

COMPETENCIA INTERNACIONAL DE ARBITRAJE

Universidad de Buenos Aires – Universidad del Rosario

Caso 2011

MEMORIA DE DEMANDA

DEMANDANTE

TRAMA: *Traders Agropecuarios de Marmitania S.A.*

Corredor o bróker con sede social en Marmitania

CONTRA

DEMANDANDA

MOLPA: *Molinos del pacífico S.A.*

Industrial de granos para fabricación de harinas constituida bajo el
derecho de Casta Dorada

Equipo N° 34

MEMORÁNDUM EN DEMANDA

INDICE

ÍNDICE DE ABREVIATURAS	I
ÍNDICE DE AUTORES.....	II
ÍNDICE DE CASOS	V
A. Sentencias estatales.....	V
B. Laudos arbitrales.....	VII
ÍNDICE DE NORMAS	VIII
HECHOS.....	1
PARTE PROCESAL	4
I. La cláusula arbitral presente en el contrato de compraventa es válida, aplicable, y permite al Tribunal Arbitral decidir de su propia jurisdicción	4
1) El presente arbitraje es internacional.....	4
2) El Tribunal Arbitral tiene jurisdicción para decidir de su propia jurisdicción, en aplicación del principio de competencia-competencia.....	5
3) La cláusula arbitral es válida en virtud del principio de autonomía de la cláusula compromisoria y TRAMA está legitimado para invocarla	6
4) La cláusula arbitral es vinculante a los fines de hacer valer los derechos derivados del contrato de compraventa	7
II. La operación del 3 de junio de 2010 permitió la transmisión de todos los derechos derivados del contrato de compraventa de Real a TRAMA, incluyendo los derechos de Real en virtud de la cláusula arbitral	9
1) El 3 de Junio, Real transmitió a TRAMA los derechos derivados del contrato de compraventa a través de una operación de cesión de crédito.....	9
A. La operación del 3 de Junio consistió en una cesión efectuada por Real a TRAMA del crédito que tenía contra MOLPA.	9
B. La cesión de crédito generó una transmisión de la cláusula de arbitraje.....	10
2) A título subsidiario, se invoca una transmisión de los derechos a través de una operación de subrogación.....	11

3) La transmisión de los derechos derivados del contrato no se ve afectada por la cláusula 21 del contrato de compraventa, debido a que TRAMA no es un tercero a este contrato	12
A. TRAMA no es tercero al contrato pactado el 14 de enero de 2010	12
B. La cláusula 21 tiene que ser interpretada restrictivamente	14
4) En todo caso, en virtud del principio de autonomía de la cláusula compromisoria, ésta se transmite con el contrato principal independientemente de la validez de la transmisión de los derechos substanciales	15
III. Los principios de equidad y de buena administración de la justicia confirman la competencia del Tribunal Arbitral para decidir el litigio planteado.....	16
1) Los principios de equidad permiten una interpretación de la cláusula arbitral que toma en cuenta las intenciones de las partes	16
A. A la luz del criterio de lo justo y de la necesidad de restablecer el equilibrio entre las partes, el Tribunal Arbitral tiene jurisdicción para decidir del litigio.....	17
B. El no reconocer la jurisdicción del Tribunal Arbitral para decidir de este litigio sería contrario a la exigencia de pragmatismo.....	18
PARTE SUSTANTIVA	20
I. La cesión de crédito de Real a TRAMA realizada el 3 de junio 2010 es válida y la cláusula 21ª no invalida dicha cesión, por lo que TRAMA reclama el pago de la deuda que mantiene MOLPA por la cantidad de U.S.\$ 386.400,00 más intereses y costas.....	20
1) TRAMA es una parte contratante del contrato de compraventa de trigo, por lo que no puede ser considerado como un “tercero”	20
2) La cláusula 21ª del contrato de compraventa de trigo no es oponible a TRAMA siendo que éste no es un “tercero”; por lo tanto dicha cláusula no invalida la cesión de Real a TRAMA de la deuda mantenida por MOLPA	22
3) La cesión de crédito de Real a TRAMA es válida. TRAMA reclama a MOLPA el pago de U.S.\$ 386.400,00 más intereses y costas	23
4) La validez de la cesión de crédito de Real a TRAMA no está condicionada por su notificación a MOLPA	25
5) A título subsidiario, se invoca una transmisión de los derechos de Real a TRAMA a través de una operación de subrogación.....	26
II. No existen justificaciones al comportamiento de MOLPA	28
1) MOLPA incurre en un grave incumplimiento contractual.....	28
2) MOLPA no puede invocar la cláusula de <i>hardship</i>	29
3) MOLPA no puede invocar la cláusula de <i>Force majeure</i>	34

A. Las tres condiciones de la Force majeure no están reunidas34

B. MOLPA no invocó la Force majeure al momento oportuno37

***petitorio* 38**

ÍNDICE DE ABREVIATURAS

U.S. \$	Dólares estadounidense
§	Párrafo
§§	Párrafos
AC	Aclaraciones del caso
CCI	Cámara de Comercio Internacional
CNUDMI	Comisión de las Naciones Unidas para el Desarrollo del Derecho Mercantil
CNY	Convención de Nueva York de 1958 sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras
DC	Descripción del caso
OP n°	Orden Procesal número
pág.	Página
págs.	Páginas
SA	Solicitud de arbitraje
ss.	Siguientes
UNCITRAL	United Nations Commission on International Trade Law
UNIDROIT	International Institute for the Unification of Private Law

CNUCCCI	Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos en el Comercio Internacional
CNUCCIM	Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacionales de Mercaderías
<i>Ut supra</i>	Referencia a una fecha, cláusula o frase escrita mas arriba

ÍNDICE DE AUTORES

Autor	Referencia	Citado en
Becerra Toro, Rodrigo	"El arbitraje en equidad", <i>Criterio juridico</i> , Santiago de Cali, vol. 10, no. 1, 2010-1, págs. 91-113	§ 64
Born, Gary	<i>International Commercial Arbitration</i> , (Kluwer Law International 2009)	§§ 41, 46, 55
Caivano, Roque J.	<i>Arbitraje</i> , Ad-Hoc SRL, Buenos Aires, Segunda edición, 2000	§ 27
Chatillon, Stéphane	<i>Le Contrat International</i> , Ed. Vuibert, 2007.	§ 87
Coipel-Cordonnier, Nathalie	"Efficacité internationale de la clause compromissoire et transmission de la convention d'arbitrage", <i>Revue critique de droit international privé</i> 2002 págs. 758 y ss.	§ 58
Durantón, Guy	<i>Répertoire de droit commercial Courtiers</i> , Dalloz, Octubre 2007	§ 73

Errante, Edward	<i>The Anglo-American Law of Contracts</i> , LGDJ Jupiter, Paris, 2001	§ 55
Fouchard, Philippe Gaillard, Emmanuel Goldman, Berthold	<i>International Commercial Arbitration</i> , Kluwer Law International, 1999	§ 52
Fouchard, Philippe Gaillard, Emmanuel Goldman, Berthold	<i>Traité de l'arbitrage commercial international</i> , Litec, 1996	§§ 30, 40, 42, 43, 46, 52, 53
Flour, Jacques Aubert, Jean-Luc Savaux, Eric	<i>Les Obligations, Tome 3 Le Rapport d'obligation</i> , Dalloz-Sirey, 2006	§§ 39, 44, 46
Flour, Jacques Aubert, Jean-Luc Savaux, Eric	<i>Le rapport d'obligations</i> , sexta edición Sirey Université, 2009.	§ 91
Ghestin, Jacques Billiau, Marc Loiseau, Grégoire	<i>Le régime des créances et des dettes</i> , L.G.D.J., 2005.	§§ 96, 97
Konarski, Hubert	<i>Force majeure and Hardship in International Contractual Practice</i> , 2003	§ 114
Malaurie, Philippe Aynes, Laurent	<i>Les Obligations</i> , Ed. Defrenois, 2007.	§ 95
Mayer, Pierre	<i>L'autonomie de l'arbitre international dans l'appréciation de sa propre compétence</i> , Collected Courses Of The Hague Academy of International Law, 1989, Vol. 217	§ 23
Mestre, Jacques	<i>La subrogation personnelle</i> , L.G.D.J, Montchrestien, 1998.	§ 90
Niboyet, Marie-Laure	“La transmission automatique de la clause	§ 58

	d'arbitrage : ultime conséquence du principe de l'autonomie de l'accord compromissaire ? » <i>Gazette du Palais</i> 20 février 2003 n° 51, pág. 28	
Park, William W.	<i>The arbitrator's jurisdiction to determine jurisdiction</i> , ICCA congress Montreal, 2006 (disponible en http://www.arbitration-icca.org/media/0/12409326410520/jurisdiction_to_determine_jurisdiction_w_w_park.pdf)	§ 23
Represa Polo, María Patricia	<i>Eficacia de la cesión frente al deudor cedido: las condiciones del pago liberatorio</i> , Indret Revista para el análisis del derecho, Barcelona, 2009. Disponible en: http://www.indret.com/pdf/631_es.pdf	§§ 81, 83, 86, 88
Rivkin, David W.	<i>Lex Mercatoria and Force majeure</i> , Transnational Rules in International Comercial Arbitration, ICC publishing, 1993	§§ 124, 125
Várady, Tibor, Barceló, John Von Mehren, Arthur	<i>International Commercial Arbitration: A transnational perspective</i> , Thompson West, 3rd edition, 2003	§ 23

