso de búsqueda para reforzar su pretensión, cuando en otros pasajes de la demanda, manifiesta su total desconocimiento sobre los mismos. Esto abre paso a la conclusión de que su accionar se revela muy distante de amoldarse a la buena fe que ella misma enfatiza.

2) *”No aparezcan registrados en su totalidad en los documentos de la Sociedad”.*

110 La demandante expresa que no se encontraba registrado el juicio seguido por el Sr. Mayoral. Basta citar los documentos extraídos en el proceso de búsqueda [**Doc. N° 19**], para echar por tierra su argumentación.

111 Según la doctrina, se entiende por pasivo a “aquellos importes que aparecen en los balances y representan afirmaciones de carácter cuantitativo sobre la existencia de

derechos de terceros contra la empresa” (FOWLER NEWTON, Enrique; “Tratado de Auditoría”, T.I, Ediciones de contabilidad moderna, Buenos Aires, 1977, pág. 441).

112 En nuestro caso, al pender de sentencia el juicio seguido por el Sr. Mayoral contra DISA, no ha de existir necesidad alguna para dejar constancia del mismo en el balance, ya que al momento de la Fecha de Cierre no se le había reconocido derecho al Sr. Mayoral contra la empresa. Va de suyo que hasta ese momento no se había cuantificado judicialmente la deuda a cargo de DISA.

113 Nuestra parte rechaza la aseveración de la demandante que declara que los estados contables no fueron preparados de conformidad a las normas vigentes. La NIC 37 que la demandante trae a colación, es clara en cuanto al reconocimiento de pasivos contingentes de acuerdo a ciertas condiciones fundamentales. De tal forma, exige que se reconozca como pasivo contingente cuando simultáneamente se cumplan las siguientes condiciones:

- a. La empresa tenga una obligación presente, como resultado de un hecho pasado.
- b. Sea probable que tenga que desprenderse de recursos que comporten beneficios económicos para cancelar la obligación y
- c. Pueda estimarse de manera fiable el importe de la deuda.

114 No cabe duda que a la fecha de cierre correspondiente a la celebración del contrato de compraventa, esto es, el 31/12/2005, la obligación por el juicio seguido por el Sr. Mayoral contra DISA no era presente, ya que ni siquiera existía sentencia judicial de primera instancia en ese entonces.

115 Si bien la NIC 37 establece, que ante la imposibilidad de cumplimentar los tres requisitos anteriores, se proceda a informar tales situaciones en notas complementarias, exceptúa el caso en que la probabilidad de desprenderse de recursos sea remota. A tal fin, basta mencionar el dictamen del Dr. Gervasio Burgos, reconocido académico de “Contratos Comerciales” en la Universidad de Marmitania, que en fecha 17 de diciembre de 2003 opinó: “La demanda promovida por el Sr. Mayoral carece de adecuado sustento legal y estimo que sus probabilidades de éxito son escasas” [**Doc. N° 19**].

116 De tal forma, ante tan respetable opinión técnica, y de acuerdo al criterio que la propia NIC 37 establece, no se procedió a su inclusión como un juicio a informar en las notas complementarias, debido a la escasa probabilidad de desprenderse de recursos económicos a fin de hacer frente a esta situación.

117 Concluimos, que la preparación de los estados contables fue, sin lugar a dudas, realizada conforme a las normas contables vigentes.

118 Lo expuesto nos permite derivar dos importantes razonamientos de la siguiente situación fáctica.

119 La auditoría detectó un juicio que tramitaba ante el Juzgado de Primera Instancia en lo Laboral de Peonia por diferencias salariales. En su informe dijo “Dado el escaso valor del reclamo y las pocas probabilidades que la demanda tenía de prosperar, estimo que tal circunstancia no incide económicamente en la Valuación de las acciones”. Resulta curioso la detección de este juicio y no el del Sr. Mayoral, ya que si se hubiera actuado con pericia, se hubiese detectado el acta de directorio que reflejaba la existencia de un proceso judicial, así como también el dictamen del Dr. Gervasio Burgos, documentos que nuestra representada ha podido encontrar entre la documentación en poder de FAMA.

120 Los Compradores aseveran que es una obligación de los Vendedores establecer en el balance el juicio seguido por el Sr. Mayoral. Sin embargo, la doctrina no juzga como imprescindible asentar en los estados contables de una Sociedad tal dato. De acuerdo con el consenso generalizado de la profesión, la información contable, suministrada por el balance general, ha de incluir: la situación patrimonial a una fecha determinada, la que estará dada por los bienes (activos) con que cuenta la empresa para generar ingresos, los derechos de los acreedores (pasivos) y de los propietarios (patrimonio neto). Estos datos, deben permitir obtener información financiera de tipo “general” sobre la empresa (FOWLER NEWTON, Enrique; Op. Cit., pág. 28).

3) *“Que se comunique fehacientemente a los Vendedores dentro de los dos (2) años a partir de la Fecha de Cierre”.*

121 Nuestra parte reconoce que ha recibido por nota la comunicación de la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia en lo Comercial de Coronel Garmendia [Doc. N° 6]. Sin embargo, tal circunstancia no obsta, a rechazar la pretensión de FAMA.

122 En tal sentido la sentencia judicial que nos fuere notificada en primer término, no había sido dictada por la última instancia judicial, y por lo tanto, no era firme ni ejecutable. De esta manera, no existía afectación actual y real al flujo de caja, tal como exige el contrato para que la condena contra DISA resulte exigible y la garantía proceda. Por ello, al momento del vencimiento del plazo previsto en el contrato de

compraventa, la sentencia judicial que FAMA invoca como sustento de su reclamo no era una contingencia cubierta por la garantía.

123 Asimismo, la garantía feneció a los dos años de la firma del contrato de compraventa, esto fue el 31 de diciembre de 2007, mientras que la sentencia en Segunda Instancia de la Sala Comercial de la Corte de Apelaciones de Coronel Garmendia fue notificada el 6 de mayo de 2008, cuando el plazo previsto en el contrato ya había fenecido, caducando de pleno derecho la garantía.

4) “*Que se traduzca en un daño cierto y efectivo que afecte el flujo de caja.*”

124 Una vez más, la demandante tergiversa los términos del contrato declarando: “Afectación cierta y efectiva del flujo de caja”.

125 La demandante, parte por reconocer, que al momento de la primera notificación, que nos comunicaba la sentencia del Juzgado de Primera Instancia en lo Comercial de Coronel Garmendia, el “flujo de caja no se veía alterado”, en consecuencia, dicha afirmación deslinda de cualquier tipo de responsabilidad a nuestra parte.

126 Subrayamos, que la obligación como fiador solidario contraída por BICA [**Doc. N° 3**] expiraba a los dos años de la Fecha de Cierre. No cabe lugar a duda que, al no acaecer daño en dicho plazo, nuestra parte queda exonerada de responsabilidad por las garantías que otorgaron los Vendedores en la cláusula 25 del Contrato de Compraventa de Acciones [**Doc. N° 4**].

127 FAMA inusitadamente expresa: “... de acuerdo al estado jurídico procesal de la causa y de cada actuación dentro de ella se hacía ver que prosperidad en la interposición del recurso por nuestra parte sería imposible” (sic).

128 Sin entrar en consideración de la forma de redacción que proporciona la demandante al juzgador, cabe inferir lo siguiente:

- a.** Se ha deducido un recurso de apelación a sabiendas de que no sería idóneo para revocar la decisión del *a quo*.
- b.** Se han devengado mayores gastos, a partir de un recurso cuya prosperidad según los dichos de la demandante sería “imposible”.
- c.** Ha incurrido en temeridad procesal sabiendo que carecía de razón para litigar y, no obstante ello, resiste la pretensión del contrario (GARRONE, Jorge Alberto; “*Diccionario Manual Jurídico*”, Abeledo- Perrot, Buenos Aires, 2003, pág. 719).

129 Todos estos elementos evidencian que, lejos de erradicar o morigerar el daño, la actora ha contribuido con su actitud negligente a acrecentarlo.

130 Tampoco se puede hablar de que ha sufrido un “daño” ante la sentencia adversa en primera instancia. La doctrina, sostiene que existe “daño”, en un sentido amplio, cuando se lesiona un derecho subjetivo (ALTERINI, Anibal; AMEAL, Oscar José; LÓPEZ CABANA, Roberto; “Derecho de Obligaciones civiles y comerciales”, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2006, pág. 224). Por consiguiente, al no existir sentencia condenatoria firme, no existe lesión alguna.

131 Es dable invocar que la cláusula 25.4 del Contrato de Compraventa de Acciones [Doc. N° 4] reza: “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”. Esta cláusula es a todas luces la más importante pues de no suscitarse este presupuesto, el resto de los incisos de la de la misma se convertirían en letra muerta. Por consiguiente, juzgamos equívoca e incomprensible la apreciación de la demandante cuando dice: “esta cláusula complementa la anterior, pero no la determina porque tratan cosas distintas que se relacionan pero son independientes entre sí” (sic).

b) Principio del “favor debitoris” en beneficio del vendedor

132 Sin perjuicio de la afirmación efectuada por esta parte de que no se trata de un caso de pasivos ocultos, y para la hipótesis de que esta postura no sea compartida por el Tribunal, invocamos el principio “favor debitoris”, que libera de responsabilidad al vendedor en caso de duda.

133 La jurisprudencia francesa se expidió al respecto rechazando el recurso de quien había adquirido el paquete accionario, ante la aparición de una importante deuda generada antes de la transferencia (“*Garanzi per vizi occulti nel trasferimento di azioni: una recente sentenza*”, Rivista delle Società, año 42^a, Italia, 1997, pág. 229).

134 En este orden de ideas, merece destacarse que la cláusula de garantía por pasivos, responsabilidades, obligaciones, cuando generen controversia, son interpretadas por la jurisprudencia comparada en el sentido de que la duda debe beneficiar al vendedor (FERRARO MILA, Pablo; “Validez y extensión de las cláusulas limitativas o excluyentes de la responsabilidad del vendedor en los contratos de compraventa de

acciones”, Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones, Lexis Nexis, año 39, Tomo 2006-B, pág. 700).

135 Así, la Corte de Casación francesa no pone en cabeza de los Vendedores la obligación de pagar el pasivo oculto que se presentase (conf. Cass. Com. 23/4/1985, N° 84-11217). En el mismo sentido, la Corte de Apelación de Amiens estimó que “cuando la garantía de pasivos había sido concebida en términos muy genéricos, debía ser interpretada en forma restrictiva y a favor del vendedor de acciones” (BAUDOUIN, Vincent; “La validité des clauses exclusives de responsabilité du vendeur dans un contrat d'acquisition d'actions”, Actes Pratiques et Ingénierie Sociétaire, Juris- Classeus, n° 62, 01/03/2002, pág. 26).

c) Abuso de derecho por parte de los Compradores

136 La doctrina expresa que “si es el comprador el que no investigó adecuadamente las características de la cosa que compraba (asesorándose debidamente), habrá culpa de éste” (RAMOS MEJÍA, Enrique A., “La conducta debida antes y durante el contrato”, T. 187, El Derecho, Buenos Aires, pág. 620).

137 Aparece la figura del abuso de derecho por parte del comprador quien después de haber sido negligente en el estudio de la operación reclama por las garantías previstas en el contrato (RAMOS MEJÍA, Enrique A., Op. Cit., pág. 622).

138 El artículo 5.1.4 de los Principios UNIDROIT refiere a la obligación de emplear los mejores esfuerzos estableciendo en su segundo apartado que: “En la medida en que la obligación de una de las partes implique un deber de emplear los mejores esfuerzos en la ejecución de la prestación, esa parte está obligada a emplear la diligencia que pondría en circunstancias similares una persona razonable de la misma condición.”. En el caso objeto de este análisis, vemos que FAMA no ha obrado con la diligencia y lealtad que corresponde a un buen hombre de negocios.

139 A su vez, el artículo 7.4.7 de los Principios UNIDROIT se ocupa del daño parcialmente imputable a la parte perjudicada, expresando que “Cuando el daño se deba en parte a un acto u omisión de la parte perjudicada o a otro acontecimiento por el que esa parte asume el riesgo, la cuantía del resarcimiento se reducirá en la medida en que tales factores hayan contribuido al daño, tomando en consideración la conducta de cada una de las partes”. Como surge de los diversos fundamentos expuestos en la presente

contestación, la demandante con su conducta ha tenido injerencia en el daño que ha sufrido.

d) Conclusión

A tenor de lo dispuesto anteriormente, la demandada no debe responder por el Juicio del Sr. Mayoral, debido que:

- a. No se han cumplido la totalidad de los requisitos establecidos para que opere la garantía.
- b. FAMA incumplió lo establecido en el artículo 5.1.4 de los Principios UNIDROIT (“*Obligación de emplear los mejores esfuerzos*”), pues no se comportó con la diligencia y lealtad de un buen hombre de negocios al no investigar correctamente la existencia de juicios contra DISA. Más aún, teniendo en cuenta la documentación encontrada en poder de FAMA, durante el proceso de búsqueda.
- c. La demandante abusó del derecho al reclamar la garantía prevista en el contrato.