ÍNDICE DE CASOS

A. Sentencias estatales

País	Referencia	Citado en
Argentina	Cámara Comercial de la Capital Federal “ <i>Romero C/ Romero y Cia.</i> ” [29/10/1926, JA, XXII-año 1926-, 1177]	§ 24
Argentina	31/07/1948 “ <i>Corporación Cementera Argentina C/ Cia. Argentina de Motores Deutz Otto Legítimo S.A.</i> ” [LL, 52-23]	§ 24
Argentina	Corte Suprema de Justicia de la Nación, 11/05/2004, in re <i>Basf Argentina S.A. c. Capdevielle y Cía. S.A.</i> , Competencia N° 1651, XXXIX, Lexis-Nexis on line, N° 35000740.	§§ 51, 52
Argentina	Corte de Apelación en lo Civil y lo Comercial del Rosario, Sala 2ª, 08/07/2004, in re <i>Basf Argentina S.A. c. Capdevielle, Kay y Cía. SACIFM</i> , Expte. N° 210/2003, N° 254.	§ 51
Estados Unidos	Louisiana Power & Light CO. V Allegeny Ludlum Industries, United States District Court, Eastern district of Louisiana, 17/07/1981	§ 125
Francia	Cour d'Appel de Paris, 28/01/1988 ; Rev. arb. 1988. 565	§ 43

Francia	Cour d'Appel de Paris, 13/11/1992, <i>Société Casco Nobel France v. Sico inc. et Kansa</i> , Rev. arb. 1993.637	§ 46
Francia	Cour d'Appel de Paris, 28/11/1996, Rev. arb. 1997.380	§ 64
Francia	Cour d'appel de Paris, 06/02/1997, Rev. arb. 1997.556	§ 40
Francia	Cour de Cassation. 1re civ., 08/02/2000, Rev. arb. 2000.280, Pourvoi n° 95-14330	§ 43
Francia	Cour de Cassation. 1re civ., 28/05/2002, <i>Société Burkinabe des ciments et matériaux (Cimat) c. Société des ciments d'Abidjan (SCA)</i> , Rev. arb. 2003.397 - Pourvois n° A 00-12 144 et V 99-10.741	§ 58
Francia	Cass. civ. 1re, 07/06/2006, <i>Copropriété maritime Jules Verne c. Sté American bureau of shipping et autres</i> , Bull. civ., I, n° 287, Rev. arb., 2006.945, note E. Gaillard ; <i>JDI</i> , 2006.1384, obs. A. Mourre ; <i>JCP G</i> , 2006, I, 187, p. 2100, obs. Ch. Seraglini.	§ 24
Reino Unido	High Court, <i>Home and Overseas Insurance Company Co. Ltd. v. Mentor Insurance Co.</i> (UK) 1990	§ 62

B. Laudos arbitrales

Citación	Referencia	Citado en
Ad Hoc [NOFOTA] Sentencia del 10/09/1975	Yearbook II (1977) Pág 156, 158	§ 123
Caso CCI n° 2478		§ 111
Caso CCI n° 3879 de 1984	Laudo interino 05/03/1984	§ 67
Caso CCI n°8486 de 1996	ICC Publication N° 421, Pág 22	§§ 109, 124
Caso CCI n° 8837		§ 109
Caso CCI n°9466 de 1999		§122
SMA, n° 1510 (1980)	Society of Maritime Arbitrators, Inc., New Cork, Partial Final Award no. 1510, 28/11/1980	§ 66

ÍNDICE DE NORMAS

Citación	Referencia	Citado en
CNUCCIM	Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacionales de Mercaderías	§ 80
Código Civil de España	disponible en http://civil.udg.es/normacivil/estatal/cc/indexcc.htm	§ 92
Código Civil de Francia		§ 95
CPC argelino		§ 27
CPC francés	Código Procesal Civil francés	§§ 24, 27
Ley boliviana de arbitraje		§ 27
Ley Modelo de la CNUDMI		§§ 20, 21, 23, 26, 65
Ley Peruana de Arbitraje		§§ 24, 27
Principios UNIDROIT	Principios UNIDROIT sobre los contratos internacionales	§§ 111, 113, 114
Reglamento de arbitraje de la CNUDMI	Reglamento de arbitraje de Comisión de las Naciones Unidas para el Desarrollo del	§§ 13, 22, 24, 30, 50

	Derecho Mercantil	
Reglas y usos del comercio de granos	Bolsa de cereales de Córdoba, Reglas y usos del comercio de granos, 2004	§§ 50, 74

HECHOS

1. El Señor Juan C. Real (en adelante Real) es productor agropecuario de la zona de Pampa del Cielo, en el Estado de Costa Dorada. Real ha confiado a *Traders Agropecuarios de Marmitania S.A.* (en adelante TRAMA), empresa especializada en la comercialización de *comodites* agropecuarios, la venta de su producción de trigo.
2. Luego de un estudio de mercado TRAMA, por motivos de cercanía y bajo costo de transporte, aconsejó a Real vender su trigo a *Molinos del pacífico S.A.* (en adelante MOLPA).
3. El 14 de enero de 2010 se firma el contrato de compraventa de trigo por el cual Real, como vendedor, se obliga a entregar a MOLPA, como comprador, la cantidad de 4.000 toneladas de trigo, en condiciones aptas para la molienda, al precio de U.S.\$ 210 por tonelada. Conforme a dicho contrato el vendedor debía entregar la mercadería en la planta de MOLPA, entre los meses de febrero y marzo 2010, con una frecuencia semanal y a un ritmo que no excedería los límites de 400 a 600 toneladas. El pago del precio se haría en forma escalonada de manera quincenal y en relación a la mercadería entregada. En el presente contrato TRAMA firma como *broker* [DC §§3.1. y ss].
4. A fines de enero de 2010 se conoció que la cosecha de Trigeria, principal país productor mundial de trigo, sería un 50% superior a las estimaciones que se habían hecho hasta entonces. Esto fue a causa de la eliminación del impuesto a la exportación de dicho cereal. Situación que según un artículo publicado en una importante revista del rubro era previsible por toda persona “*medianamente informada*”.
5. Los mercados no tardaron en reaccionar y el precio del trigo a nivel internacional se vio rápidamente modificado.
6. Como convenido en el contrato de compraventa, la primera semana de febrero, Real comenzó la entrega de trigo a MOLPA. Este último, que en un principio cumplió con el pago de las mercaderías y con el correr del tiempo, comenzó a incumplir con el contrato sin previo aviso ni queja alguna contra el vendedor.

7. Hasta que, con fecha 23 de marzo 2010, Real tomó la iniciativa de dirigir una comunicación a MOLPA a fin de emplazar de manera formar el pago inmediato de la suma adeudada hasta ese entonces U.S.\$ 285.600 más los intereses correspondientes. Real realizó dicha comunicación debido al incumplimiento del pago de MOLPA por 2.280 toneladas de trigo recibidas [DC §3.3.1], esto significa que MOLPA no pagó en tiempo y forma más de la mitad de las 4.000 toneladas de trigo del contrato de compraventa.
8. El 29 de marzo de 2010 MOLPA respondió a la comunicación de Real argumentando que el precio pactado en el contrato se había vuelto excesivamente oneroso y que producía un enriquecimiento indebido a favor de Real. MOLPA ofreció a Real una renegociación del precio y la forma de pago [DC § 3.3.2].
9. A fin de cumplir con lo establecido en el contrato, Real realizó el 5 de abril la última entrega de trigo pendiente. Entrega que MOLPA aceptó sin ninguna objeción [DC §2.3.2.] a pesar de que ningún otro precio, diferente al pactado en el contrato de compraventa, había sido aceptado por las partes.
10. El 6 de abril de 2010, Real rechazó la renegociación del precio e intimó a MOLPA al pago de lo adeudado hasta la fecha U.S.\$ 386.400,00 más sus intereses, bajo apercibimiento de iniciar el procedimiento arbitral previsto en la cláusula 23 del contrato de compraventa [DC §3.3.3].
11. El 13 de abril MOLPA comunicó a Real su intención de tomar las defensas legales, con el objetivo de modificar las condiciones del contrato [DC §3.3.4.].
12. La falta de pago de MOLPA afectó considerablemente la economía de Real. TRAMA, que conocía la situación, quiso ayudar a Real pagando el crédito que éste tenía contra MOLPA. Fue así que el 3 de junio 2010 Real cedió a TRAMA todos y cada uno de los derechos que tenía contra MOLPA derivados del contrato de compraventa celebrado el 14 de enero de 2010 [DC §3.2.1.].

CRONOLOGÍA DEL PROCEDIMIENTO

13. El 4 de noviembre 2010, TRAMA notificó a MOLPA su intención de iniciar el procedimiento arbitral en los términos del Art. 3 del Reglamento de Arbitraje CNUDMI/UNCITRAL versión 2010, en virtud de la cesión de los derechos de Real del contrato de compraventa de trigo del 14

de enero de 2010 y cuantificó su pretensión en U.S.\$ 386.400,00 con mas sus intereses y costas. Asimismo designó al Dr. José María del Horno como árbitro.

14. El 3 de diciembre 2010, MOLPA contestó la demanda de notificación del arbitraje rechazando toda vinculación con TRAMA que pueda ser resuelta bajo la cláusula 23 del contrato de compraventa y rechazando la legitimación de TRAMA para reclamar por derechos nacidos de dicho contrato. MOLPA designó al Dr. Gustavo Ramondegui como árbitro.
15. El 14 de diciembre 2010 los co-árbitros designaron a la Dra. María del Carmen Prieto como tercer árbitro y presidente del Tribunal.
16. Mediante OP n° 2, del 21 de abril 2011, el Tribunal fijó la sede del arbitraje en Villa del Rey, Estado de Feudalia.

CUESTIONES CONTROVERTIDAS

17. En consideración de las circunstancias de la presente disputa, a continuación TRAMA presenta las cuestiones controvertidas:
 - El Tribunal Arbitral es competente para entender sobre el presente litigio;
 - TRAMA está legitimada para iniciar el presente procedimiento arbitral en virtud de la cesión de derechos extendida por Real a TRAMA luego de la operación realizada el 3 de junio 2010;
 - TRAMA es titular de todos los derechos que correspondían a Real en virtud del contrato de compraventa;
 - MOLPA no cumplió con las obligaciones del contrato de compraventa del 14 de enero 2010
 - TRAMA ha cuantificado correctamente su pretensión en la suma de U.S.\$ 386.400,00 más intereses y costas.

PARTE PROCESAL

18. En el presente litigio TRAMA ha iniciado un procedimiento arbitral fundado en la cláusula n° 23 del contrato de compraventa de trigo firmado entre Real y MOLPA el 14 de enero de 2010 a fin de hacer valer sus derechos. A continuación, TRAMA explica las razones por las cuales el Tribunal Arbitral debe declararse competente para entender en el presente litigio, ya que en primer lugar, la cláusula n° 23 del contrato de compraventa es válida y vinculante para las partes (I); en segundo lugar, TRAMA está legitimado a iniciar el presente arbitraje a razón de la transmisión hecha por Real de todos los derechos derivados del contrato de compraventa (II); y por último, tanto los principios de equidad, como el de buena administración de justicia confirman la competencia del Tribunal Arbitral para decidir sobre el presente litigio (III).

I. LA CLÁUSULA ARBITRAL PRESENTE EN EL CONTRATO DE COMPRAVENTA ES VÁLIDA,
APLICABLE, Y PERMITE AL TRIBUNAL ARBITRAL DECIDIR DE SU PROPIA JURISDICCIÓN

19. TRAMA presenta a continuación los argumentos por los cuales el Tribunal Arbitral debe considerar que el presente litigio se trata de un arbitraje internacional (1), que es competente para entender sobre su propio poder jurisdiccional (2), que la cláusula de arbitraje es aplicable por el principio de autonomía de la cláusula compromisoria (3) y que la propia redacción de cláusula la hace aplicable para entender sobre los derechos derivados del contrato de compraventa (4).

1) El presente arbitraje es internacional

20. En el presente procedimiento es aplicable la Ley Modelo de Arbitraje Comercial Internacional de UNCITRAL (en adelante Ley Modelo), ya que tanto la legislación de los Estados de los cuales las partes son nacionales (Costa Dorada y Marmitania), como la legislación vigente en la sede del arbitraje (Feudalia) son el texto literal de la Ley Modelo.

21. El Art 1 (3) de la Ley Modelo, relativo al ámbito de aplicación, establece que “*Un arbitraje es internacional si: a) las partes en un acuerdo arbitral tienen, al momento de la celebración de ese acuerdo, sus establecimientos en Estados diferentes...*” En el presente caso dado que MOLPA tiene domicilio en Costa Dorada y TRAMA lo tiene en Marmitania, el Tribunal Arbitral debe considerar que se trata de un arbitraje Internacional.

2) El Tribunal Arbitral tiene jurisdicción para decidir de su propia jurisdicción, en aplicación del principio de competencia-competencia

22. La cláusula n°23 del contrato de compraventa firmado entre Real como vendedor, MOLPA como comprador y TRAMA como corredor señala que “*Todo litigio, controversia o reclamación entre las partes resultantes de este contrato o relativo a este contrato, su incumplimiento, resolución o nulidad, se resolverá mediante arbitraje de equidad (ex aequo et bono), de conformidad con el reglamento de arbitraje de la CNUDMI que estuviera aprobado por la comisión al momento de presentarse la solicitud de arbitraje. El arbitraje se llevará a cabo en idioma español, y el Tribunal se integrará con tres árbitros. Las partes renuncian a cualquier forma de recurso contra el laudo ante cualquier Tribunal o autoridad competente, en la medida en que esa renuncia sea válida con arreglo a la ley aplicable*”. Como resulta de la presente cláusula, las partes han consentido un arbitraje de equidad (*ex aequo et bono*), de conformidad al reglamento de arbitraje CNUDMI en vigor a la fecha de presentación de la solicitud de arbitraje. Siendo el presente arbitraje introducido con fecha 04 de noviembre de 2010, el reglamento de arbitraje CNUDMI en vigor y aplicable al presente caso es el “*revisado en 2010*”.

23. En arbitraje de comercio internacional existe un principio universalmente reconocido de competencia-competencia, por el cual, un tribunal arbitral tiene la prerrogativa de examinar de forma prioritaria su propia competencia con relación a un litigio [Una explicación detallada del principio de competencia-competencia puede ser encontrada Park, W, pag 23; Mayer, P, Vol 217; Várady, T., Barceló J. y Von Mehren, A.]. Este principio está consagrado por el Art. 16.1 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre el arbitraje comercial internacional con las enmiendas aprobadas en 2006 la cual es adoptada por Feudalia como ley de arbitraje. Dicho Art. dispone:

“El tribunal arbitral estará facultado para decidir acerca de su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o a la validez del acuerdo de arbitraje”

24. Dicho principio se confirma en el Art 23-1 del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI. Este principio también está aceptado por las legislaciones más modernas de arbitraje como la Ley peruana de arbitraje en su Art. 39 o el reciente CPC francés, reformado en enero de 2011, en su Art. 1465. Asimismo, el principio de competencia-competencia, está confirmado por una amplísima jurisprudencia internacional. Por ejemplo, en Francia la sentencia de la Corte de Casación Jules Verne de 2006 [Cass. civ. 1re, 7 juin 2006, Copropriété maritime Jules Verne c. Sté American bureau of shipping et autres, Bull. civ., I, n° 287 ; Rev. arb., 2006.945, note E. Gaillard ; JDI, 2006.1384, obs. A. Mourre; JCP G, 2006, I, 187, p. 2100, obs. Ch. Seraglini.] y en Argentina, la Cámara Comercial de la Capital Federal en autos “Romero C/ Romero y Cia.” [29/10/1926, JA, XXII-año 1926-, 1177] y fallo del 31/07/1948 en autos “Corporación Cementera Argentina C/ Cia. Argentina de Motores Deutz Otto Legítimo S.A.” [Editorial La Ley, 52-23], han confirmado que dicho principio comporta una regla material del arbitraje y que se trata de una regla que se aplica de oficio.
25. En el presente caso, el Tribunal Arbitral debe declararse competente ya que TRAMA invoca la cláusula n° 23 del contrato de compraventa del día 14 de enero de 2010 firmado por ella misma con Real y MOLPA. Dicha cláusula otorga competencia al Tribunal Arbitral para entender sobre su propia competencia.

3) La cláusula arbitral es válida en virtud del principio de autonomía de la cláusula compromisoria y TRAMA está legitimado para invocarla

26. En virtud de los principios de autonomía, validez y eficacia de la cláusula de arbitraje, el Tribunal Arbitral tiene jurisdicción para resolver sobre el litigio entre TRAMA y MOLPA. En cuanto a la autonomía de la cláusula compromisoria, según lo dispuesto por el Art. 16 de la Ley Modelo: *“la cláusula que forma parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del contrato. La decisión del Tribunal de que el contrato es nulo no entrañará ipso iure la nulidad de la cláusula compromisoria”*

27. El ordenamiento jurídico de varios países (Art. 14 de la ley peruana de arbitraje n°25935, Art. 11 de la ley boliviana, Art. 1447 del Código Procesal Civil francés, Art. 458bis 1 alinea 3 del CPC argelino), la opinión de la doctrina internacional [Caivano, pág. 159 y ss,] y gran parte de la jurisprudencia internacional, admiten que la cláusula de arbitraje es independiente del contrato del que ella forma parte y la nulidad del contrato principal no puede afectar su validez.
28. La cláusula de arbitraje se transmite con el contrato principal independientemente de la validez de los derechos sustanciales. El principio de autonomía de la cláusula permite al árbitro decidir sobre las contestaciones sobre la validez del contrato principal e impedir que el demandado use tales contestaciones para evitar el arbitraje. Se puede usar el mismo razonamiento para las contestaciones sobre la transmisión del contrato principal.
29. En el presente caso, la cláusula compromisoria se encuentra dentro de un contrato el cual fue firmado por TRAMA, Real y MOLPA. Si bien en el mismo contrato se introduce una cláusula que prohíbe la cesión a terceros, esta prohibición no afecta la validez de la cláusula de arbitraje y por ende la posibilidad de TRAMA de recurrir al presente procedimiento. Dicho de otra manera, TRAMA al ser parte de la operación económica, está legitimado para iniciar el presente arbitraje contra MOLPA a fin de reclamar los derechos derivados del contrato de compraventa.

4) La cláusula arbitral es vinculante a los fines de hacer valer los derechos derivados del contrato de compraventa

30. El Tribunal Arbitral debe realizar una interpretación *in favorem validatis* o *favor arbitrandum* de la cláusula de arbitraje. Cómo lo explica la influyente doctrina francesa, “*el arbitraje es hoy en día el modo normal de reglamento de conflicto del comercio internacional y que por ende no se puede realizar una interpretación restrictiva o estricta de la convención de arbitraje*” [Fouchard/Gaillard/Goldman, 1996, pág. 282] (traducción propia) (énfasis añadido). Este principio de efectiva interpretación de las cláusulas en un contrato está inspirado del Art. 1157 del Código Civil francés, de acuerdo con el cual “*cuando una cláusula puede ser interpretada en dos sentidos, la interpretación que permita la mayor efectividad de la cláusula es la que debe ser adoptada*” (traducción propia). Lo que también afirma la doctrina francesa, es que lo más

importante es apreciar la voluntad real de las partes para resolver las disputas mediante un arbitraje.