ASUNTO N° 3

-SI, EN CASO AFIRMATIVO RESPECTO DE LO ANTERIOR, EL DAÑO PRODUCIDO A LA SOCIEDAD PUDO HABERSE EVITADO O ATENUADO.

140 La demandante no ha esgrimido argumento sólido en torno a la imposibilidad de evitar o atenuar el daño. Sólo se ha limitado a conjeturar sobre lo que podría haber ocurrido de haber conocido el juicio seguido por el Sr. Mayoral.

141 A este respecto, cabe recordar el artículo 7.4.8 de los Principios UNIDROIT (*Atenuación del daño*) que en su primer párrafo expresa “*La parte incumplidora no es responsable del daño sufrido por la parte perjudicada en tanto que el daño pudo haber sido reducido si esa parte hubiera adoptado medidas razonables.*”

142 Es necesario reiterar que nuestra mandante no ha omitido documentación alguna - como afirma la demandante-, pues los instrumentos extraídos a raíz del proceso de búsqueda se han encontrado en poder de la demandante desde el momento en que suscribió la Carta de Intención [**Doc. N° 2**].

143 A su vez, consideramos que el dispendio de tiempo entre el 10 de agosto de 2007 -fecha en que se recibe la comunicación del Dr. Expedito Ramírez sobre la sentencia [**Doc. N° 5**]- y el 21 del mismo mes -fecha en que se revoca el poder otorgado al profesional de referencia-, ha conspirado contra la posibilidad de salir victorioso en una ulterior instancia judicial. Esta decisión ha sido una estrategia incomprensible, habida cuenta del escaso tiempo que restaba para interponer el recurso.

144 Asimismo, debemos recordar la comunicación del Dr. Pérez Oso a DISA que expresa: “Me veo en la obligación de hacerle presente, a fin de salvaguardar mi responsabilidad profesional, que recién pudimos tomar contacto con el expediente el 21 de agosto en curso, es decir, el mismo día en que Uds. nos comunicaran su deseo de encomendarnos la labor profesional, y que sólo contamos con dos días para interiorizarnos de los antecedentes del caso y preparar el memoria para sustentar el recurso. Sin perjuicio de mi opinión profesional sobre el fondo del asunto, el escaso tiempo de que dispusimos para estudiar el caso y escribir el memorial no me permite ser demasiado optimista sobre el éxito que éste podría tener.” [**Doc. N° 20**].

145 Por lo tanto, de los documentos que nuestra parte toma conocimiento en el procedimiento de búsqueda de información en los archivos de DISA [**Doc. N° 19**] surge claramente que esta empresa, ya controlada por FAMA, ha sido negligente en el tratamiento del caso, perjudicando con su actitud las posibilidades de obtener la

revocación de la sentencia de primera instancia. No quedan dudas que de haber actuado FAMA con la diligencia propia de un buen hombre de negocios el daño podría haberse evitado o, cuanto menos, mitigado.

PETITORIO

En virtud de los hechos expuestos y el derecho esgrimido por nuestra parte, respetuosamente a Vuestro Tribunal Arbitral solicitamos:

1. Declare:

1.1. Que la cláusula compromisoria es inoponible y no vincula a la demandada.

1.2. Que la cláusula compromisoria es inválida e inejecutable.

1.3. Que, por lo tanto, resulta procedente la incompetencia planteada.

1.4. Que el desconocimiento del juicio de referencia es imputable a los Compradores por negligencia en la revisión de los documentos de DISA.

1.5. Que no se han cumplido las condiciones contractuales para que opere la garantía.

1.6. Que FAMA pudo haber evitado o atenuado el daño.

2. En definitiva, rechace en todas sus partes la pretensión de la demandante.

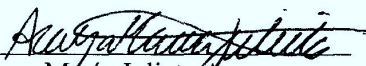
DECLARACIÓN DE AUTENTICIDAD

Rosario, 3 de agosto de 2009

Por medio de la presente, declaramos que la memoria enviada ha sido escrita integralmente por los estudiantes miembros del equipo de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario, en los términos previsto en el artículo 56 de las Reglas de la Competencia.



Cristian Anderson



María Julieta Araya



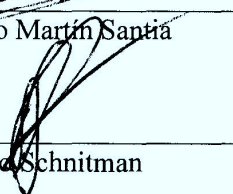
María Silvia D'Ottavio



Alejandra Leticia Echavarría Real



Ricardo Martín Santia



Pablo Schnitman



María Natalia Smaldone



COMPETENCIA INTERNACIONAL DE ARBITRAJE COMERCIAL SEGUNDA EDICIÓN

Universidad de Buenos Aires - Universidad del Rosario

2009

MEMORIAL DE LA PARTE DEMANDADA

Demandantes:

**Financieras Asociadas de Marmitania S.A y
Financiera del Consumo S.A.**

Avenida del Corral número 2354

Peonia

Marmitania

Demandados:

**Banco Internacional de Crédito del A
Atlántico S.A**

Calle 54 número 123

Puerto Madre

Costa Dorada



UNIVERSIDAD DEL ROSARIO

JUAN JOSE ANGULO*MARIA CAROLINA CARO*DANIEL FAJARDO*GUSTAVO GOMEZ* *MARIA
ISABEL RODRIGUEZ



TABLA DE CONTENIDO

ABREVIATURAS.....	IV
ÍNDICE DE AUTORIDADES.	V
INDICE DE CASOS.....	VIII
HECHOS	1
ARGUMENTOS.....	5
I.ARGUMENTOS SOBRE LA COMPETENCIA.....	5
A.LA CLÁUSULA ARBITRAL CONTENIDA EN EL CONTRATO DE COMPRAVENTA DE ACCIONES ES INOPONIBLE Y NO ES VINCULANTE PARA LA DEMANDADA.....	5
1. No existe una cláusula arbitral aplicable al contrato de fianza.	Error! Bookmark not defined.
a). Hay una diferencia clara entre formalidad y consentimiento.....	Error! Bookmark not defined.
B. LA CLAUSULA COMPROMISORIA CONTENIDA EN EL CONTRADO DE COMPRAVENTA NO OBLIGA A ACUDIR AL TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO AL CONTENER UN PACTO DE SOMETIMIENTO A LOS TRIBUNALES DE MARMITANIA.	12
1. El realizar una interpretación literal de la cláusula compromisoria conlleva a una patología.	12
2. La cláusula compromisoria no refleja la intención de las partes de acudir a arbitraje.....	13
3.Todos los métodos de interpretación conducen a un resultado que no permite el arbitraje.....	14
a.En este caso no se puede utilizar el principio de interpretación efectiva	15
b.La cláusula compromisoria debe ser interpretada contra proferentem.....	15
4. Cláusulas compromisorias han sido rechazadas por falta de certitud.	16
5. Validez de las cláusulas opcionales	16
Conclusión de la segunda cuestión	17
II.ARGUMENTOS SOBRE EL FONDO DE LA DISPUTA.	5
PRIMERA CUESTIÓN: La responsabilidad de los VENDEDORES.....	17



1.3 Cumplimiento del segundo presupuesto: el hecho fue debidamente comunicado a los vendedores dentro de los dos años siguientes a la fecha de cierre.	18
SEGUNDA CUESTIÓN. El deber de colaboración y buena fe de las partes.	27
TERCERA CUESTIÓN. La eficacia de la cláusula.	29
3.1 El alcance de los términos “daño cierto y efectivo que afecte el flujo de caja de la sociedad”	29
CUARTA CUESTIÓN. La parte demandante expresa que el fiador debe responder por las obligaciones contraídas por los VENDEDORES al contrato de compraventa. Al respecto nos remitimos al párrafo xx y subsiguientes (pendiente numero), en el cual nos ocupamos del tema.	31
QUINTA CUESTIÓN.	31
PETITORIO.	34



ABREVIATURAS

BICA	Banco Internacional de Crédito del Atlántico S.A
CCI	Cámara de Comercio Internacional
CCS	Cámara de Comercio de Estocolmo.
CIADI	International Centre for Settlement of Investment Disputes
CNUDMI	Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional
DISA	Dinero al Instante S.A.
FAMA	Financieras Asociadas de Marmitania S.A y Financiera del Consumo S.A.
IASC	
Ley Modelo	Ley Modelo de la UNCITRAL para el Arbitraje Comercial Internacional
No.	Número
UNCITRAL	United Nations Commission on International Trade Law
UNIDROIT	International Institute for the Unification of Private Law
ZAS	Consultora Zascandil & Asociados



ÍNDICE DE AUTORIDADES.

- BETTI, Emilio “Teoría General de las Obligaciones”, Vol I, Madrid, 1969, página 82
Citado como: Emilio Betti
Citado en 86
- BERNSTEIN Y LOOFOFSKY CISG/Europe (1997) 31, 34 n.11, 71 n.117
Citado como: Bernstein y Loofofsky.
Citado en: 41
- BORN, Gary B

International Commercial Arbitration: Commentary and Materials. Kluwer Law International, The Hague, 2nd Ed. 2001
Citado como: BORN
Citada en: 32
- CARDENAS MEJIA, Juan Pablo Artículo “La autonomía del contrato de arbitraje”
Contrato de arbitraje. Varios autores.
Editorial Legis
Citado como: Cárdenas
Citado en: 24
- CHAABAN, Rana

International Arbitration
Clause d’ arbitrage et cautionnement
Citado como: Chaaban
Citado en: 12, 13 y 21
- CUADRA FOLLE

Estudios sobre garantías reales y personales, en homenaje a Manuel Somarriva Undurraga.
Artículo “La solidaridad, la fianza, la fianza solidaria y la c odeuda solidaria. Algunas cuestiones y sus límites”
Citado en 19



DERAINS, Yves.

Clausulas Compromisorias Patológicas y Combinadas.

Publicado en el libro El Contrato de Arbitraje. Editorial Universidad del Rosario. Legis. 2005.

Citado como: Derains

Citado en: 28

FOUCHARD, Phillipe

Comentarios sobre el fallo de la Corte de apelación de Paris de 29 de marzo de 2001.

Rev. Arb. 2002.

Citado como: Fouchard.

Citado en: 30 y 39

FOUCHARD
GAILLARD
GOLDMAN

Fouchard, Gaillard, Goldman on International Arbitration 1999

Citado como: *Fouchard Gaillard Goldman*

Párrafo: 5, 23, 35 37, 41 42 y 43

GAITAN MARTINEZ

Estudios sobre garantías reales y personales, en homenaje a Manuel Somarriva Undurraga. Artículo “Fianza y obligación solidaria” Editorial Universidad del Rosario, 1ª edición Febrero 2009.

Citado en 18

HANOTIAU, Bernard

Who are the Parties to the Contract(s) or to the Arbitration Clause(s) Contained Therein? The Theories Applied by Courts and Arbitral Tribunals.



Complex Arbitrations (Hanotiau; 2006).

Citado como: Hanotiau

Citado en: 6

LEW, Julian D.M,
KRÖLL, Stefan M
y MISTELIS, Loukas

Comparative International Commercial
Arbitration.A. Kluwer Law International,
The Hague, 2003.

Citado como: *Lew, Mistelis & Kröll*.

Citado en: 30

LORENZETTI, Ricardo Luis

Contratos. Parte especial Tomo II

Citado como Lorenzetti

Citado en: 11

NARDULLI y GIAMPIERI

*L'opzione di arbitrato nell'esperienza
statunitense e italiana [The option to
arbitrate in US and Italian practice] in
Rivista dell'arbitrato, no. 2/94*

Citado como: Nardulli y Giampieri

Citado en: 46

NESBITT, QUINLAN

The Status and Operation of Unilateral or
Optional Arbitration Clauses.

Kluwer Arbitration.

Citado como: Nesbitt, Quinlan

Citado en: 31, 32 y 46

POTHIER, R.J

Tratado de las obligaciones

Editorial Heliasta S.R.L

Buenos Aires, Argentina. 1978

Citado como Pothier

Citado en: 10



REYES VILLAMIZAR, Francisco

Derecho Societario, Segunda Edición,
Temis, Tomo I, página 478.

Citado como [Reyes Villamizar]

Citado en 68

REDFERN, Alan
HUNTER, Martin

Law and Practice of International
Commercial arbitration
Sweet & Maxwell, London, 4th Ed. 2004

Citado en 5 y 43

RUBINO-SAMMARTANO

Arbitrato unilateralmente facultativo
[Unilateral arbitration clauses]' in *Il diritto
dell'arbitrato* (CEDAM, 2000)

Citado en 46

WEILL, Alex

Ed Dalloz, Paris. 1979

Citado como: Weill

Párrafo: 10

Otros

Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española. Vigésima segunda edición

Diccionario Juridico Cornu

INDICE DE CASOS



Decisiones Judiciales

Chile

Marlex Limitada vs. European Industrial Engineering

Kluwer Arbitration 28 July 2008 Chilean Supreme Court.

Citado como: Marlex Limitada vs. European Industrial Engineering

Citada en:

Estados Unidos

National Material Trading v. Tang Industries Inc. et al., USA District Court, D. South Carolina, 1998 A.M.C. 201

Citado como: National Material v. Tang

Citado en:

Reino Unido

Heyman and another v. Darwins Ltd

House of Lords, 1942

John Parris, Casebook of Arbitration Law, George Godwin Limited, 1976

Citado como:

Citado en:

Francia

Cour d'appel d'Angers, 25 de Septiembre 1972: Rev. arb. 1973, 164, note J. Rubellin-Devichi; Gaz. Pal. 1973, I, 210.