31. En el presente caso, el Tribunal Arbitral debe interpretar el conjunto de cláusulas que se encuentran en el mismo contrato para poder interpretar la voluntad real de las partes.

32. En lo que respecta a la legitimidad de TRAMA para invocar la cláusula de arbitraje, el Tribunal Arbitral debe considerar que TRAMA emitió su voluntad de recurrir al arbitraje al ser parte del contrato de compraventa. Prueba de ello es que el contrato de compraventa está firmado por Real, MOLPA y TRAMA, como lo indica el mismo contrato en su primer línea:

“Las partes que suscriben el Contrato de Compraventa de trigo son: (i) Juan C Real como vendedor; (ii) Molinos del Pacífico S.A como comprador; y (iii) Traders Agropecuarios de Marmitania S.A. como brokers o corredor”

33. Por otro lado en la cláusula n°23 del mismo contrato [DC §3.1.2.] las partes establecen una convención de arbitraje diciendo: *“Todo litigio, controversia o reclamación entre las partes resultante de este contrato o relativo a este contrato, su incumplimiento, resolución o nulidad, se resolverá mediante arbitraje de equidad...”*.

34. Es evidente que TRAMA, es parte del contrato y por ende parte de la cláusula de arbitraje. Habiendo TRAMA otorgado su consentimiento para resolver todo litigio nacido del Contrato de Compraventa y en aplicación de los principios de competencia-competencia y autonomía de la cláusula compromisoria, ella se encuentra legitimada para iniciar el procedimiento arbitral.

35. Por todo lo expuesto en el presente apartado, TRAMA solicita al Tribunal Arbitral que se declare competente para entender sobre su propio poder jurisdiccional en virtud de lo establecido por el principio competencia-competencia y la validez de la cláusula compromisoria.

II. LA OPERACIÓN DEL 3 DE JUNIO DE 2010 PERMITIÓ LA TRANSMISIÓN DE TODOS LOS DERECHOS DERIVADOS DEL CONTRATO DE COMPRAVENTA DE REAL A TRAMA, INCLUYENDO LOS DERECHOS DE REAL EN VIRTUD DE LA CLÁUSULA ARBITRAL

36. Como se ha expuesto *ut supra*, el Tribunal Arbitral debe considerar que TRAMA es parte al contrato y ello lo faculta a invocar la cláusula de arbitraje. En el presente apartado, TRAMA presenta sus argumentos que definen que derechos puede ser reclamados en el presente procedimiento arbitral.

37. TRAMA inicia el procedimiento arbitral como titular de los derechos de Real. En efecto, Real transmitió los derechos que se derivan del contrato de compraventa, incluyendo los derechos en virtud de la cláusula arbitral, mediante una operación de cesión de crédito (1) o, a título subsidiario, una subrogación (2). Tal transmisión es válida y no está afectada por la cláusula 21 del contrato de compraventa (3). En todo caso, el Tribunal Arbitral tiene que admitir que la cláusula arbitral se transmite con el contrato principal independientemente de la validez de la transmisión de los derechos sustanciales (4).

1) El 3 de Junio, Real transmitió a TRAMA los derechos derivados del contrato de compraventa a través de una operación de cesión de crédito

38. El 3 de Junio de 2010, Real cedió a TRAMA los derechos emergentes del contrato de compraventa, cesión de crédito que acarreó la transmisión de la cláusula de arbitraje y permite por consecuencia a TRAMA invocarla al demandar a MOLPA.

A. La operación del 3 de Junio consistió en una cesión efectuada por Real a TRAMA del crédito que tenía contra MOLPA.

39. Con el fin de solucionar las dificultades generadas a Real, consecuencia del no cumplimiento del contrato por MOLPA, TRAMA decidió entrar en negociaciones con Real. El 3 de Junio de 2010 Real extendió a TRAMA, a cambio de la suma de U.S.\$ 320.000,00, un documento en el cual indicaba expresamente ceder a favor de esta última sociedad “*todos los derechos que tenía contra*

MOLPA derivados del contrato de compraventa de trigo del 14 de enero de 2010 [DC §§ 2.4.2. y 3.2.1.]. La operación que consiste en que un acreedor ceda los derechos derivados de un contrato a cambio de una suma determinada se llama una cesión de crédito, contrato entre el cedente y el cesionario que no involucra al deudor cedido. Un nuevo acreedor sustituye al anterior manteniéndose la misma relación obligacional. Se trata de una operación especulativa, pues el cedente (Real) aceptó recibir de manera cierta e inmediata una suma inferior al crédito que tenía contra el deudor. En cambio, el cesionario (TRAMA) aceptó comprar un crédito que valía más que la suma pagada al cedente y asumir así el riesgo de insolvencia del deudor [Flour/Aubert/Savaux, (2006), pág. 290].

40. En el derecho de las obligaciones, se requiere una notificación de la cesión al deudor cedido para poder oponerla a terceros. Sin embargo, cabe señalar que, según Gaillard, Fouchard y Goldman, “tratándose de la convención de arbitraje, el mecanismo por el cual su oponibilidad al cedido está asegurada comporta un aspecto particular: si es el cesionario quién toma la iniciativa de un procedimiento arbitral en contra del cedido, la solicitud de arbitraje valdrá como significación” (traducción propia) [Fouchard/Gaillard/Goldman, (1996), pág. 437]. Por consiguiente, cuando mediante la solicitud del 4 de noviembre de 2010, TRAMA notificó a MOLPA su intención de iniciar el proceso arbitral [DC §4.1.1.], tal notificación equivalió a una significación de la cesión de la cláusula arbitral y la cesión es por consecuencia oponible a MOLPA.

B. La cesión de crédito generó una transmisión de la cláusula de arbitraje

41. La cesión de crédito acarreó la transmisión de la cláusula de arbitraje al cesionario, TRAMA. En efecto, se transmite la cláusula compromisoria como accesoria de la relación obligacional preexistente. Tal transmisión tiene una consecuencia mayor, ya que impone al deudor cedido, contratante inicial de la parte que transmitió la convención de arbitraje, ser demandado ante un Tribunal Arbitral por la persona a la cual fue transmitido el crédito [Born, (2009), págs. 1187 y ss.].
42. Así, según Gaillard, Goldman y Fouchard, “si la convención de arbitraje no fue concluida en consideración de la persona del contratante, se tiene que presumir que comporta la aceptación de la transmisión” (traducción propia) [Fouchard/Gaillard/Goldman, (1996), pág. 446]. Existe en

este caso una presunción de aceptación por el deudor cedido, es decir MOLPA, de la transmisión de la cláusula de arbitraje.

43. Significativa jurisprudencia viene en apoyo de lo afirmado en el párrafo precedente. Así, en una decisión del 28 de enero de 1988, la Corte de Apelación de París decidió que el deudor cedido estaba obligado por la cláusula de arbitraje invocada por el cesionario del contrato inicial, porque la cesión de crédito “*implica necesariamente transmisión por el cedente al cesionario del beneficio de la cláusula de arbitraje inseparable de la economía del contrato*” (traducción propia) [Paris, 28/01/1988, Rev. arb. 1988. 565]. De manera más general, la jurisprudencia francesa decidió en seguida que “*la cláusula de arbitraje internacional se impone a toda parte que accedió a los derechos de uno de los contratantes*” (traducción propia) [Cass. 1re Civ 08/02/2000, Rev. arb. 2000. 280]. Según Gaillard, se tiene que aprobar tal solución, al hacerse el arbitraje un modo normal de resolución de los litigios del comercio internacional [Fouchard/Gaillard/Goldman, (1996), pág. 447].

2) A título subsidiario, se invoca una transmisión de los derechos a través de una operación de subrogación

44. A título subsidiario, cabe al Tribunal Arbitral admitir que hubo al menos una transmisión a TRAMA de los derechos que Real tenía contra MOLPA, a través de una subrogación convencional. En efecto, una modalidad de transmisión de los derechos de un acreedor es el pago con subrogación o subrogación por parte *créditoris*: al recibir un pago por otra persona que su deudor (llamado *solvens*), un acreedor extiende al *solvens* un recibo en el cual indica que le subroga en sus derechos contra el deudor. Se trata de un pago sin extinción de la deuda ya que el crédito se transmite al *solvens*. La subrogación convencional requiere que se reúnan tres condiciones imprescindibles: (i) la subrogación debe ser expresa, (ii) el acreedor tiene que consentirla al *solvens* de manera concomitante al pago, y (iii) el subrogado debe ser el que realizó el pago [Flour/Aubert/Savaux, (2006), pág. 318].
45. Así, se puede también analizar la operación del 3 de junio de 2010 como una subrogación convencional. Cuando TRAMA pagó a Real la suma de U.S.\$ 320.000,00 “*en concepto de pago de la deuda mantenida por MOLPA*”, Real le extendió un documento en el cual confirmaba la

recepción de la suma y consentía subrogar a TRAMA en sus derechos derivados del contrato del 14 de enero de 2010 [DC §§ 2.4.2. y 3.2.1.].

46. Ahora bien, dentro de los derechos derivados del contrato transmitidos a TRAMA consta el derecho de invocar la cláusula de arbitraje. Es así que la subrogación genera un efecto traslativo del crédito y de todos los derechos vinculados, incluyendo las garantías y las acciones en justicia [Flour/Aubert/Savaux, (2006), pág. 326]. La transmisión de la cláusula de arbitraje con motivo de una subrogación es un principio ampliamente aceptado en materia de arbitraje internacional, ya que se presume que tal cláusula sigue el contrato al cual se refiere [Fouchard/Gaillard/Goldman, (1996), pág. 445; Born, (2009), pág. 1192]. Así, la jurisprudencia francesa reconoció que la subrogación generaba una transmisión de la cláusula de arbitraje ya que esta última era una modalidad o un accesorio de los derechos substanciales [Société Casco Nobel France v. Sico inc. et Kansa; Paris, 06/02/1997, Rev. arb. 1997.556]. Además, *“la jurisprudencia tanto estatal como de los tribunales arbitrales tiende a admitir que, salvo estipulación contraria, la aceptación de una convención de arbitraje vale aceptación de antemano, por el contratante inicial, de la subrogación susceptible de intervenir”* (traducción propia) [Fouchard/Gaillard/Goldman, (1996), pág. 447].

- 3) La transmisión de los derechos derivados del contrato no se ve afectada por la cláusula 21 del contrato de compraventa, debido a que TRAMA no es un tercero a este contrato

47. La cláusula 21 del contrato de compraventa establece que: “los contratantes no podrán ceder o transferir a terceros el contrato ni los derechos y/u obligaciones emergentes del mismo” [DC § 3.1.3.]. Sin embargo, cabe señalar que MOLPA no puede invocar esta cláusula para intentar anular la transmisión de la cláusula de arbitraje, porque la cláusula 21 no es oponible a TRAMA.

A. TRAMA no es tercero al contrato pactado el 14 de enero de 2010

48. En efecto, TRAMA es parte del contrato del 14 de enero. No puede ser considerado como “tercero” tomando en cuenta que él mismo suscribió esta cláusula cuando firmó el contrato.

49. Además, todo lo relativo a los hechos nos indica la calidad de parte de TRAMA. Por una parte, desempeñó un papel importante en la negociación del contrato ya que transmitió a Real y a MOLPA las condiciones a que estaría sujeta la operación, y estando comprador y vendedor de acuerdo con todas ellas, comunicó a ambas el detalle de las condiciones mutuamente aceptadas [DC §2.1.3.]. Estuvo también al tanto de su ejecución por recibir en copia los mensajes intercambiados entre Real y MOLPA [DC §2.3.6.].
50. Por otra parte, siendo aplicable el Reglamento de arbitraje de la CNUDMI [DC §3.1.2.], el Tribunal Arbitral tiene que tomar en cuenta “*cualquier uso mercantil aplicable al caso*” [artículo 35.3 del de arbitraje de la CNUDMI]. En este caso preciso, según los usos comerciales en el comercio de trigo, el corredor no es tercero al contrato de compraventa. Así, las Reglas y Usos del Comercio de Granos en Argentina indican que “*la participación del corredor en el contrato implica la aceptación de todos los firmantes, de la jurisdicción de la Cámara Arbitral convenida, para resolver todas las cuestiones, reclamaciones o controversias que surjan de la relación establecida entre el corredor y las partes integrantes del contrato*” [Reglas y usos del comercio de granos, artículo 9.5]. Aunque este artículo no es aplicable al litigio presente, tal regla indica claramente que el corredor no es ajeno al contrato de compraventa; es decir, no es técnicamente un tercero.
51. En las decisiones dictadas por la Corte Suprema de Justicia de la Nación de la Argentina y por la Cámara de Apelación en lo civil y lo comercial de Rosario en el caso “BASF” [CSJN, Basf Argentina S.A. v. Capdevielle y Cía. S.A.; CApel.CyC Rosario, Basf Argentina S.A. v. Capdevielle], las jurisdicciones estatales argentinas rehusaron que la cláusula arbitral integrada en un contrato de compraventa sea oponible al corredor signatario. Sin embargo, cabe destacar que tal razonamiento no sólo no es aplicable al litigio presente, sino que no corresponde a la visión actual de la doctrina y de la jurisprudencia internacional en términos de interpretación y de extensión de la cláusula arbitral. Así, en el litigio presente, el corredor no rehúsa la oponibilidad de la cláusula arbitral, sino que invoca una cláusula que le fue indudablemente transmitida, contra una parte que indudablemente también la ratificó.
52. Además, el razonamiento que siguieron las jurisdicciones estatales argentinas no nos parece correcto. De acuerdo con la doctrina más eminente en materia de arbitraje internacional, se tiene

que interpretar la cláusula compromisoria *favor arbitrandum*, o en todo caso, evitar una interpretación restrictiva de ésta [Fouchard/Gaillard/Goldman (1999), págs. 257 y ss.]. Las jurisdicciones argentinas interpretaron la cláusula como refiriéndose claramente “*a la intervención del órgano arbitral para la solución de diferendos que surjan entre vendedor y comprador, pero no entre el corredor y su comitente enajenante*” [CSJN, Basf Argentina S.A. c. Capdevielle y Cía. S.A.]. En el caso en el que no exista ningún elemento en la letra de la cláusula ni en el comportamiento de las partes que permita expresar una voluntad de limitar el alcance de la cláusula a sólo dos de las partes signatarias, tal interpretación restrictiva sería contraria al principio de la interpretación favor *arbitrandum*. En el caso de marras, resulta que tenemos que reconocer a TRAMA la calidad de parte firmante del contrato.

B. La cláusula 21 tiene que ser interpretada restrictivamente

53. Al existir una presunción de aceptación por parte de MOLPA de la transmisión de la cláusula de arbitraje a TRAMA, MOLPA sólo puede invocar la inoponibilidad de tal transmisión en el caso que el contrato sea expresamente o implícitamente concluido en consideración de la persona. Cabe admitir que una cláusula que establece que los derechos derivados del contrato no son transmisibles puede asimilarse a una conclusión en consideración de la persona [Fouchard/Gaillard/Goldman, (1996), pág. 449].
54. Sin embargo, siendo el contrato en consideración de la persona una excepción a la regla general de presunción de aceptación por el deudor cedido, el Tribunal Arbitral tiene que interpretar tal cláusula de manera restrictiva. Por lo tanto, corresponde al Tribunal Arbitral interpretar la cláusula 21 y de esta forma impedir la transmisión de los derechos a terceros al contrato del 14 de enero, o en otras palabras a personas que no participaron a la conclusión del contrato, ni fueron signatarias o contratantes del mismo. Así, es evidente que el término “terceros” no abarca al corredor de la operación, TRAMA.
55. Además, en la práctica jurisdiccional internacional, se interpretan tales cláusulas muy restrictivamente. Así, en *Common law*, los tribunales han intentado limitar el alcance de las “*cláusulas anti-cesión*” (*anti-assignment clauses*) “*con el fin de fortalecer las ventajas económicas que ofrece la cesión*” (traducción propia) [Errante, (2001) pág. 255]. En los Estados

Unidos, tal cláusula no necesariamente impide la transmisión de los derechos si no menciona expresamente que tal transmisión será “nula” [Errante, (2001) pág. 255; Born, (2009) pág. 1191].

56. Por lo expuesto, ya que TRAMA fue una parte del contrato de compraventa y que la cláusula tiene que ser interpretada restrictivamente, el Tribunal Arbitral debe reconocer la validez de la transmisión de los derechos derivados del contrato, incluso de la cláusula de arbitraje.

4) En todo caso, en virtud del principio de autonomía de la cláusula compromisoria, ésta se transmite con el contrato principal independientemente de la validez de la transmisión de los derechos substanciales

57. Como fue dicho en el párrafo 26, la cláusula de arbitraje goza del principio de autonomía con respecto al contrato principal. De acuerdo con la doctrina y una parte eminente de la jurisprudencia, la cláusula de arbitraje puede transmitirse con el contrato principal independientemente de la validez de los derechos substanciales. En efecto, el principio de autonomía de la cláusula de arbitraje faculta al árbitro decidir sobre las contestaciones de la validez del contrato principal, e impide que el demandado abuse de estas contestaciones para evitar el arbitraje. Se puede usar el mismo razonamiento para las contestaciones sobre la transmisión del contrato principal.

58. Así, en una decisión del 28 de mayo de 2002, la Corte de Casación francesa indicó: “*en materia internacional, la cláusula de arbitraje, jurídicamente independiente del contrato principal, se transmite con éste sin importar la validez de la transmisión de los derechos substanciales*” (traducción propia) [Société Burkinabe des ciments et matériaux (Cimat) v. Société des ciments d'Abidjan (SCA)]. Según Niboyet, tal decisión valida la tesis de la transmisión automática de la cláusula de arbitraje, lo que significa que la cláusula de arbitraje puede transmitirse aun cuando los otros derechos substanciales del contrato que la contiene no pudieron transmitirse [Niboyet, (2003), pág. 28]. Coipel-Cordonnier realza que “*para favorecer la realización del objeto específico de la convención de arbitraje, es decir su función jurisdiccional, las jurisdicciones francesas buscaron precisar o adaptar el contenido de sus dimensiones*

contractual y accesoria, aplicándole reglas específicas, distintas de las que gobiernan las otras cláusulas del contrato” (traducción propia) [Coipel-Cordonnier, (2002), pág. 758].

59. Por consiguiente, aunque MOLPA invoque la nulidad de la transmisión de los derechos derivados del contrato de compraventa, tal argumento no sólo es errado, como ya lo mostramos, sino que no afecta la competencia del Tribunal Arbitral para decidir del litigio entre TRAMA y MOLPA.

III. LOS PRINCIPIOS DE EQUIDAD Y DE BUENA ADMINISTRACIÓN DE LA JUSTICIA CONFIRMAN LA COMPETENCIA DEL TRIBUNAL ARBITRAL PARA DECIDIR EL LITIGIO PLANTEADO

60. Los principios de equidad son un elemento importante en este caso, pues además de permitir que el Tribunal Arbitral llegue a la decisión más justa para las partes al litigio, su aplicación está expresamente prevista en el contrato. La equidad exige que las intenciones de las partes al redactar el contrato sean tomadas en cuenta para interpretar la cláusula de resolución de conflictos (1). En virtud del principio de lo justo (A), el Tribunal Arbitral debe de declararse competente para decidir el litigio entre TRAMA y MOLPA y con el fin de asegurar el respeto del principio de pragmatismo de las transacciones en el área comercial y de evitar una denegación de justicia (B).