Citado como: Cour d'appel d'Angers, 25 de septiembre 1972

Citado en:

Cour de Cassation, Premiere chambre civile, 15 May 1974: Bull. civ. I, no. 143.

37

Citado como: Cour de Cassation, Premiere chambre civile, 15 May 1974

Citado en

Cámara de Comercio Internacional

CCI No.2795 de 1977



HECHOS

1. Antecedentes previos a la celebración del Contrato:

- 1.1. En el año 2000, bajo las leyes del Estado de Costa Dorada se constituyó la sociedad Dinero al Instante S.A., (DISA) con una participación accionaria dividida así: 99.9% en propiedad de Juan Alberto Garboso y 0,1% en propiedad de María Raquel Lince.
- 1.2. En el año de 1998, bajo las leyes del Estado de Marmitania se constituyó la sociedad Financieras Asociadas de Marmitania S.A (FAMA).
- 1.3. Garboso anunció públicamente su intención de vender “en bloque” el paquete accionario de DISA, para lo cual montó un “*data room*” el cual daba cuenta de las información más relevante de la sociedad.
- 1.4. El 19 de agosto de 2005, día anunciado como fecha límite para la recepción de las ofertas, se presentaron cuatro ofertas, entre ellas la de FAMA que resultó ser la ganadora.
- 1.5. El 24 de agosto de 2005, FAMA y Financiera del Consumo S.A. (Compradores) y Garboso y Lince (Vendedores) firmaron la carta de intención para la compra de la totalidad de las acciones de DISA, condicionada al resultado del “*due diligence*” que se haría sobre la sociedad. Adicionalmente, DISA se comprometió a poner a disposición de los Compradores toda la documentación requerida, y realizó una declaración general en la cual estableció que la Sociedad no tenía pasivos actuales ni contingentes que no estuviesen debidamente expuestos en los libros legales.
- 1.6. Se estableció como fecha límite para el cierre de la operación el 30 de diciembre de 2005.
- 1.7. Para realizar el “*due diligence*”, FAMA contrató los servicios de la Consultora Zascandil & Asociados (ZAS).
- 1.8. El día 23 de diciembre de 2005, ZAS presentó a FAMA el informe final del “*due diligence*” en el cual destacó inexactitudes en los registros de la contabilidad de DISA y objetó la valuación de algunos activos lo que impactaba, en un 3,8% el precio de las acciones. Adicionalmente, anexó un listado de juicios contra DISA.
- 1.9. Las partes acordaron como precio de las acciones uno un 2,5% inferior al originariamente ofertado.



1.10. Mediante comunicación de fecha 30 de diciembre de 2005, el Banco Internacional de Crédito del Atlántico S.A., (BICA) aceptó constituirse como fiador de las obligaciones a cargo de los señores Garboso y Lince en el Contrato de compraventa del paquete accionario de DISA.

1.11. El día 31 de diciembre de 2005, se celebró el Contrato del paquete accionario de DISA y se confirmó la transferencia bancaria de FAMA a las cuentas de Garboso y Lince por el precio convenido.

2. Los hechos posteriores al Contrato y el intercambio epistolar entre las partes:

2.1. Celebrado el Contrato, Garboso y Lince se embarcaron en un vuelo rumbo a un Resort en cual como consecuencia de un accidente, fallecieron.

2.2. El día 10 de agosto de 2007, en las oficinas de DISA se recibió un fax del Dr. Expedito Ramírez, quien se identificó como abogado de DISA, mediante el cual dio cuenta de la sentencia condenatoria dictada por el Juzgado de Primera Instancia en lo Comercial de Coronel Garmendia dentro del proceso iniciado por Carlos Manuel Mayoral contra DISA.

2.3. Recibida la comunicación hecha por el Dr. Ramírez, los nuevos administradores de DISA, dieron cuenta que la existencia de aquel proceso no hacía parte de los advertidos por la consultora ZAS.

2.4. El día 21 de agosto de 2007 y en razón de haber encontrado un dictamen de fecha 17 de diciembre de 2003 emitido por el profesor de contratos Gervasio Burgos, en el cual señaló que la demanda instaurada por Mayoral carecía de sustento legal y por tanto sus posibilidades de éxito eran escasas, los nuevos administradores de DISA revocaron los poderes del Dr. Ramírez e instruyeron a sus nuevos abogados, el Estudio Pérez, Oso & Asociados, para que apelaran la sentencia.

2.5. El 23 de agosto de 2007, dentro del plazo legal, Pérez Oso presentó el recurso el cual fue concedido y el expediente elevado a la Corte de Apelaciones.

2.6. El día 31 de agosto de 2007, FAMA envió una comunicación a BICA, haciéndole saber del proceso judicial instaurado por Mayoral.

2.7. Por nota del 5 de septiembre 2007, BICA rechazó en todos sus términos la comunicación de FAMA, aduciendo que la sentencia judicial no estaba en firme y, en consecuencia, no existía afectación actual al flujo de caja.



- 2.8. Por nota del 10 de septiembre de 2007, FAMA respondió a BICA, manifestando que la afectación se produciría en la medida en que DISA se viera condenada.
 - 2.9. Por nota del 18 de septiembre de 2007, BICA volvió a rechazar en todos sus términos la nueva comunicación de FAMA señalando además que FAMA no había notificado debidamente la contingencia.
 - 2.10. El 6 de mayo de 2008 DISA fue notificada de la sentencia de segunda instancia, por la cual se confirmó la sentencia de primera instancia.
 - 2.11. Por nota de fecha 8 de mayo de 2008, FAMA puso en conocimiento de BICA la decisión de segunda instancia.
 - 2.12. Por nota del 14 de mayo de 2008, BICA rechazó la comunicación, indicando que el plazo previsto en el contrato para que la garantía fuese exigible había fenecido el 31 de diciembre de 2007.
 - 2.13. El 20 de mayo de 2008 FAMA envió una nueva comunicación a BICA solicitando el pago de la condena, se pena de convocarla a un Tribunal de arbitramento.
3. **La demanda de arbitral:**
- 3.1. El 8 de septiembre de 2008, FAMA y Financiera del Consumo S.A presentaron ante la Secretaría General de la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI demanda en contra de la sociedad BICA.
 - 3.2. El día 18 de septiembre de 2008, la Secretaría de la Corte corrió traslado BICA de la demanda instaurada en su contra.
 - 3.3. Mediante escrito presentado el día 28 de octubre de 2008 ante a la Secretaría de la Corte, BICA contestó la demanda, en la cual alegó no estar sujeta a la jurisdicción arbitral y se opuso a las pretensiones de FAMA. Adicionalmente, solicitó tener acceso a la documentación inherente al caso, que se encontraba en poder de DISA.
 - 3.4. Por Orden Procesal del 24 de noviembre de 2008, el Tribunal Arbitral solicitó a las partes detallar las pretensiones y las citó a audiencia el 6 de enero de 2009, a los fines de firmar el Acta de Misión.
 - 3.5. El día 6 de enero de 2009 las partes suscribieron el Acta de Misión.



- 3.6.** Por escrito presentado al Tribunal de fecha 4 de mayo de 2009, BICA se declaró satisfecha con la información obtenida en los archivos de DISA, he hizo notar algunas circunstancias que surgían de los documentos.
- 3.7.** Mediante escrito de fecha 7 de mayo de 2009, FAMA reconoció la autenticidad de los documentos.
- 3.8.** Mediante Orden Procesal del 12 de mayo de 2009, el Tribunal fijó e hizo conocer a las partes el Calendario Provisional de las actuaciones.



ARGUMENTOS

I. ARGUMENTOS SOBRE LA COMPETENCIA.

1 Este Tribunal no es competente. Cualquier pretensión que se presente, en contra de la jurisdicción del Tribunal, debe ser rechazada. La cláusula compromisoria contenida en la cláusula 32.4 del Contrato de Compraventa de Acciones, firmado por las partes el 31 de diciembre de 2005, le concede jurisdicción al tribunal arbitral. En este orden de ideas, la cláusula compromisoria es: (A) Oponible y vinculante a la parte demandada (B) Válida y ejecutable.

A.LA CLÁUSULA ARBITRAL CONTENIDA EN EL CONTRATO DE COMPRAVENTA DE ACCIONES ES INOPONIBLE Y NO ES VINCULANTE PARA LA DEMANDADA

1.1 No existe una cláusula arbitral aplicable al contrato de fianza.

2 Los demandantes alegan que el pacto arbitral es aplicable al contrato de fianza por varias razones, que podrían reunirse en dos grandes argumentos. El primero está referido a la nota explicativa de la CNUDMI y a la Recomendación relativa a la interpretación del párrafo 2) del artículo II y del párrafo 1) del artículo VII de la Convención de Nueva York. En éstas se hicieron críticas al requisito de formalidad del pacto arbitral de la Ley Modelo de 1985, y los demandantes consideraron que al no ser indispensable que éste conste por escrito, el silencio de BICA constituía una manifestación positiva para asumir las obligaciones a cargo de los Vendedores, entre ellas, la de arbitrar. A dicho argumento, contestamos que hay una diferencia clara entre formalidad y consentimiento, y que en esta medida, el silencio de BICA no constituye consentimiento, elemento indispensable para la extensión de la cláusula compromisoria **(a)**. En segundo lugar, la parte actora se refiere a la naturaleza de la fianza, y que por ésta tener un carácter accesorio, el fiador se obliga a cumplir con todas las obligaciones establecidas en el Contrato de Compraventa de Acciones, como lo es la de someterse a un Tribunal Arbitral. Para lo anterior, procederemos a determinar el alcance y la naturaleza del Contrato de Fianza, demostrando que el mismo no cobija el sometimiento al pacto arbitral por parte del fiador **(b)**.

3 La parte demandada, quiere referirse también a la autonomía del pacto arbitral **(c)** no expuesto por los demandantes, que refuerza la postura de no sometimiento a la cláusula compromisoria por parte de BICA.



a). Hay una diferencia clara entre formalidad y consentimiento.

4 Los demandantes en el párrafo 14, hacen referencia a una nota explicativa de la secretaria de la CNUDMI acerca de la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1985, en su versión enmendada en 2006, en la que se sostiene que no es indispensable para la existencia del pacto arbitral que éste conste por escrito. Hacen alusión a dicha nota, pretendiendo reforzar la idea de que no importa que no conste por escrito el pacto arbitral entre BICA y los demandantes y que, en esta medida, no es una restricción para la extensión de la cláusula [ver párrafo 16 memorial demandantes]. A la misma vez, los demandantes se refieren en el párrafo número 13 de su memorial, a la Recomendación relativa a la interpretación del párrafo 2) del artículo II y del párrafo 1) del artículo VII de la Convención de Nueva York. Sin embargo, citan lo siguiente “es posible remitirse al derecho de los contratos aplicable para determinar el grado de consentimiento necesario para que una parte quede obligada por un acuerdo de arbitraje que supuestamente consta en un documento al que se hace referencia”. Lo anterior prueba que se necesita consentimiento en el derecho de los contratos, y que por esta razón, al BICA no haber consentido el someterse al pacto arbitral, como se probará en las siguientes líneas, no está obligado a someterse a un Tribunal Arbitral.

5 Ahora bien, profundizando en el tema, este argumento debe rechazarse de plano ya que el hecho de que no se exijan o se hayan hecho críticas a los formalismos establecidos por la ley modelo en su artículo 7º, no implica que no se exija consentimiento, siendo éste un principio fundamental del arbitraje [Redfern & Hunter, pág. 148-151]. Es decir, la efectividad del acuerdo arbitral se encuentra en la intención de ambas partes, así se exija o no una formalidad [Fouchard Gaillard Goldman Chapter II]. Lo que esto sugiere, es que sin importar alguna otra consideración, sí es un requerimiento la intención y el consentimiento. Y en este caso, BICA en ningún momento ha consentido, ni implícita ni expresamente, el querer someterse a un tribunal arbitral.

6 Se demuestra que BICA no consintió de manera expresa en tanto no firmó ningún documento en el que se incluyera un pacto arbitral. A la misma vez, no se puede desprender de su conducta un consentimiento implícito que pruebe su intención de someterse a un tribunal de arbitramento por varias razones. Podemos comenzar estableciendo que, al no existir una relación comercial anterior entre BICA y los Vendedores, de la cual se pudiera desprender una costumbre que



serviera para extender la cláusula compromisoria, no se puede presumir el consentimiento tácito por parte de los demandados. Y así hubiese habido entre las partes mencionadas, una relación comercial anterior, ésta no sería suficiente por sí misma para hacer una extensión de la cláusula [Hanotiau (2006) pág.341-344].