- 1) Los principios de equidad permiten una interpretación de la cláusula arbitral que
toma en cuenta las intenciones de las partes

61. Las partes incluyeron en su contrato de compraventa una cláusula de resolución de conflictos, la cual prevé que *“todo litigio, controversia o reclamación entre las partes resultante de este contrato o relativo a este contrato, su incumplimiento, resolución o nulidad se resolverá mediante arbitraje de equidad (ex aequo et bono)”* [DC §3.1.2.]. Por lo tanto, el Tribunal Arbitral debe también de tomar en cuenta la equidad al decidir sobre su competencia para resolver cualquier litigio entre las partes.
62. Tratándose del arbitraje en equidad, la Alta Corte del Reino Unido decidió que los árbitros deben interpretar el contrato *“como si fuera un compromiso de honor (...) y buscando cual fue la común*

intención de las partes contratantes en vez de limitarse al sentido estricto de los términos” [Home and Overseas Insurance Company Co. Ltd. v. Mentor Insurance Co. (UK) 1990] (traducción propia).

63. Además de estar conforme con las prácticas del área comercial, la cláusula de resolución de conflictos fue redactada de manera tal que asegure que todo litigio relacionado con el contrato sea decidido *ex aequo et bono* por un tribunal arbitral. La intención de las partes es clara en la redacción de la cláusula al establecer el arbitraje en equidad como único recurso en caso de conflicto. Por lo tanto, el Tribunal Arbitral tiene la jurisdicción para decidir de este litigio.

A. A la luz del criterio de lo justo y de la necesidad de restablecer el equilibrio entre las partes, el Tribunal Arbitral tiene jurisdicción para decidir del litigio

64. La Corte de Apelación de París decidió con respecto al arbitraje en equidad que en ello “*los árbitros reciben el poder de cambiar o moderar las consecuencias de las estipulaciones contractuales en cuando la equidad o el interés común bien explicitado de las partes lo exija*” [Paris, 28/11/1996, Rev. arb. 1997.380] (traducción propia). Por lo tanto, lo que debe guiar al Tribunal Arbitral desde el establecimiento de la jurisdicción es la búsqueda de la solución más justa para el litigio. Su objetivo final es el restablecimiento rápido y efectivo del equilibrio entre las partes [Becerra Toro, (2010), pág. 101]. Siendo así, el principio de lo justo exige que el Tribunal Arbitral sea competente para solucionar el litigio entre TRAMA y MOLPA. El interés común de las partes es que el conflicto quede resuelto de la mejor manera y lo más rápido posible, por lo tanto el recurso al arbitraje en equidad respecta el principio de lo justo.

65. El artículo 28(4) de la Ley modelo de la CNUDMI prevé que “*en todos los casos, el tribunal arbitral decidirá con arreglo a las estipulaciones del contrato y tendrá en cuenta los usos mercantiles aplicables al caso*”. Por lo tanto, al considerar la cuestión de su jurisdicción, el Tribunal Arbitral debe de buscar la solución más apropiada de punto de vista de la equidad, pero también tomando en cuenta el espíritu del contrato. La conjunción entre esas dos exigencias fundamentales que caracterizan la acción del Tribunal Arbitral es el reconocimiento de su competencia para solucionar el litigio entre TRAMA y MOLPA.

B. *El no reconocer la jurisdicción del Tribunal Arbitral para decidir de este litigio sería contrario a la exigencia de pragmatismo*

66. En su laudo n° 1510 del 2 de noviembre de 1980, un tribunal arbitral actuando en el marco de la Society of Maritime Arbitrators Inc. (SMA) subrayó la importancia que le había dado al lado práctico de la atribución de jurisdicción. Para llegar a sus conclusiones en cuanto a la competencia del Tribunal Arbitral para decidir sobre el litigio entre las partes en aquel caso, se tomo en cuenta el hecho de que “*no es ni sensible ni práctico excluir las demandas de las empresas que tienen un interés en el negocio y que son miembros de la misma familia de empresas*” [SMA n° 1510 de 1980, §1] (traducción propia). Aunque la relación entre las partes al presente litigio no pertenece a la misma categoría que la relación entre las partes en el caso delante de la Society of Maritime Arbitrators, la misma idea de pragmatismo debe de ser aplicada: el no permitir que el Tribunal Arbitral tenga la jurisdicción para decidir del litigio entre TRAMA y MOLPA es una violación del pragmatismo necesario al comercio de trigo en general y de las exigencias practicas características de este caso en particular.
67. Por otra parte, un laudo de la Cámara de Comercio Internacional (CCI) en el caso Westland menciona que visto “*las razones prácticas y las consideraciones de equidad que han motivado los árbitros en la cuestión, más allá de las razones jurídicas*”, el no haber tomado en cuenta estos aspectos extralegales del litigio, se habría llegado a una “verdadera denegación de justicia” [Caso CCI n° 3879 de 1984] (traducción propia).
68. TRAMA tiene y tuvo desde el principio un interés práctico en la buena conclusión del negocio entre Real y MOLPA. Aunque las costumbres de la compraventa de trigo no sean las mismas que para los charter parties y el comercio marítimo, la autoridad de los laudos arbitrales ya citados puede ser aplicada también al presente caso, pues el no reconocer la jurisdicción del Tribunal Arbitral significaría ir en contra de todas las exigencias de pragmatismo del comercio de trigo y sería equivalente a una denegación de justicia.
69. Por lo tanto, TRAMA fundamenta su petición en las conclusiones de los laudos de los tribunales arbitrales de la SMA y de la CCI, que indican que lo sensato y lo práctico en este caso es reconocer la jurisdicción del Tribunal Arbitral en cuanto al litigio entre TRAMA y MOLPA.

70. A la luz de estos argumentos, el Tribunal Arbitral es competente para solucionar el litigio.

PARTE SUSTANTIVA

I. LA CESIÓN DE CRÉDITO DE REAL A TRAMA REALIZADA EL 3 DE JUNIO 2010 ES VÁLIDA Y LA CLÁUSULA 21^a NO INVALIDA DICHA CESIÓN, POR LO QUE TRAMA RECLAMA EL PAGO DE LA DEUDA QUE MANTIENE MOLPA POR LA CANTIDAD DE U.S.\$ 386.400,00 MÁS INTERESES Y COSTAS.

71. La operación de cesión de crédito le permite a TRAMA demandar a MOLPA el pago de la deuda, surgida del contrato de compraventa del 14 de enero de 2010. Dicha operación de cesión de crédito es válida ya que TRAMA forma parte del contrato inicial y no es un tercero (1), por lo que la cláusula 21^a no puede ser oponible a TRAMA y por lo tanto no invalida dicha cesión (2); por lo tanto TRAMA reclama a MOLPA el pago de la deuda surgida del contrato de compraventa que asciende a U.S.\$ 386.400,00 mas intereses y costas (3); cabe aclarar que la validez de la cesión de crédito de Real a TRAMA no está condicionada por la notificación a MOLPA (4). A título subsidiario, Si el Tribunal Arbitral considera que no hubo cesión del contrato, el Tribunal Arbitral debe juzgar que Real transmitió a TRAMA sus derechos a través de una operación de subrogación (5).

1) TRAMA es una parte contratante del contrato de compraventa de trigo, por lo que **no puede ser considerado como un “tercero”**

72. El 14 de enero de 2010 Real como vendedor, MOLPA como comprador y TRAMA como bróker, firmaron un contrato escrito [DC §2.1.4.]. Cada contratante tiene distintos derechos y obligaciones. TRAMA cumplió con sus obligaciones como bróker, por medio de un contrato de corretaje que existe desde la firma del contrato de compraventa [AC §3.2.].

73. Cabe recalcar que no existe un consenso sobre la naturaleza jurídica, las condiciones y los efectos del contrato de corretaje, [Duranton, (2007), §§ 6 y 64]. En el presente caso tanto TRAMA,

como MOLPA y Real, consensuaron y participaron en la realización del contrato de compraventa cada uno con derechos y obligaciones distintas pero con un objetivo común, la realización de un negocio de compraventa de trigo. La intervención de TRAMA fue vital y necesaria para que dicho contrato se llevara a cabo. En otras palabras, es gracias a TRAMA que la compraventa se realizó por lo que sin su participación, el contrato de compraventa no existiría. Esto significa que las obligaciones surgidas del contrato de corretaje y el contrato de compraventa de trigo forman un contrato tripartito.

74. En la práctica comercial, se han definido ciertas reglas y usos del comercio de granos. La Bolsa de Cereales de Córdoba (Argentina) establece en su artículo 9.1 que “*la intervención de corredor en la operación de compraventa implicará, salvo pacto en contrario, facultades concedidas por el vendedor para firmar en su nombre fijaciones, ampliaciones, anulaciones, rescisiones, prórrogas, recibos de mercadería, así como para facturar y percibir el precio.*” [Bolsa de cereales de Córdoba, Reglas y usos del comercio de granos, 2004, art 9.1.]. En el presente caso, como parte de sus obligaciones, TRAMA fue quien acercó a las partes buscando conseguir las condiciones más ventajosas para vender el trigo de Real a pesar de existir compradores dispuestos a pagar un precio superior, TRAMA consideró que MOLPA tenía la ventaja de la proximidad que generaría un ahorro de flete y un mejor precio [DC §§2.1.1 y 2.1.2.]; asimismo TRAMA transmitió a Real y a MOLPA las condiciones a que estaría sujeta la operación y comunicó a ambas el detalle de las condiciones aceptadas del negocio [DC §2.1.3.]; además, TRAMA estuvo al tanto de toda la comunicación entre el MOLPA y Real durante el desarrollo del contrato, es decir, durante el transcurso de las entregas y de los pagos realizados [DC §2.3.6.]. Cabe recalcar que el hecho de que TRAMA fue quien aconsejó sobre el precio y el comprador del trigo a Real es una intervención de vital importancia que lo vincula directamente con el contrato de compraventa, que lo acredita como parte contratante y no como un “tercero”. Por lo tanto, la participación de TRAMA en el negocio, sin ser el comprador ni el vendedor, fue vital para la realización del mismo. Fue gracias a la prestación realizada por TRAMA que dicho contrato se llevó a cabo.
75. No cabe duda de que TRAMA es un contratante, el hecho de serlo, no le impide el poder consentir con Real una cesión de la deuda de MOLPA. No existe en el contrato estipulación alguna que impida a TRAMA y a Real de realizar dicha operación que tuvo lugar el 3 de junio

2010 por la cual “*Real recibió de TRAMA la suma de U.S.\$ 320.000,00, y extendió un documento en el que constataba la recepción de la suma aludida, en concepto de pago de la deuda mantenida por MOLPA, subrogando y cediendo a favor de TRAMA todos los derechos que tenía contra MOLPA derivados del contrato de compraventa de trigo del 14 de enero de 2010*” [DC §2.4.2.]. El Tribunal Arbitral debe admitir que la cesión de crédito de Real a TRAMA es válida y aplicable al presente litigio.

2) La cláusula 21^a del contrato de compraventa de trigo no es oponible a TRAMA

siendo que éste no es un “tercero”; por lo tanto dicha cláusula no invalida la cesión de Real a TRAMA de la deuda mantenida por MOLPA

76. La cláusula 21^a establece que “*los contratantes no podrán ceder o transferir a terceros el contrato ni los derechos y/u obligaciones emergentes del mismo*” [DC §3.1.3.]. Dicha cláusula no impide o invalida la cesión de crédito ya que TRAMA es una de las partes del contrato original, al no ser un tercero no existe una violación de dicha cláusula. Como lo establece el mismo contrato, hay tres partes contratantes [DC §2.1.4.].
77. Cabe recalcar que la cláusula 21^a no está redactada con el fin de especificar que únicamente REAL o MOLPA pueden prevalerse de ella. Siendo que la cláusula 21 especifica “*los contratantes*” esto significa que TRAMA habiendo firmado el contrato escrito del 14 de enero 2010, es una parte de dicho contrato y no un tercero por lo cual la cesión realizada el 3 de junio 2010 entre Real y TRAMA no viola la cláusula 21^a.
78. A título subsidiario y a pesar que ninguno de los países donde se encuentran las partes del litigio forman parte de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos en el Comercio Internacional 2004 [AC §6.7.], dicha convención es una referencia la cual busca que deudores como MOLPA cumplan con las obligaciones consentidas. Es por ello que, existe un interés particular para que la cesión de un crédito surta efecto aunque exista un acuerdo entre el cedente inicial y el deudor por el que se limite de algún modo el derecho del cedente a ceder sus créditos [CNUCCCI, 2004, art 9.1]. La aplicación a dicha estipulación está focalizada en la cesión de créditos cuyo contrato originario sea un contrato de suministro de bienes muebles o

servicios, es decir, contratos como el contrato de compraventa de trigo del presente caso son el objeto de dicha estipulación. En otras palabras, la práctica comercial actual busca facilitar la transmisión de las cesiones a fin de que las mismas surta que no obstante la existencia de cláusulas de intransferibilidad.

79. A pesar de que la cláusula 21ª es inoponible a TRAMA, como se ha dicho previamente es importante remarcar que la cesión de crédito entre Real y TRAMA forma parte de dicha tendencia que busca facilitar el pago de la deuda mantenida por MOLPA. TRAMA, teniendo la capacidad y la intención de reclamar las obligaciones no ejecutadas por MOLPA, se encuentra en todo su derecho de demandar el pago de la deuda que mantenida por MOLPA surgida del contrato firmado el 14 de enero de 2010. La cesión de la deuda de MOLPA entre Real y TRAMA es válida ya que dicha cesión no viola la cláusula 21ª y no existe ninguna otra estipulación contractual que impida a que dicha cesión se lleve a cabo.

3) La cesión de crédito de Real a TRAMA es válida. TRAMA reclama a MOLPA el pago de U.S.\$ 386.400,00 más intereses y costas

80. El contrato de compraventa firmado el 14 de enero de 2010, es un contrato de suministro de trigo por el cual Real entregó a MOLPA semanalmente, entre los meses de febrero y marzo 2010, la mercadería; el pago del precio se hizo de forma escalonada, al precio de U.S.\$ 210 por tonelada [DC §2.1.3]. Los contratos de suministro de mercaderías forman parte de los contratos de compraventa de mercaderías como lo explica el artículo 3.1 de la CNUCCIM “*se consideran compraventas los contratos de suministro de mercaderías que hayan de ser manufacturadas o producidas*” [CNUCCIM, art 3.1].

81. El Tribunal Arbitral debe entender que la cesión es una transferencia consensual por una persona “cedente” a otra “cesionario” de la totalidad de una fracción o de una parte indivisa del derecho contractual del cedente a percibir una suma de dinero “crédito de un tercero “deudor” [CNUCCIM, pág. 2, art 2]. La cesión de crédito “*supone un cambio de acreedor quedando el nuevo con el mismo derecho del anterior y quedando el antiguo ajeno a la relación crediticia*” [Represa, (2009), pág. 4]. El 3 de junio de 2010, Real, el cedente, transfirió a TRAMA, el cesionario, “*todos y cada uno de los derechos que tenía contra MOLPA derivados del contrato*

de compraventa de trigo de 4.000 toneladas de trigo celebrados el 14 de enero de 2010 [DC §3.2.1.].

82. Una cesión es internacional cuando al momento de celebrarse el contrato de cesión el cedente y el cesionario están situados en distintos Estados. En el caso presente, el Tribunal Arbitral debe entender que Real se encuentra situado en la zona de Pampa del Cielo, en el Estado de Costa Dorada [DC §2.1.]. TRAMA tiene su domicilio y sede social en la ciudad de Peonia, en el Estado de Marmitania [DC §1.1.].
83. TRAMA, cesionario desde el 3 de junio 2010, se encuentra en su derecho de demandar a MOLPA el pago de U.S.\$ 386.400,00 más intereses y costas. El monto demandado es la cantidad adeudada surgida del contrato de compraventa [DC Tabla §2.3.2.]. Dicho monto es la suma total adeudada habiendo ya vencido el plazo para el pago de las entregas de trigo más los intereses generados [DC §2.3.5.]. Es necesario aclarar que *“La relación cesionario deudor se rige por el principio según el cual el deudor no puede resultar perjudicado con la cesión, transmitiendo el cedente mayor o mejor derecho que el que tiene”* [Pantaleón, citado en Represa, (2009), pág. 3]. MOLPA no resulta perjudicado por la operación de cesión consentida entre Real y TRAMA ya que esta última, demanda el monto legítimo luego de que los derechos del crédito le fueron cedidos. En otras palabras, en ningún momento se está demandando al Tribunal Arbitral una cantidad de dinero mayor a la deuda mantenida por MOLPA surgida del contrato de compraventa.
84. Cabe recalcar que Real entregó la totalidad de las 4 000 toneladas la tercera semana de marzo, para dicha fecha, MOLPA no realizó ninguna aclaración, modificación o renegociación sobre el precio o la mercancía entregada. Por lo tanto, el contrato de compraventa de trigo original y las obligaciones del mismo no fueron modificadas durante las entregas de trigo. [DC §§ 2.3.1. a 2.3.3.]. Posteriormente, tampoco hubo algún acuerdo que modificar el precio del trigo establecido en el contrato, las partes no lograron llegar a un acuerdo o a una renegociación del precio del trigo [DC §§ 2.3.4. y 2.3.5.].
85. TRAMA solicita al Tribunal Arbitral que MOLPA cumpla las obligaciones del contrato, TRAMA quien ha sido un contratante de buena fe que cumplió con sus obligaciones durante la ejecución del contrato, y quien a partir del 3 de junio de 2010, se ha convertido en el nuevo

acreedor del crédito de U.S.\$ 386.400,00 más intereses y costas contra MOLPA. Tomando en consideración que este último no cumplió con la obligación del pago del trigo recibido, además de que no tuvo la intención de modificar las estipulaciones del contrato, particularmente el precio del trigo contractualmente establecido, durante la recepción de las entregas de trigo realizadas por parte de Real a MOLPA.

4) La validez de la cesión de crédito de Real a TRAMA no está condicionada por su notificación a MOLPA

86. La validez de una cesión de crédito no está condicionada por la notificación al deudor cedido, sin embargo, la notificación de la cesión al deudor cedido es necesaria para poder oponerla a terceros. *“El contrato de cesión no requiere para su validez y eficacia, ni el consentimiento del deudor, ni el conocimiento del mismo, hasta el punto de que el deudor que quedar al margen de esa operación podría oponer la compensación que le correspondiera, el consentimiento de este (el deudor cedido) no es requisito que afecte a la existencia de la cesión, sino que queda al margen del contrato y sólo es necesario para que sea eficaz la cesión, obligándole el cedido con el nuevo acreedor.”* [Represa, (2009), pág. 4]. En otras palabras, la notificación a MOLPA no es una condición para que la cesión de crédito surta efecto. Sin embargo, hasta que MOLPA reciba la notificación de la cesión, el deudor podrá liberarse de su obligación efectuando el pago de conformidad con el contrato originario. Es por ello, TRAMA envió dicha notificación el 4 de noviembre 2010 cuando informó su intención de iniciar el proceso arbitral, dicha notificación equivale a una significación de la cesión de crédito y por consecuencia oponible a MOLPA [DC §4.1.1.].