7 Otra de las razones que prueban que de la conducta de BICA no se puede desprender un consentimiento implícito es que no hizo parte, ni actuó durante la negociación del Contrato del Paquete Accionario. Para efectos de lo anterior, cabe mencionar que en el caso CCI número 4972 de 1989, los árbitros no extendieron el pacto arbitral a la parte no signataria sosteniendo que el rol que ésta había ejercido durante la etapa de negociación del Contrato Principal no había sido substancial, y que, en esta medida, no se podía deducir o inferir que había ratificado el acuerdo arbitral. Es entonces, importante recordar que BICA aceptó convertirse en fiador después de la negociación y de la redacción del contrato principal, sin haber hecho parte de estas etapas. Lo anterior se constata en el documento número 3, ya que se observa que fue firmado el 30 de Diciembre de 2005, es decir un (1) día antes de la firma del contrato de compraventa [Documento No. 4.].

8 Finalmente, como se explicará más adelante [párrafo 19 del presente escrito], por el hecho de ser BICA un comerciante profesional, con menor razón se puede afirmar que su conducta muestre una aceptación tácita del acuerdo arbitral.

9 Cabe concluir, que al no existir consentimiento implícito por parte de BICA de someterse a un tribunal arbitral, el argumento sostenido por la parte actora referente a la no exigencia del requisito de formalidad, resulta incorrecto en este caso.

b). La naturaleza de la fianza no hace que se le deba extender la cláusula compromisoria a BICA.

10 Naturaleza de la fianza. El Contrato de Fianza tiene un carácter accesorio, ya que es en sí una garantía de las obligaciones estipuladas en otro contrato. Sin embargo, es importante rescatar que el fiador no garantiza todas las obligaciones pactadas en un contrato principal; por lo general garantiza obligaciones de carácter dinerario y no de hacer o no hacer. En caso tal de afianzarse el objeto de una obligación no dineraria, la fianza genera la obligación de pagar la suma de dinero que corresponde a los perjuicios por el incumplimiento. Al respecto se ha referido la doctrina estableciendo que, “*puede darse caución de la obligación de un hecho personal cuya prestación*



*no puede hacerse más que por el deudor principal puesta esta obligación se convierte, por su inejecución, en una obligación de daños y perjuicios que la caución puede pagar, lo que basta para que la fianza sea contratada válidamente” [Pothier Pag. 257], y en este mismo sentido se ha referido sosteniendo que “nada impide que se afiance una obligación de dar, hacer o no hacer, debiendo precisarse que en tal caso la fianza no tendría por objeto la ejecución de la obligación principal en el lugar del deudor, pues la fianza garantiza solamente la indemnización de perjuicios que incumbiría al deudor principal” [Weill]. Es de esta manera cómo en el presente caso, BICA no se encuentra obligado a ejecutar la prestación no dineraria del contrato principal, siendo ésta la de someterse a un Tribunal Arbitral, sino a pagar los perjuicios que se causen por la infracción. Sobre el particular, es posible hacer alusión a la doctrina y al Derecho Comparado. Por ejemplo, tanto en Derecho Chileno como en Derecho Colombiano, que tienen como autoría intelectual a Don Andrés Bello (Art. 2.369 Código Civil Colombiano, Art 2343 Código Civil Chileno), la prestación derivada de la fianza siempre es de carácter dineraria. Dicha postura es también establecida por el Código Civil Mexicano en su artículo 2794 que establece “La fianza es un contrato por el cual una persona se compromete con el acreedor a **pagar** por el deudor, si este no lo hace.”(Negrilla por fuera del texto).*

11 Ahora bien, el Código Civil Argentino sostiene de manera similar en su artículo 1992 que, *“cuando la obligación principal no tuviere por objeto el pago de una suma de dinero, o de un valor apreciable en dinero, sino la entrega de un cuerpo cierto, o algún hecho que el deudor debe ejecutar personalmente, el fiador de la obligación sólo estará obligado a satisfacer los daños e intereses que se deban al acreedor por inejecución de la obligación.”* En este mismo sentido, el Profesor Ricardo Luis Lorenzetti se ha referido al objeto de la fianza en los siguientes términos, *“cuando el objeto de la obligación afianzada no fuere de dar sumas de dinero, sino de dar cosas ciertas o de hacer, la obligación del fiador sólo será la de satisfacer los daños de intereses que se deban al acreedor por la inejecución de la obligación” [Lorenzetti Pág. 397-398].*

12 En este orden de ideas, es ahora pertinente referirnos a la definición de lo “accesorio” como tal ya que el adagio de “lo accesorio sigue la suerte de lo principal”, ha sido argumentado por la parte demandante para extender la cláusula compromisoria al contrato de fianza. Ahora bien, sirve dar un simple vistazo al *Diccionario Jurídico Cornu*, para darse cuenta que la obligación



que tiene un carácter accesorio es distinta de la obligación principal “*el accesorio es el elemento que está ligado a un elemento principal, aunque distinto de éste, que se encuentra en posición de dependencia de éste último, ya sea porque lo complementa o porque sin él no existe*” (Traducción libre). Sirve también, darle una mirada a lo establecido por Monsieur Gobeaux, “*Lo accesorio no debe ser confundido con lo principal. Es individual*”, “*La cualidad de lo accesorio no es suficiente para justificar una asimilación a lo principal*”. Por todo lo anterior, el carácter accesorio del contrato de fianza no debe dar dudas sobre su propia autonomía [Chaaban]. Es entonces en razón de su autonomía que goza de obligaciones propias (pagar), establecidas por su misma finalidad, y que no juega el mismo papel de deudor principal.

13 Por otro lado, reforzando la idea anterior, es importante mencionar que “*la función del carácter accesorio del contrato de fianza no es la de asimilar la obligación de la fianza a aquella del deudor principal, sino la de limitar el alcance de la obligación de la fianza. El carácter accesorio que se le da esencia de la fianza, permite determinar los límites más allá de los cuales la fianza no podría ser comprometida. Es decir, que el principio de lo accesorio juega como un límite, no afirma en lo absoluto que el compromiso de fianza abrace los contornos de la obligación principal*” [Chaaban] (Traducción libre y negrilla por fuera del texto).

14 Es entonces claro que la obligación accesoria es diferente de la obligación principal. En este caso, la obligación del contrato de fianza es la de asumir el pago de lo debido por parte del deudor, si se da cumplimiento de las condiciones del contrato principal. No es su obligación la de someterse a un tribunal arbitral.

15 Teniendo en cuenta la finalidad del carácter accesorio de la fianza, que es la de satisfacer el pago incumplido por parte del deudor, es posible afirmar que resulta indiferente la jurisdicción a la que se sometan las partes. Lo importante es dar cumplimiento al pago. Esto se confirma al leer a Rana Chaaban que sostiene que “*La obligación de garantía de fianza debe en efecto ser limitada a aquello que es estrictamente necesario para alcanzar la finalidad propia del contrato de fianza. Ella no podría exceder aquello que basta para ubicar al acreedor en una situación comparable a aquella que habría sido la suya si el hubiera tenido un deudor solvente.*” [Chaaban] (Traducción libre).



16 Habiendo hecho referencia a la legislación de diversos sistemas y a las posturas doctrinales, es por un lado, posible contradecir totalmente la tesis formulada por la parte demandante en el párrafo número 7, y por otro lado, se demuestra que BICA no está obligado a someterse a un Tribunal Arbitral.

17 Reservas. En este mismo orden de ideas, queremos hacer referencia al párrafo número 12 del memorial de la parte demandada, en el cual alega que *“como consecuencia también de la naturaleza de la fianza a la cual hicimos referencia, el fiador que no hizo reservas respecto de las obligaciones que se estaban asumiendo no puede tener un derecho mejor o más extenso que aquel que tiene el obligado principal”*. Dicho argumento es totalmente incorrecto en la medida en que, como se explicó anteriormente, la naturaleza de la fianza es puramente dineraria. Así las cosas, el fiador no tiene que formular reservas para evitar someterse a un Tribunal Arbitral, sino que por el contrario, en caso de querer que se le extienda la cláusula compromisoria, tiene que manifestar expresamente dicha voluntad.

18 Para efectos de lo explicado, cabe referirnos a lo dicho por el Profesor José Alberto Gaitán Martínez; *“cuando se trata del afianzamiento de prestaciones cuyo objeto consiste en dar cosas distintas de dinero, de hacer o de no hacer, todas ellas susceptibles de ser debidas por muchos, bajo el concepto de solidaridad antes previsto, es indudable que uno es el contenido de la prestación de los deudores solidarios y otro el de los fiadores aun en el escenario en que éstos se obliguen igualmente de manera solidaria”*. (Negrilla por fuera del texto).

19 Buen comerciante. Por todo lo anterior, se descarta también el argumento sostenido por la parte demandante en el párrafo número 9, referente a la diligencia de un buen comerciante. Es cierto que un buen comerciante como lo es BICA, debe revisar detenidamente el contrato que está soportando. Sin embargo, es también propio de un buen comerciante el conocer a profundidad los servicios que ofrece, en este caso, ser fiador. Con esta observación, y partiendo de la afirmación de que la fianza tiene una naturaleza y un objeto puramente dinerario, BICA no tiene por qué conocer una obligación inexistente para él, como lo es el sometimiento a un Tribunal Arbitral. Se afirma que es inexistente para el BICA en la medida en que *“la obligación del fiador, esto es, quien asegura la obligación de un tercero, es la de pagar al acreedor una suma de dinero, aun cuando la obligación principal no sea de este carácter.”* [Cuadra Folle. Pág. 149].



20 Obligaciones implícitas. Finalmente, los demandantes hacen referencia, en el párrafo número 17, a los artículos 5.1 y 5.1.2 de UNIDROIT, enfatizando en que las obligaciones nacidas en un contrato pueden estar expresas o implícitas. Consideramos pertinente analizar las razones por las cuales según el artículo 5.1.2 de UNIDROIT pueden nacer obligaciones implícitas de un contrato.

21 El primer caso se refiere a que las obligaciones implícitas pueden derivarse de la naturaleza y finalidad del contrato. Dicho supuesto indica que en nuestro caso, la obligación de arbitrar no le compete al fiador. Esto, en la medida en que la naturaleza de la fianza es pecuniaria. Es decir, que en caso de incumplimiento por parte del Vendedor, a lo único que estaría obligado el fiador sería a pagar una suma de dinero, el contrato de fianza tiene por objetivo el pagar el fracaso del deudor principal. *“El (el contrato) pretende asegurar una alternativa de pago en caso de incumplimiento por parte del deudor principal, y, por tanto, garantizar la satisfacción del acreedor al vencimiento del plazo” [Chaaban].* En segundo lugar, el artículo 5.1.2 en su numeral segundo, hace referencia a la costumbre. Para dicho caso es importante recordar que BICA comenzó por primera vez una relación comercial con los Vendedores al momento de firmar esta constitución de fianza, tal como se puede observar en la carta de aceptación. De lo anterior se puede destacar que no había una costumbre entre ambas partes que hiciera suponer que en caso de alguna desavenencia, el fiador se sometería al medio de resolución de conflictos mencionado. En tercer lugar, otro de los puntos del artículo 5.1.2 es la buena fe y la lealtad negocial. Para los mismos, es importante tener en cuenta que BICA actuó de buena fe por dos sencillas razones; por un lado porque asumió que tanto los Vendedores como los Compradores, debían, al ser profesionales, debían conocer las obligaciones del fiador, y por otro lado, porque en caso de darse un incumplimiento de pago por parte de los Vendedores, y a su vez cumplirse con las condiciones establecidas en el contrato para hacer efectiva la caución, BICA estaría dispuesto a responder por las mismas. Todo lo que se dijo anteriormente sirve para argumentar que no sale del sentido común que haya una obligación implícita de arbitrar en el presente caso.

22 Por todo lo ya mencionado, es posible concluir que en el contrato de fianza entre BICA y los Vendedores, no existe obligación implícita alguna de someterse a un Tribunal de Arbitramento. Es así como, BICA actuó de buena fe y con el interés de prestar el mejor servicio de **fianza**.

c). La autonomía del pacto arbitral



23 La autonomía del pacto arbitral es tan reconocida a nivel mundial que se ha convertido en uno de los principios generales del arbitraje. Varios laudos han reconocido dicho principio, sin considerar necesario el tener que justificarse en una ley nacional particular [*Fouchard Gaillard Goldman Chapter I.*].

24 Ahora bien, siendo la autonomía del pacto arbitral un principio general de arbitraje, es importante hacer referencia a que éste “*implica que el pacto arbitral es considerado independiente del contrato principal al cual se refiere el litigio, por lo cual el pacto arbitral no se ve afectado por los hechos que determinan la extinción o invalidez o suspenden la eficacia del contrato*” [*Cárdenas pág.79.*].

25 Habiendo observado que, en virtud del principio de autonomía o separabilidad, el pacto arbitral es considerado como un contrato independiente del contrato principal, es menester referirnos al caso que nos compete. En éste, el contrato de fianza es ajeno al pacto arbitral, en la medida en que los firmantes del contrato principal y del contrato arbitral, fueron únicamente los Vendedores y los Compradores. El fiador tan sólo firmó una carta de aceptación en la que se obligaba a responder por las obligaciones del Contrato de Compraventa que fuesen incumplidas por el Vendedor (refiriéndose exclusivamente a las obligaciones dinerarias, del objeto y naturaleza de la fianza), y no se obligó a responder por el incumplimiento de la cláusula compromisoria, siendo ésta un contrato aparte.

B. LA CLAUSULA COMPROMISORIA CONTENIDA EN EL CONTRATO DE COMPRAVENTA NO OBLIGA A ACUDIR AL TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO AL CONTENER UN PACTO DE SOMETIMIENTO A LOS TRIBUNALES DE MARMITANIA.

26 La interpretación propuesta por los demandantes no se ajusta al sentido literal de la cláusula ni a la voluntad de las partes, como lo establecen en el párrafo 26, por el contrario, dicha interpretación sólo conlleva o a una contravención del principio de la autonomía de la voluntad de las partes o a una patología.

1. El realizar una interpretación literal de la cláusula compromisoria conlleva a una patología.



27 A diferencia de lo establecido en el párrafo 26, la definición literal de la cláusula compromisoria conduce a una patología, ya que se refiere de forma paralela a iniciar procesos en la jurisdicción arbitral como ante los jueces de Marmitania.

28 Frédéric Eisemann, quien acuñó el término de “*patológicas*” para referirse a cláusulas que no cumplen con cuatro funciones fundamentales, incluyó dentro de estas cuatro causales el “*impedir la intervención de los tribunales estatales antes que el laudo sea emitido*” (Derains 191). La cláusula compromisoria contenida en el Contrato de Compraventa de forma clara impide esta función, al remitir toda “resistencia” a los Tribunales de Marmitania.

29 Del mismo modo, si se realizase una interpretación literal de la cláusula arbitral, toda la atención estaría centrada en la palabra “*Resistencia*”, la cual, según el Diccionario de la Lengua Española, Vigésima Segunda Edición, se encuentra definida como la Acción y efecto de resistir. Resistir a su vez, tiene como primer significado tolerar, aguantar o sufrir. Este tenor literal se puede emplear con el fin de establecer la intención de las partes de no acudir arbitraje al dar la opción de “resistir” y acudir a los jueces de Peonia.

2. La cláusula compromisoria no refleja la intención de las partes de acudir a arbitraje.

30 Cláusulas que no son consideradas como claras y eficaces bajo una interpretación literal muy a menudo son efectivas basadas en el hecho que reflejan la intención común de las partes de acudir a arbitraje. (*Lew, Mistelis & Kröll*, p.155; *Fouchard*., p.263). Este acercamiento está reflejado en la doctrina de Buena fe, la cual establece que la interpretación debe basarse en la voluntad de las partes en vez de adherirse de forma estricta a los términos utilizados (*Fouchard* p.257).

31 Tal y como lo establece el punto 2.1 de los demandantes, no existe contradicción en la cláusula arbitral, las partes, amparadas por el principio general que les otorga la libertad de acordar la forma cómo van a resolver cualquier disputa que suja entre ellos (*ver: Heyman v. Darwins, Nesbitt; Henry Quinlan 139*), simplemente introdujeron una cláusula que no compromete a arbitraje. En este caso, lo único que es claro es que las partes no tenían la intención de someterse a arbitraje sin más condiciones. Dicha cláusula refleja que las partes no quisieron incluir en el Contrato de Compraventa de Acciones una cláusula compromisoria que fuera por si misma eficaz, ya que la condicionaron al hecho que no existiera alguna “resistencia”.



32 Este tipo de cláusulas “opcionales” (*Simon Nesbitt; Henry Quinlan 137*) no son del todo desconocidas en el mundo del arbitraje, a veces las partes se ponen de acuerdo en redactar disposiciones que consideran el arbitraje solo como una alternativa opcional o medio de solución de controversias en el futuro si se producen conflictos, mas no exigen la presentación obligatoria de las controversias futuras al arbitraje. (ver: *Three Shipping Ltd v. Harebell Shipping Ltd* [2004], *Thorn Security (Jong Kong Ltd) v. Cheung Fee Fung Cheung Constr. Co., Westfal-Larsen Co. AS v. Ikerigi Compania Naviera SA* [1983], *Deaton Truck Line, Inc. v. Local Union 612, Affiliated With the Int'l Brotherhood Of Teamsters, Chauffeurs, Warehousemen And Helpers of Am., Wash. Mut. Bank v. Crest Mortg. Co* citados en Born capítulo 5)

33 Aun mas, podemos ver como esta cláusula no fue redactada a última hora, ya que dicha cláusula está contenida en la cláusula 17 del Modelo de Convenio que redactó FAMA y propuso en su data room con mucha anterioridad al contrato. Este hecho reduce la posibilidad que se hayan cometido errores. Por el contrario, es razonable esperar que estos términos hayan sido escogidos de forma cuidadosa. Los demandantes tuvieron suficiente tiempo para considerar la redacción de la cláusula.

34 En este caso BICA no está de acuerdo a acudir a arbitraje, por esta razón, existe una resistencia, de este modo, tal como designa la intención de las partes, las desavenencias deben ser sometidas a los tribunales judiciales de Peonia.

3. Todos los métodos de interpretación conducen a un resultado que no permite el arbitraje.

35 Al referirse a la interpretación de la voluntad de las partes, los demandantes deben tener en cuenta que esto se logra de dos formas: la interpretación efectiva y el principio de Buena Fe. Sin embargo, ninguno de estos métodos conduce a la interpretación de los demandantes.

Al interpretar una cláusula compromisoria ambigua, con el fin de darle efecto a la voluntad de las partes, tiene que reconocerse que una cláusula defectuosa sólo puede ser salvada cuando, por medio de la interpretación, puede llegarse a un nivel significativo de certidumbre sobre la verdadera intención de las partes (*FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN, p. 264*)

36 Sobre esto la CCI se ha pronunciado en su Laudo N°2795/1977, donde afirma que “*se debe buscar la verdadera y real intención de las partes, sin apego a expresiones inexactas o equívocas que puedan estar contenidas en él, por error u olvido de las partes*”.



a. En este caso no se puede utilizar el principio de interpretación efectiva

37 Los demandantes afirman que la interpretación es la única forma de hacer efectiva la referencia a la jurisdicción de Marmitania dentro de la cláusula compromisoria. Esto está en principio con la interpretación efectiva, la cual establece que se debe “*preferir la interpretación que le da sentido a la redacción, en vez de aquella que las vuelve ineficiente*” (ver Fouchard/Gaillard/ Goldman, p. 258).

38 En este caso, tampoco es plausible aplicar el principio ‘*in favorem validitatis*’ ya que dicha interpretación solo es posible cuando la voluntad de las partes se puede encontrar de forma no ambigua. Como se expuso anteriormente, en el presente caso es imposible construir la cláusula compromisoria de esta forma. En este sentido, el principio *in favorem validitatis* no justifica acuerdos arbitrales ficticios.

39 De cualquier forma las cortes se han alejado de la interpretación literal de las cláusulas, y prefieren la interpretación de la voluntad de las partes en vez del principio general *in favorem validitatis* (Fouchard. p.261). Por esta razón, debe prevalecer la intención de las partes de no acudir a arbitraje de manera incondicional, y en este caso, prevalecer su voluntad de no acudir a arbitraje en caso de resistencia.

40 Sobra recordar, frente a su argumento 2.3, que “*la conveniencia*” no es un método para subsanar patologías, esclarecer la intención de las partes ni para acudir a arbitraje. Más aun, cuando la voluntad de las partes es clara en establecer que se debe acudir a los Tribunales judiciales de Peonia en caso de resistencias. El principio de la primacía de la voluntad de las partes debe ser respetado y no puede ser desconocido por razones de “*conveniencia*”.

b. La cláusula compromisoria debe ser interpretada contra proferentem.

41 Los hechos expuestos conducen a concluir que existe un nivel significativo de incertidumbre en cuanto a que jurisdicción debe acudirse. Cualquier ambigüedad redactada por la parte debe ser interpretada *contra proferentem*, o contra esa parte (UNIDROIT Principio 4.5; BERGER, p. 551; FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN, p. 259; BERNSTEIN/LOOKOFSKY, p. 131; DIMATTEO, p. 202), esta establece que las cláusulas ambiguas deben ser interpretadas en contra de la parte que las redactó (Fouchard et al. p.260; Art. 4.6 Principios UNIDROIT).

42 Este principio se basa en la política que quien redacta una cláusula no debe poder usar la ambigüedad a su favor (Fouchard et al. p.260). Los demandantes redactaron una cláusula



compromisoria ambigua y no deben ser los competentes para determinar a qué jurisdicción remite la cláusula después de presentada la desavenencia. Eso sería premiar a los demandantes quienes fácilmente pudieron redactar una cláusula sin ninguna condición.

4. Cláusulas compromisorias han sido rechazadas por falta de certitud.

43 Las cláusulas compromisorias pueden no tener efectos si no son lo suficientemente claras y certeras, teniendo un único sentido de interpretación, o si la institución no puede ser identificada con un cierto grado de certeza. (Redfern/Hunter p.197; Fouchard et al. p.264).

44 En una decisión de 1997, una corte americana no hizo efectiva una cláusula compromisoria porque consideró que la cláusula no definía de forma certera y que la corte “*no tenía autoridad para reescribir un contrato escogiendo cuál de esas cortes fue la intencionada por el acuerdo arbitral*”(National Material v. Tang)

5. Validez de las cláusulas opcionales

45 En este caso estamos frente a una obligación sometida a una condición puramente potestativa, es decir un pacto arbitral puramente potestativo que en muchas jurisdicciones carece de valor.

46 A nivel de derecho comparado se ha discutido mucho la validez de cláusulas que le otorgan a una parte el derecho de decidir si se acude a arbitraje o a la jurisdicción estatal, hasta el punto que han habido jurisdicciones que han reconocido la validez de las mismas como es el caso de Australia (*PMT Partners Pty Ltd v. Australian National Parks & Wildlife Service, Mulgrave v. Hagglands. Ver también: Nesbitt y Quinlan 144*), Italia (Decisión de la Corte di Cassazione No. 2096 del 22 de Octubre de 1970. Ver también: Nardulli y Giampieri 393-401, Rubino-Sammartano 16-19) Francia (Cour d'appel d'Angers, 25 de Septiembre de 1972, Premiere chambre civile, 15 de Mayo de 1974). Otras, por el contrario, las han desconocido, como es el caso de Alemania (*Zöller/Geimer, s. 1029 párrafos 35 y 37*).

47 Si se acepta la validez de esta cláusula opcional, queda claro que las partes quisieron que por voluntad de cualquiera de ellos no se acudiera a arbitraje y no puede desconocerse tal voluntad. Si se considera que encuentra esta cláusula como inválida el efecto es que no hay pacto arbitral válido.



Conclusión de la segunda cuestión

48 A pesar del método de interpretación la voluntad de las partes permanece clara. El establecer que las partes pactaron arbitraje es una especulación y viola el principio de la autonomía de la voluntad de las partes. Por esta razón, la patología de la cláusula compromisoria no puede ser curada. La cláusula compromisoria no puede producir efectos y este tribunal arbitral no es competente

II. ARGUMENTOS SOBRE EL FONDO DE LA DISPUTA.

A continuación, esta parte Demandada procederá a dar contestación a cada una de las cuestiones planteadas por la Demandante como sustento de sus pretensiones en los siguientes términos:

PRIMERA CUESTIÓN: La responsabilidad de los VENDEDORES

49 1.1 Primeramente, no es cierto como sostiene el demandante, que el juicio de Carlos Manuel Mayoral, sea una de las contingencias cubiertas por la garantía por el hecho de no estar excluido en el numeral 25.3 del contrato de compraventa de acciones [Documento No. 4.]. En efecto, lo que el numeral en mención indica es una circunstancia especial en la que específicamente se expresa que aún cuando una contingencia cumpla con las características que establece el contrato de compraventa [Documento No. 4.] para estar amparada por la garantía y aún cuando se cumplan las condiciones para hacer efectiva la garantía, ese tipo específico de contingencia (préstamos de consumo) no está amparado. Aspecto este que dista sobremanera de afirmar que fuese la única eventualidad excluida de la garantía, porque además de esta situación también se excluyeron del amparo de la garantía, todas aquellas contingencias que no cumplan con todos los supuestos del contrato de compraventa [Documento No. 4.] y la cláusula 25.

50 En segundo aspecto, tampoco es cierto que se hayan cumplido todos los requisitos que establece la cláusula 25. Vale recordar que es el cumplimiento de todos y cada uno de ellos, *condictio sine qua non* para hacer efectiva la garantía. Así las cosas el hecho de faltar el cumplimiento de un solo requisito, cualquiera de ellos, enerva la procedencia de la garantía.

51 Ahora bien, entrando en materia, sostenemos que es falsa la aseveración que hace el demandante respecto del cumplimiento de todos los supuestos que dicta el contrato de compraventa para hacer efectiva la garantía.



52 1.2 La parte demandante sostiene que el hecho se generó antes de la fecha de cierre. Sin embargo, lo anterior no es cierto. La fecha de cierre para estos efectos es 31 de diciembre de 2005, situación que supone que el pasivo debió originarse antes de 31 de diciembre de 2005 y lo cierto es que según la comunicación de FAMA a BICA de 8 de mayo de 2008 [*Documento No. 8.*] la sentencia que pone fin al pleito de Carlos Manuel Mayoral con el efecto de cosa juzgada, fue comunicada en mayo 6 de 2008. Esto indica que FAMA no tuvo como un pasivo (contingencia) el juicio en mención a la fecha, porque no existió siquiera un título ejecutivo con el que pudiera ser reclamado el pago sino hasta dos años y seis meses por fuera del término estipulado en el contrato, cual fue la sentencia de segunda instancia. De esta forma la comunicación de BICA a FAMA de 18 de septiembre de 2007 [*Documento No. 9.*] corresponde al contrato porque con el incumplimiento de un solo requisito de la contingencia debe ésta descalificarse como contingencia cubierta por la garantía, y ello se verifica con la lectura misma de la cláusula 25 del contrato de compraventa, que indica que no están cubiertas las contingencias generadas con posterioridad a la fecha de cierre, como es el caso de la sentencia de segunda instancia de la Sala Comercial de la Corte de Apelaciones de Coronel Garmendia, notificada en mayo 6 de 2008.

53 Al no observar cumplida una de las características de la contingencia establecida en el contrato, se torna imposible hacer exigible la garantía, sin embargo, en gracia de discusión procedemos a evaluar lo propio con los demás supuestos.

54. 1.3 Según la DEMANDANTE, FAMA cumplió con haber comunicado la contingencia en debida forma y dentro de los dos años siguientes a la fecha de cierre. El anterior es un planteamiento errado, dado que la contingencia a comunicar debía haberse originado antes de la fecha de cierre, y ser notificada dentro de los dos años siguientes a la fecha de cierre, es decir, debía haberse originado antes de 31 de diciembre de 2005, y notificarse entre diciembre 31 de 2005 y diciembre 31 de 2007. Pero líneas atrás quedó claro que la contingencia no se originó previo a la fecha, y peor aún, se originó en mayo de 2008, entonces ¿cómo iba a poder notificarse una contingencia que no existía? Esto era sencillamente, era imposible.

55 1.4.1 Sostiene la parte la parte Demandante que la sociedad debió registrar el juicio en el listado de juicios entregado por los VENDEDORES, estableciendo en primer lugar, y en forma



equivocada, que el objeto del *Due Dilligence* contratado por ésta, consistía en corroborar que la información suministrada por Garboso y Lince coincidiera con los respectivos registros, además de obtener conocimiento acerca del funcionamiento de la empresa y de su valor. Por el contrario, debe señalarse que el objeto del *Due Dilligence* tal y como se puede evidenciar en los hechos 2.1.13 a 2.1.15 del caso, era el de buscar meticulosamente cualquier circunstancia susceptible de hacer variar el precio de compra; razón por la cual los señores Garboso y Lince permitieron y sin ninguna clase restricción a la consultora “ZAS” llevar a cabo las averiguaciones del caso.

56 Ahora bien, en cuanto a la afirmación de la Demandante según la cual el juicio iniciado por Mayoral debió haber sido incluido en el listado de juicios que los Vendedores le entregaron FAMA, deben hacerse las siguientes salvedades: En primer lugar, si bien es cierto que los Vendedores entregaron a FAMA un listado en donde se incluían juicios en contra de DISA, en ningún momento se estableció que en éste se incluirían la totalidad de los juicios. Debe tenerse en cuenta, que el listado entregado por los Vendedores, no fue más que un documento de carácter informativo por el cual se intentó facilitar el trabajo de quienes harían el *due dilligence*. Si bien resulta cierto que el juicio iniciado por Mayoral no estaba incluido dentro del listado de juicios proporcionado a FAMA, ello no significa entonces que los Vendedores garantizaran la inexistencia de otros juicios y tampoco significa que el juicio iniciado por Mayoral no estuviera debidamente registrado, pues como será demostrado en las siguientes líneas, la evidencia del juicio estaba contenida en uno de los documentos de mayor trascendencia para la sociedad como lo son las Actas de directorio.

57 1.4.2 La parte demandante sostiene que la información no fue consignada en los términos que las Normas Internacionales Contables lo exigían. Esta afirmación es falsa y contradictoria. Es falsa porque de acuerdo con las NIC 37, el numeral 4 expresamente indica que si es remota la probabilidad de que la sociedad deba contemplar la salida de recursos (es decir, se afecte el flujo de caja), no es obligatorio hacer la respectiva provisión, ni tampoco revelar la situación como una obligación contingente. El carácter remoto del éxito de la demanda promovida por Mayoral, está probado en el mismo documento 19, dónde se encontró un dictamen de 17 de diciembre de 2003 firmado por un reconocido profesor de Contratos Comerciales de la Universidad de



Marmitania, el Dr. Gervasio Burgos, en el cual señalaba que *“la demanda promovida por el Sr. Mayoral carece de adecuado sustento legal y estimo que sus posibilidades de éxito son escasas”*. De otro lado, es contradictoria porque inclusive el demandante mismo reconoce esta situación en su argumentación en el párrafo 83, y sin embargo, insiste en que la información fue mal registrada. He aquí, el argumento principal de nuestra defensa, el demandante centra su petición en el hecho de un mal registro de la información. Pero ello además de ser falaz, no basta para concluir que registrar erróneamente a su juicio, (ya observamos que el registro estuvo acorde con las NIC 37) es sinónimo de que la información estuviese incompleta. Son dos aspectos diferentes que el demandante confunde y con los cuales pretende hacer valer su argumentación.

58 1.4.3. Argumenta equivocadamente la parte Demandante, que la actuación de ZAS no fue deficiente. Para tal efecto, hace un recuento de la trayectoria profesional de ZAS y a continuación establece que *“habiendo transcurrido un plazo tan importante entre la firma de la intención y el informe presentado, corresponde deducir que ZAS obró, cuando menos con tiempo suficiente para realizar el due dilligence”*. Seguidamente establece que no hay motivos que permitan entender que ZAS haya obrado de mala fe, y, continúa su argumento estableciendo que el hecho de que esa consultora hubiera presentado su informe con una semana de anticipación, permite entender que esta *“no considero que hubiera más archivos o documentos por revisar”*. A renglón seguido establece que *“sí existe un juicio del cual no puede tenerse conocimiento observando los archivos de la sociedad es porque la documentación al respecto deficiente o se encuentra fuera del alcance de terceros”* y finaliza su argumentación aduciendo que *“si la existencia de un contrato de agencia no consta en los documentos de la sociedad, debería entenderse que tampoco se registraría un juicio derivado de dicho contrato”*.

59 Al respecto, sea lo primero señalar que, sostener que por haberse contratado un *due dilligence* con una empresa especializada (la consultora ZAS) este debió haberse realizado de la mejor manera, es totalmente infundado o a lo sumo, insuficiente argumentación con la cual defender una posición ante instancias jurídicas. Lo anterior porque a partir de la buena trayectoria y reconocimiento de la consultora ZAS, no puede concluirse que el trabajo realizado por ésta haya sido suficiente y eficiente. Primero, como premisa básica, porque todos hasta los más expertos cometen todo tipo de errores. Y segundo, porque a pesar de la supuesta experiencia y trayectoria



de ZAS, no hay prueba alguna de la cual se pueda colegir la experiencia de esa sociedad en la consultoría de empresas con actividades como las de DISA, así como su trayectoria en el Estado de Marmitania.

60 Entonces no son de recibo las afirmaciones del demandante respecto de la diligencia de ZAS, por el tiempo que tuvo para hacer el due dilligence ni por la cantidad de países en los que la consultora ha prestado servicios. Cantidad de tiempo y de lugares, no implican por antonomasia, calidad a la hora de presentar resultados. En el mismo sentido, no es necesario que ZAS haya obrado de mala fe, basta con haber cometido errores en el proceso de búsqueda de información, como en efecto sucedió. No de otra forma puede comprenderse cómo los nuevos administradores de DISA (FAMA) y el apoderado de BICA, pudieron encontrar la documentación relativa al caso de Carlos Mayoral y ZAS una consultora de (según el demandante) reconocido nombre y experiencia, no; teniendo especialmente en cuenta que todos, ZAS y DISA (FAMA) y el apoderado de BICA, tuvieron acceso a las mismas fuentes de información, a los mismos archivos, y adicionalmente, que los documentos en cuestión se encontraban en poder de DISA.

61 De lo anterior se colige que, si tenían a disposición tanto el DISA (FAMA) y el apoderado de BICA, como ZAS, acceso a los mismos libros, a las mismas fuentes de información de la situación jurídica y económica de DISA; pero si además la documentación efectivamente estaba en poder de DISA (ver hechos 2.7.4 y 2.7.5) y los primeros encuentran dichos documentos y ZAS no, ha sido por falta de diligencia del segundo, por error suyo.

62 Inclusive, llama la atención el hecho de que ZAS haya entregado su informe con una semana de anticipación al plazo estipulado, *“con lo que ha de entenderse que no considero que hubiera más archivos o documentos por revisar”*, como lo manifiesta el demandante en párrafo 91. Entonces, de acuerdo con lo manifestado por la demandante misma, ZAS no consideró que hubiera más archivos por revisar, pero en efecto, desestimó el acta de directorio y las facturas por concepto de honorarios para un juicio que no estaba relacionado en el acápite de juicios. Es válido entonces concluir que fue por falta de diligencia de ZAS, que FAMA no tuvo en cuenta el pleito de Mayoral en Coronel Garmendia.



63 Adicionalmente, frente a la manifestación realizada por la Demandante, según la cual “*habiendo transcurrido un plazo tan importante entre la firma de la intención y el informe presentado, corresponde deducir que ZAS obró, cuando menos con tiempo suficiente para realizar el due dilligence*”, debe advertirse por parte de esta Defensa, que ello no resulta cierto; pues aunque de los hechos del caso se establece que el informe final del *due dilligence* fue presentado por ZAS el día 23 de diciembre de 2005, no hay prueba alguna que establezca con exactitud la fecha en la cual la consultora ZAS inició el *due dilligence*. Así las cosas, al no poderse establecer con exactitud el tiempo transcurrido desde el inicio del *due dilligence* hasta la culminación del mismo, mal podría concluirse que ZAS hubiera actuando con el tiempo suficiente y mucho menos que “*no considero que hubiera más archivos o documentos por revisar*”. En todo caso, debe tenerse cuenta, que aún así bajo el supuesto de poderse establecer el tiempo que tomó ZAS en la realización del trabajo contratado, ello en nada prueba que el *due dilligence* se hubiera hecho en forma correcta.

64 Ahora bien, en relación con la declaración realizada por la Demandante según la cual “*si existe un juicio del cual no puede tenerse conocimiento **observando los archivos de la sociedad** es porque la documentación al respecto es deficiente o se encuentra fuera del alcance de terceros*”, debe advertirse que ello tampoco resulta cierto. Del hecho de que la consultora ZAS, durante el *due dilligence*, no hubiera encontrado documento alguno del cual pudiera derivar la existencia del juicio iniciado por Mayoral en contra de DISA, no se puede deducir que dentro de la sociedad no hubiera registros como efectivamente los hubo, acerca del Juicio. Por el contrario lo que tal afirmación significa, es que el *due dilligence* no fue debidamente realizado. Esta afirmación es respaldada por la aclaración (4.2), citada previamente, de modo que, contrario a lo indicado por la parte Demandante, dentro de los archivos de DISA sí estaba registrada la información pertinente para establecer la existencia del juicio iniciado por Mayoral.

65 Debe advertirse que no hay evidencia alguna a partir de la cual se pueda colegir que los documentos que dieron cuenta del juicio de Mayoral, encontrados por los nuevos administradores de DISA, se encontraran ocultos en forma tal, que no hubieran podido ser advertidos por parte de ZAS al momento de realizar el *due dilligence*. Por el contrario, a partir de los hechos del caso, se deduce que los documentos mencionados hacían parte de la



documentación de la sociedad y que por tanto eran accesibles y visibles a todo aquel que indagará en la documentación de DISA; todo lo cual se corrobora con el hecho de que los documentos hubiesen sido encontrados por los nuevos administradores de DISA, después de notificados de la sentencia de primera instancia y por la búsqueda realizada por el apoderado de BICA obrante como documento 19.

66 En segundo lugar, debe advertirse, que los documentos a que hacemos mención en el párrafo anterior, debieron haber sido evaluados por la consultora ZAS como consecuencia del *due diligence* realizado. Debe recordarse que de conformidad con la aclaración **(4.2)** arriba citada, en el Acta de directorio de DISA, de fecha 2 de mayo de 2003, se encontró información relevante que daba cuenta de la existencia del juicio instaurado por Mayoral.

67 Así las cosas, surge el siguiente interrogante. ¿Por qué ZAS, con motivo del *due diligence* no revisó las Actas de directorio de DISA, o por qué de haberlo hecho no advirtió la información respecto del juicio de Mayoral en contra de DISA?

68 Las Actas de directorio, además de ser un documento mecanográfico en el cual se soporta lo acontecido en las reuniones del Directorio, constituyen uno de los documentos de mayor trascendencia para la sociedad, en tanto que en ellos se incorporan las decisiones del máximo órgano de administración. En palabras del tratadista y profesor Francisco Reyes Villamizar, *“la finalidad del acta, no es otra que dejar constancia histórica de todo lo tratado en la en la respectiva reunión, con la claridad y precisión suficientes, de suerte que un futuro próximo o remoto, dicho documento resulte idóneo y bastante para despejar eventuales dudas o encontrar los rastros que anteceden a una determinada decisión.”* [Reyes Villamizar 578]

69 Así las cosas, del hecho de que la consultora ZAS no hubiese advertido en el contenido de las Actas de directorio, el juicio instaurado por Mayoral en contra de DISA, se debe concluir que efectivamente ZAS omitió revisar los libros de Actas de Directorio o, que habiéndolos revisado, no se percató del contenido de las mismas.

70 No otra puede ser la conclusión del anterior análisis, ZAS y FAMA fallaron en la revisión de los documentos y por eso omitieron tener en cuenta el juicio de Carlos Mayoral. Fue la falta de diligencia en la revisión lo que condujo al presente conflicto y por lo tanto no puede ser



imputado este hecho a BICA, aludiendo una supuesta efectividad de la obligación de garantía frente a las obligaciones del vendedor DISA.

71 Por último, y en relación con este punto, debemos manifestar acerca de la equivocada afirmación de la parte Demandante según la cual *“si la existencia de un contrato de agencia no consta en los documentos de la sociedad, debería entenderse que tampoco se registraría un juicio derivado de dicho contrato”*. A ese respecto, lo primero que debe señalarse, es que tal y como quedo evidenciado en anteriores líneas, la existencia del juicio de Mayoral en contra de DISA sí se encontraba efectivamente registrada en uno de los documentos de mayor trascendencia de la sociedad como lo son las Actas de Directorio de fecha 2 de mayo 2003. Adicionalmente, resulta necesario advertir, que del hecho de que no se hubiera registrado el supuesto contrato de agencia, no se puede entonces concluir que *“tampoco se registraría un juicio derivado de dicho contrato”*. Debe recordarse que según lo establecido en el hecho 2.4.3 del caso, la controversia surgida entre Mayoral y DISA tenía como fuente la supuesta ruptura incausada e intempestiva del contrato de agencia; lo cual no significa, como erradamente lo hace el Demandante, que se haya celebrado un contrato de agencia entre Mayoral y DISA; y aún en tal evento, pudo no haberse hecho por escrito, todo lo cual explica el hecho de que el contrato no estuviera registrado.

72 Así las cosas, no queda duda de que el juicio instaurado por Mayoral en contra de DISA, estaba registrado de manera efectiva en uno de los documentos más importantes de cualquier sociedad como son los libros de Actas de Directorio, a partir de lo cual se puede concluir que el *due dilligence* realizado por ZAS, no se llevo a cabo con la diligencia debida; pues de lo contrario se hubieran percatado del contenido del Acta de directorio y con ello del juicio de Mayoral en contra de DISA.

73 1.4.4. Argumenta la parte Demandante que la documentación que BICA encontró en la auditoría realizada, luego de la demanda de arbitraje no es documentación suficiente.

74 Sin ánimo de adentrarnos nuevamente en los temas anteriormente tratados, resulta importante señalar que para esta Demandada las consideraciones expuestas allí por la parte Demandante no resultan verdaderas.



75 Como primera medida, debe tenerse en cuenta FAMA no sólo tuvo a su disposición documentación suficiente sino toda la información relevante a partir de la cual se pudiese determinar la existencia del juicio iniciado por Mayoral en contra de DISA. Lo anterior se desprende tanto del Acta de directorio, como de las facturas de honorarios emitidas por el doctor Expedito Ramírez. Vale decir, tal y como quedó señalado en anteriores líneas, que en un Acta de directorio se consignan todos los datos relevantes y trascendentes como constancia histórica de los rastros que anteceden a una determinada decisión, en este caso, el otorgamiento del poder al Dr. Expedito Ramírez, no de otra forma puede entenderse que los miembros de una sociedad tomen decisiones sin saber en qué consisten las situaciones respecto de las cuales las toman.

76 Como segunda medida, en cuanto a la afirmación de la Demandante según la cual *“esta documentación no fue exhibida a FAMA previo a la compra de las acciones BICA ni tampoco se encontraba en posición de ser encontrada por ZAS en el due dilligence”* resulta necesario advertir que efectivamente los Vendedores si estaban en la obligación de exhibir a FAMA documentos, pero **únicamente** aquellos que les fueran solicitados previamente por los auditores; todo lo cual se soporta en la clausula 18.2 de la Carta de intención en la cual se lee *“Los Vendedores se obligan a exhibir todos los documentos que los auditores les soliciten sin excepción de ninguna clase...”*.(Subraya y negrilla fuera del texto) Así entonces, al no haber sido solicitado documento alguno por parte de los auditores, tampoco surgió obligación alguna a cargo de los Vendedores.

77 En relación con este punto es de resaltar la cláusula 26.5 del contrato de compraventa según la cual:

“Los compradores recibieron de los vendedores y/o La Sociedad todos los antecedentes y elementos documentales solicitados a efectos de llevar a cabo el proceso de auditoría de compra relativo a la transacción reflejada en este Contrato y, los ha hecho revisar por sus Representantes, Consultores y Asesores.”

78 Lo anterior, en el sentido que prueba que DISA nunca se rehusó a entregar documentación alguna solicitada por los Compradores, quienes declararon haberla recibido a satisfacción.



79 Ahora bien, habiendo establecido que la obligación de entrega de documentos por parte de DISA a FAMA estaba sujeta a solicitud de la última, y sin perjuicio de esto, DISA diligentemente puso a disposición de FAMA toda la información pertinente para determinar la existencia del Juicio de Mayoral porque no obstante no haberse situado el juicio en cuestión bajo la relación de “juicios” ni en el rubro de contingencias y pasivos (porque, de nuevo, conforme a las NIC 37 no debía hacerse), en ellos estaban todos los documentos que pudieran ser necesarios para determinar la existencia y cualquier otro aspecto relacionado con el juicio en Coronel Garmendia; como en efecto sucedió, de acuerdo con la aclaración 4.2 arriba transcrita.

80 Como tercera medida, en cuanto a la afirmación según la cual la documentación no hubiera podido ser encontrada por ZAS, ello queda claramente desmentido y sin fundamento a partir del hecho de que los nuevos administradores hubiesen encontrado esa documentación, y sin ningún inconveniente, una vez notificados de la sentencia de primera instancia, tal y como así lo especifica la aclaración (4.2) arriba transcrita.

81 Por último, corrobora el hecho de que la información relativa al juicio de Mayoral, estuvo siempre a disposición de los nuevos administradores de DISA, el resultado de la búsqueda realizada por el apoderado de BICA, (documento 19) la cual concluyó con el hallazgo de los documentos hartamente mencionados: el Acta de Directorio de 2 de mayo de 2003 y las facturas por concepto de honorarios.

82 En conclusión, la documentación del juicio de Carlos Manuel Mayoral estaba consignada en los documentos aportados por los vendedores a los compradores de forma completa y evidente.

83 Una vez demostrada la calidad de la información entregada, y encontrándola ajustada a los términos del contrato, es menester poner en consideración lo siguiente: nótese que el argumento central del demandante para determinar que la documentación no fue aportada de manera completa, se agota en sostener que no lo fue, por no haberse incluido en el listado de juicios entregado por Garboso y Lince a FAMA y por no haberse incluido como una provisión en el Balance General, pero no se ocupa, en momento alguno, por más que el párrafo 75 de su escrito así lo sugiere, en establecer el alcance de la expresión “completo”. Claro, no lo hace por cuanto el yerro de la Sociedad que representamos estuvo supuestamente dado por la ubicación de la



información, (en efecto el juicio de Carlos Mayoral no estuvo incluido en el acápite: “listado de juicios”) pero no por entrega parcial ni mucho menos por omisión total de la documentación, porque es un hecho probado (ver Documento No. 19) que la información relativa al juicio de Carlos Mayoral se encontraba a disposición de FAMA o sus consultores y asesores.

SEGUNDA CUESTIÓN. El deber de colaboración y buena fe de las partes.

84 2.1 Afirma equivocadamente la parte Demandante, desconociendo los términos en que se obligaron las partes que *“la actuación de los VENDEDORES resulta, cuanto menos cuestionable”* y en el párrafo 111 de su escrito establece además que a luz del principio de la buena fe, *“los Vendedores debían poner a disposición de FAMA cuanta documentación tuvieran referida al funcionamiento de la sociedad, y de no obstaculizar de manera alguna el due dilligence que a tales fines se había contratado”*.

85 Efectivamente, en cabeza de los Vendedores, recaía una obligación de hacer consistente en poner a disposición de los Compradores, más específicamente a los auditores, la documentación de la sociedad, pero **única y exclusivamente** cuando dicha información les fuera previamente solicitada. Debe revisarse la cláusula 18.2 de la Carta de Intención, transcrita también arriba, en cual se establecieron de manera clara y expresa, los límites y alcances de las obligaciones en cabeza de las partes contratantes. Es innegable, que el principio de la Buena Fe debe estar presente en todas y cada una de las relaciones contractuales, siendo una manifestación del mismo, el hecho de que por las partes se respeten los términos y condiciones en los cuales se obligaron. El hecho de que la entrega de la información estuviera condicionada a algo tan simple como la previa solicitud, no quebranta de manera alguna el principio de Buena Fe; por el contrario, quebrantarlo sería ir en contra de la voluntad expresa de las partes.

86 El artículo 1.7 de los Principios UNIDROIT establece en primer lugar que *las partes deben actuar con buena y lealtad negocial en el comercio internacional* y seguidamente reza que *las partes no pueden excluir ni limitar este deber*”. Por su parte, el profesor y reconocido tratadista Emilio Betti, sostiene que la buena fe consiste en una conducta caracterizada por el consciente respeto hacia el interés de la contraparte, lo que supone una actitud de activa cooperación en interés ajeno, en una actitud de fidelidad al vínculo por el cual una de las partes de la relación



obligatoria está pronta a satisfacer la expectativa de la prestación de la contraparte. [Emilio Betti, 82]

87 Así las cosas, siendo la Buena Fe un principio orientador, presente en todo momento, del cual se desprende una actitud de fidelidad al vínculo, mal podría concluirse que el hecho de seguir a cabalidad los términos y condiciones contractuales, como fue la conducta de los Vendedores, pudiera haber siquiera quebrantado tan valioso principio.

88 De igual manera, resulta completamente infundado el argumento de la contraparte, según el cual la documentación que daba cuenta de la existencia del juicio de Mayoral había sido ocultada. En primer lugar, por que como resulta apenas evidente, el hecho de que los nuevos administradores de DISA una vez notificados de la sentencia de primera instancia hubieran encontrado sin dificultad alguna los documentos donde constaba la existencia del juicio, da cuenta que efectivamente no estaban ocultos. Y en segundo lugar, porque el hecho de haber ocultado un documento, como son las Actas de directorio, hubiese resultado improbable, no sólo por que se tratan de documentos primordiales para la sociedad al alcance de los administradores, sino porque en su carácter de tal, hubiera sido lo primero que cualquier consultor contratado para un *due dilligence* hubiera revisado.

89 2.2. Argumenta equivocadamente en este punto la Demandante que “*el proceder de FAMA al celebrar el contrato resulta ajustado al principio de buena fe, y demás diligente*”. Sin referirnos al supuesto proceder ajustado al principio de la Buena Fe con que actuó FAMA, debemos señalar que la debida diligencia resulta bastante cuestionable.

90 La misma parte demanda reconoce, expresamente en el párrafo 123 de su escrito, que los juicios que se tramitan ante el Poder Judicial del Estado de Marmitanía tienen el carácter de públicos y accesibles, del tal manera que cualquier persona puede tener acceso cuando menos a una información básica de la cual se pueda deducir que una persona jurídica por ejemplo, actúa como demandado o demandante dentro de un determinado proceso.

91 Es de recordar que como resultado del *due dilligence*, la consultora ZAS advirtió que en efecto, había un juicio de tipo laboral en contra de DISA que no había sido registrado, y no obstante aquella advertencia, FAMA no procedió a verificar la existencia de nuevos juicios. Las



partes en el conflicto aquí surgido son profesionales en la actividad que desempeñan; lo cual quiere decir, además de que hay desequilibrio alguno, es que las partes estaban en la capacidad de haber ejecutado una pluralidad de conductas en aras de proteger los intereses que ha cada uno convenía. Si la consultora ZAS habiendo pasado por alto algo tan evidente como era el contenido del Acta de directorio de fecha 2 de mayo de 2003, sí logro advertir la existencia de un juicio laboral no registrado en contra de DISA, por qué teniendo una semana más de tiempo, no procedieron a revisar la existencia de juicios no registrados en los juzgados de Marmitanía?

TERCERA CUESTIÓN. La eficacia de la cláusula.

3.1 El alcance de los términos “daño cierto y efectivo que afecte el flujo de caja de la sociedad”

92 3.1.1 Pocas afirmaciones están más alejadas de la realidad, que sostener que por el hecho de haber fallecido los vendedores, es imposible saber su intención. Es del conocimiento de las partes, documentos como el Modelo de Convenio, obrante como Documento 1 y la Carta de Intención, obrante como documento 2; a los que es perfectamente loable acudir cuando de la literalidad del contrato sea imposible determinar los términos en los cuales se obligaron las partes. Es entonces muy desafortunado el análisis del demandante en cuanto asevera que por un accidente en el que perdieron la vida Garboso y Lince, los vendedores, deba tenerse presente al momento de resolver esta cuestión, únicamente la intención de FAMA.

93 3.1.2 No obstante que todo documento requiere un mínimo de interpretación, también es cierto que ello no permite desnaturalizar un acuerdo de voluntades. De ahí que resulte igualmente desafortunado el argumento del demandante al inducir una interpretación que insinúe que la garantía debe entonces *extenderse a la mayor cantidad de supuestos (141.)* La garantía debe extenderse únicamente a los supuestos que se pactó que cubriera.

94 Son diáfanos las condiciones que debía cumplir la contingencia para estar amparada por la garantía, así como las condiciones para hacer efectiva la misma. Y siendo claros esos términos, no puede el demandante sostener lo anterior, porque sería una argumentación fundada en el deseo y no en lo que, efectivamente, se pactó. En julio de 2008 la Corte Suprema de Chile, respecto de la interpretación de los contratos dijo:



“(…)Interpretación del contrato. Que la labor interpretativa de los actos y contratos tiene por objeto conocer la intención común de los contratantes, la voluntad que han expresado al celebrarlo, aquello en lo que han consentido, lo cual les unió y determinó que contrataran

El primer aspecto a considerar es la determinación de lo pactado, esto es su texto...

En segundo lugar corresponde realizar la labor interpretativa del convenio, para lo cual se considerará especialmente la utilidad de las cláusulas del contrato, debiendo preferirse el sentido en que puede producir algún efecto, como también tener presente el riesgo de redacción del texto de la convención. En esta labor, se ha dicho, que el sistema subjetivo de interpretación de los contratos se atenuó agregando el adverbio “claramente”, por lo que se recurrirá a la intención de las partes en la convención o contrato cuando ella se desprenda y distinga perfectamente, de lo contrario no resulta procedente construir intenciones o voluntades presuntas o virtuales(...)”(Subraya nuestra)

95 La garantía se estipuló bajo unos supuestos específicos y es única e indefectiblemente frente a esos supuestos que debe pedirse su ejecución. Precisamente, los contratos son formas de preveer riesgos, que aunado al carácter profesional que ostentan ambas partes (cosa distinta fuera que quienes participan de este pleito estuviesen en posiciones diferentes enfrentados por la condición profesional – consumidor, que comporta consecuencias diferentes), no puede convertirse el querer de una parte en el reclamo a la otra por situaciones que exceden la previsión de los riesgos que profesionalmente hicieron *o debieron hacer* de común acuerdo y que consignaron en un contrato.

96 A pesar de la vaguedad que presenta la argumentación del actor respecto de las condiciones para hacer efectiva la cláusula de garantía, es menester indicar que recurrentemente aquél apela a la posibilidad de sufrir un daño, a la eventualidad en que los compradores pudieran sufrir daños patrimoniales. Esto, reiteramos, son situaciones que están por fuera, que exceden los términos del contrato. La cláusula habla de un daño cierto, que es distinto de uno probable y la certidumbre del daño con ocasión del pago de la condena impuesta solo es tal, una vez resuelto el recurso de apelación, antes no hay cosa juzgada, antes la sentencia no es ejecutable y si no es ejecutable, ni es cierto ni puede afectar el flujo de caja de la sociedad.



97 3.1.3 Con todo y que la parte DEMANDANTE apela a una interpretación acorde con la naturaleza del contrato, insiste en exigir la ejecución de una garantía por fuera de los términos del mismo y dónde dice que se trate de un daño cierto, quiere hacer valer el reconocimiento de un daño probable; pero, reiteramos, no es dable desnaturalizar el contrato en aras de proteger los intereses particulares de una de las partes (por demás, a costa de la otra, en este caso de BICA), mucho menos en virtud de una falta de diligencia de FAMA y/o ZAS en la revisión de los documentos de la sociedad, situación que impidió, como lo sostiene el resultado de la búsqueda ordenada por el Tribunal obrante como documento 19, a partir de la declaración del Abogado el Dr. Perez Oso sobre la premura del tiempo para elaborar el recurso de apelación; cuando menos, la mitigación del daño y por qué no, la condena misma.

98 3.2 De nuevo respecto del daño, en el párrafo 160, la parte Demandante hace una serie de consideraciones que deberán ser desestimadas, por cuanto desconocen la calidad que los términos del contrato establecen para la reparación del daño, a saber, que sea *cierto*. Reiterando algunas líneas arriba, la certidumbre del daño con ocasión del pago de la condena impuesta solo se verifica, una vez resuelto el recurso de apelación porque antes, el daño es meramente *eventual*, aspecto que dista sobremanera de la literalidad de la cláusula 25.4 que habla de un daño cierto y efectivo. Sobre esto se ha pronunciado la doctrina de los Hermanos Mazeaud y Tunc, al decir que “*al exigir que el perjuicio sea cierto, se entiende que no debe ser por ello simplemente hipotético, eventual.*” Así las cosas, una sentencia de primera instancia se considera un daño eventual, toda vez que la misma es susceptible de recursos, por oposición a un daño cierto, que si lo es la obligación que se genera a partir de la ejecutoria de la sentencia de segunda instancia.

CUARTA CUESTIÓN. La parte Demandante expresa que el fiador debe responder por las obligaciones contraídas por los VENEDORES al contrato de compraventa. Al respecto nos remitimos al párrafo 10 y subsiguientes, en los cual nos ocupamos del tema.

QUINTA CUESTIÓN.

99 5.1. Sostiene la parte Demandante, que el juicio seguido por Mayoral no estaba debidamente incripto (sic). Sobre esto nos ocupamos en el párrafo 55 y subsiguientes, al cual nos remitimos.

100 5.2 Afirma la parte Demandante que FAMA no fue debidamente informada de la existencia del tal juicio. Sobre esto nos ocupamos en el párrafo 66 y subsiguientes, al cual nos remitimos.



101 5.3 La parte demandante afirma en su punto 5.3 que el deber de mitigar el daño por parte de FAMA es irrelevante al no estar estipulado ese deber en el contrato principal. Sin embargo, podemos observar que este razonamiento no corresponde a los principales instrumentos de contratación internacional, específicamente con la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías y con los principios UNIDROIT, estos últimos habiendo sido designados por las partes como la normatividad de fondo aplicable al contrato principal. Es así como el artículo 7.4.8 de los principios UNIDROIT consagra lo siguiente:

ARTÍCULO 7.4.8 UNIDROIT

(Atenuación del daño)

(1) La parte incumplidora no es responsable del daño sufrido por la parte perjudicada en tanto que el daño pudo haber sido reducido si esa parte hubiera adoptado medidas razonables.

(2) La parte perjudicada tiene derecho a recuperar cualquier gasto razonablemente efectuado en un intento por reducir el daño.

102 Es a todas luces claro que el numeral 1 de este artículo establece la obligación que tiene la parte perjudicada de evitar o atenuar el daño. Esta obligación resulta de gran importancia para las relaciones comerciales internacionales ya que se desprende del principio de buena fe como una obligación encaminada a evitar el desperdicio y los gastos innecesarios.

103 En ese sentido, la doctrina ha subrayado la enorme importancia de la atenuación del daño en relación con la responsabilidad jurídica derivada del incumplimiento. En ese contexto, Victor Knapp en su artículo “*Comments on Article 77 CISG [Mitigation of Damages]*” comenta que si la parte afectada con el incumplimiento no toma medidas para reducir los daños, la indemnización a la que ésta tiene derecho se verá afectada y reducida. Al respecto del alcance de este concepto, la tratadista Elisabeth Opie de PACE University en su artículo titulado “*Commentary on the manner in which the UNIDROIT Principles may be used to interpret or*



supplement Article 77 of the CISG”, establece que el deber de mitigación constituye entre otros “una política pública contra el desperdicio, un deber de mitigar, un deber de cooperar y una obligación para con sí mismo”.

104 Es entonces evidente la aplicación de este artículo y sus consecuentes obligaciones en el caso en particular ya que FAMA toma varias medidas que resultan incongruentes con un adecuado intento de mitigar el daño.

A. Sobre la aplicación de la obligación de atenuar el daño en el presente caso

105 De acuerdo con el tratadista Maximiliano Rodríguez en su artículo “*Concepto y alcance del deber de mitigar el daño en el derecho internacional de los contratos*” para que exista dicha obligación deben estar presentes los siguientes dos elementos: Primero, el conocimiento de la víctima acerca del incumplimiento de la contraparte. Y segundo, que las medidas para mitigar el daño hayan sido razonables.

106 La existencia de este litigio, y las comunicaciones de FAMA contenidas como anexos del caso evidencian que se conocía el incumplimiento. Por el otro lado, es necesario aclarar que FAMA no ejerció acciones para lograr que las medidas hubiesen sido razonables.

107 Es menester traer de presente que una vez se notifica del litigio en su etapa de apelación, FAMA procede a cambiar el abogado que hasta el momento venía actuando en el proceso, esto a tan solo unos pocos días antes del vencimiento del término para presentar alegatos. Esta acción no es congruente con un adecuado intento de mitigar el daño, ya que el anterior abogado tenía la experiencia y los conocimientos del caso necesarios para llevar una adecuada apelación. Al asignar un nuevo abogado a pocos días de vencer el término, este no tuvo el tiempo de preparar adecuadamente el caso y esto tuvo un impacto en el resultado de la apelación. Un impacto negativo que es un hecho probado en el caso. Es menester señalar que, además, se encuentra en el expediente la opinión de un reputado académico, acerca de que el litigio no era particularmente complicado de llevar y que, con una adecuada representación, FAMA habría podido salir victoriosa de la apelación.



108 Por otro lado, de acuerdo al autor Británico Harvey Macgregor en su obra “*On Damages*” el demandante deberá tomar todas las medidas para mitigar el daño. En ese sentido, es necesario señalar que las medidas tomadas no fueron suficientes ni efectivas.

109 De modo que las medidas tomadas por FAMA no cumplen a cabalidad los requisitos establecidos en el art.7.4.8 y en su comentario oficial para poder mitigar razonablemente el daño, el cual lee: “Los pasos que deben ser tomados por la parte perjudicada deben estar dirigidos ya sea a limitar la extensión del daño, sobre todo cuando hay un riesgo de que el daño perdure si dichos pasos no son tomados, o a evitar un incremento en el daño inicial” (“*The steps to be taken by the aggrieved party may be directed either to limiting the extent of the harm, above all when there is a risk of it lasting for a long time if such steps are not taken (often they will consist in a replacement transaction: see Art. 7.4.5), or to avoiding any increase in the initial harm.*”)

110 En ese sentido, la defensa resalta que de ningún modo la atenuación o eliminación del daño es irrelevante en relación con el presente caso. Y que además, al ser el daño parte fundamental del análisis de la responsabilidad jurídica no es posible resolver el caso sin un agudo análisis del mismo.

PETITORIO

De la manera más respetuosa, solicitamos a este Honorable Tribunal declarar que:

Primero.- La cláusula arbitral contenida en el Contrato de Compraventa de Acciones no es oponible ni vinculante a la Demandada.

Segundo.- La cláusula arbitral contenida en el Contrato de Compraventa de Acciones de la sociedad Dinero al Instante S.A., no obliga a acudir al Tribunal de Arbitramento al contener un pacto de sometimiento a los Tribunales Judiciales de Peonia.

Tercero.- El desconocimiento de la existencia del proceso seguido por el Señor Mayoral contra DISA, no es imputable a los Vendedores.

Cuarto.- FAMA tuvo en sus manos toda la información necesaria para conocer sobre el juicio del Señor Mayoral.

Quinto.- No se han cumplido todas las condiciones para hacer exigible la garantía.

Sexto.- La parte demandante no cumplió a cabalidad con el deber de mitigar el daño.



En consecuencia a lo anterior, la DEMANDADA solicita a este honorable Tribunal Arbitral que ordene a la DEMANDANTE a:

Primero.- Que se tengan por no cumplidos los requisitos para hacer efectiva la fianza.

Segundo.- Que no se condene, bajo ningún motivo, en indemnización por daños y perjuicios a la DEMANDADA pues no existió incumplimiento contractual de sus obligaciones;

Tercero.- Condenar a la DEMANDANTE a pagar intereses y costas por el perjuicio producido a la DEMANDADA; y,

Cuarto.- Que el DEMANDANTE pague cualquier sanción adicional que este Tribunal considere apropiada por el incumplimiento de sus obligaciones.

Bogotá D.C., 4 de agosto de 2009.

Abogados

(firmado)

JUAN JOSE ANGULO

MARIA CAROLINA CARO

DANIEL FAJARDO VILLADA

GUSTAVO GOMEZ

MARIA ISABEL RODRIGUEZ

Nosotros confirmamos que este Memorial fue escrito solo por las personas listadas. También confirmamos que no recibimos asesoría durante el desarrollo del escrito por parte de personas diferentes a los miembros de este equipo.