87. Asimismo, como es aceptado en varios órdenes jurídicos, entre ellos el derecho italiano, el cedente puede ceder un crédito, a título oneroso o a título gratuito, aun sin el acuerdo del deudor, a condición que el crédito no tenga un carácter estrictamente personal o que la cesión no sea prohibida por la ley [Chatillon, pág. 153]. El crédito cedido por parte de Real a TRAMA es un crédito comercial surgido de la venta de 4.000 toneladas de trigo de pan el cual no posee un carácter personal y no está prohibido por la ley.

88. Finalmente, *“la cesión produce este ‘efecto directo’ en la persona del deudor su eficacia no depende o no requiere la intervención del mismo en el negocio jurídico del que trae causa aquella sino que su eficacia depende exclusivamente del cumplimiento de los requisitos de validez del negocio (compraventa, dona) que la origina, por lo que una vez perfeccionado producirá sus efectos, a saber el cambio de titularidad del crédito cedido, que es adquirido por el cesionario y, con ella la vinculación del deudor con aquél, que se convierte en su acreedor frente al que deberá cumplir su obligación si quiere liberarse”* [Represa, (2009), pág. 5]. Es decir, la cesión de crédito por la cual TRAMA es el nuevo acreedor, genera un efecto directo sobre las obligaciones de MOLPA, sin la necesidad que este último intervenga en dicha cesión. Afín de liberarse, MOLPA debe cumplir las obligaciones surgidas del contrato de compraventa de trigo, esto conlleva al pago la suma adeudada de U.S.\$ 386.400,00 más intereses y costas.

5) A título subsidiario, se invoca una transmisión de los derechos de Real a TRAMA a través de una operación de subrogación

89. Si el Tribunal Arbitral considera que la cesión no es válida y que TRAMA no puede oponerla a fin de hacer valer los derechos de Real, lo que importaría, a nuestro entender, una extensión incorrecta del ámbito de aplicación de la cláusula 21, el Tribunal Arbitral debe juzgar que hubo una transmisión de los derechos por vía de la subrogación.

90. El termino de subrogación implica sustituir, poner en lugar de, así que la subrogación personal opera la substitución en los derechos del acreedor de la persona que paga en lugar del deudor. [Mestre, (1998) pág. 173].

91. Es una institución jurídica en virtud de la cual los derechos del acreedor se transmiten con todos sus accesorios a un tercero que ha pagado. [Flour/Aubert/ Savaux, (2009), pág. 326].

92. Por lo dicho, la subrogación tuvo como consecuencia directa la transmisión a TRAMA de los derechos que tenía Real contra MOLPA. Según el Código Civil español, *“la subrogación, tanto legal como convencional, traspassa al nuevo acreedor todos los derechos, acciones y privilegios, prendas e hipotecas del antiguo, así contra el deudor principal como contra cualesquiera*

terceros, obligados solidaria y subsidiariamente a la deuda” [Código Civil de España, art. 1670].

93. Como en la cesión de crédito, queda una permanencia no sola de las garantías, sino también de los caracteres del crédito: conserva su carácter civil y comercial: el subrogado puede efectuar todos los recursos judiciales que tenía el subrogante [Boletín Civil de la República Francesa n°18, RTD Civ. 2003.298 con observaciones de Mestre y Fages].
94. La subrogación no resulta automáticamente del hecho de que el pago fue realizado por un tercero. Para que el tercero se beneficie de la subrogación, la misma debe haber sido otorgada por convención (subrogación convencional) o representar un caso predeterminado en la ley (subrogación legal). Es el caso de la relación de subrogación convencional entre TRAMA y REAL.
95. La subrogación por el acreedor resulta directamente de un acuerdo entre el acreedor y el pagador subrogado, en la cual el deudor no tiene parte alguna. [Boletín civil de la República Francesa n°276 de 12 de octubre de 1984 y artículo 1690 del Código Civil Francés; Malaurie/Aynes (2007)].
96. Por lo expuesto, ninguna formalidad análoga con la del artículo 1690 previamente citado es requerida para que la transmisión de crédito entre REAL y TRAMA le sea oponible a MOLPA. [Ghestin/Billiau/Loiseau, (2005), pág. 393].
97. Según una parte de la doctrina francesa [Ghestin/Billiau/Loiseau, (2005), pág. 402], si se transmite la totalidad de los derechos que tenía el subrogante contra el deudor, se debe entender que también se transmite el derecho de pedir intereses y costas además del pago inicial. Por lo dicho, en el caso de marras, el Tribunal Arbitral debe entender que la subrogación efectiva entre Real y TRAMA implica la transmisión a TRAMA del derecho de pedir a MOLPA el pago de U.S.\$ 386.400,00 más intereses y costas.
98. Por lo expuesto, el Tribunal Arbitral debe considerar que existió una subrogación de los derechos de Real a TRAMA y que dicha transmisión de derechos otorga la facultad a TRAMA de reclamar el pago de de U.S.\$ 386.400,00 más intereses y costas a MOLPA.

II. NO EXISTEN JUSTIFICACIONES AL COMPORTAMIENTO DE MOLPA

99. El comportamiento de MOLPA incurre en un grave incumplimiento contractual (1). A pesar de que la cláusula n° 11 del contrato de compraventa prevé que “[...] *son aplicables a este contrato las cláusulas de Force majeure y Hardship elaboradas por la Cámara de Comercio Internacional, versión 2003*” y que MOLPA pide un reajuste de precio, tal negociación no se justifica dado que ni la cláusula de *Hardship* (2), ni la cláusula de *Force majeure* se aplican al presente caso (3).

1) MOLPA incurre en un grave incumplimiento contractual

100. Según el contrato de compraventa concluido el 14 de enero 2010, MOLPA se obligó a pagar en forma escalonada la mercadería entregada durante la primera quincena de febrero, el 22 de febrero de 2010; la mercadería entregada durante la segunda quincena de febrero el 5 de marzo; la mercadería entregada durante la primera quincena de marzo el 22 de marzo y el saldo de la mercadería entregada el 5 de abril [DC §2.1.3.].

101. El primer pago se efectuó de manera completa y sin retraso. Pero luego MOLPA decidió, de manera unilateral sin ninguna justificación, pagar menos a Real. Fue solamente al recibir una carta de Real pidiéndole el pago total de lo adeudado, que MOLPA reaccionó. MOLPA pasados 5 días, advirtió a Real que había decidido no pagarle la suma total debida porque según ella existían circunstancias que hacían el pago indebido [DC §3.3.2.].

102. Del contrato de compraventa nace la obligación por parte del vendedor de entregar los bienes y la obligación de pagar el precio debido para el comprador. En este caso, el vendedor Real, entregó el trigo cada semana como estaba establecido en el contrato. Es el comprador, MOLPA, quien no realizó los pagos debidos a tiempo. Por ello, se le solicita al Tribunal Arbitral que condene a la demandada a cumplir con sus obligaciones pagando el precio debido más sus intereses. Durante toda la transacción MOLPA no hizo más que demostrar su mala fe. Muestra de ellos es que si MOLPA hubiera querido liberarse de sus obligaciones, hubiera podido hacerlo al momento de la primera entrega de trigo, dado que en ese momento Real le entregó más trigo de lo debido. No es inútil recordar que al momento del primer pago ya había ocurrido la caída de los precios del trigo.

Sin embargo, MOLPA espero que Real realizara todas sus entregas para, recién ahí, argumentar que el precio pactado era muy elevado e intentar así una negociación. Claro está que MOLPA quiso aprovechar la situación para poder renegociar el precio con Real que ya no poseía su mercadería y estaba obligado a aceptar el precio propuesto por MOLPA. Es por ello que el Tribunal Arbitral debe declarar el incumplimiento por parte de la demandada.

2) MOLPA no puede invocar la cláusula de *hardship*

103. El contrato firmado entre Real, MOLPA y TRAMA contiene la cláusula de *hardship* de la CCI, dicha cláusula prevé:

“[1] A party to a contract is bound to perform its contractual duties even if events have rendered performance more onerous than could reasonably have been anticipated at the time of the conclusion of the contract.

[2] Notwithstanding paragraph 1 of this Clause, where a party to a contract proves that:

[a] the continued performance of its contractual duties has become excessively onerous due to an event beyond its reasonable control which it could not reasonably have been expected to have taken into account at the time of the conclusion of the contract; and that

[b] it could not reasonably have avoided or overcome the event or its consequences, the parties are bound, within a reasonable time of the invocation of this Clause, to negotiate alternative contractual terms which reasonably allow for the consequences of the event.

[3] Where paragraph 2 of this Clause applies, but where alternative contractual terms which reasonably allow for the consequences of the event are not agreed by the other party to the contract as provided in that paragraph, the party invoking this Clause is entitled to termination of the contract’.

104. Esta cláusula de *hardship* establece en primer lugar que un aumento del precio de una obligación contractual no es una situación de *hardship*. El hecho que el cumplimiento del contrato llegó a ser más oneroso que lo que podía preverse de manera razonable en el momento de la conclusión del contrato, no es suficiente para caracterizar una situación de *hardship*. Por esta razón, la parte al

contrato tiene que cumplir con sus obligaciones incluso más onerosas y no puede invocar la presente cláusula.

105. Por otro lado, si una situación de *hardship* está caracterizada, todavía hay cinco condiciones que tienen que ser cumplidas para que se aplique la cláusula. Para que la cláusula pueda invocarse, el cumplimiento del contrato tiene que ser excesivamente oneroso y fuera del control de la parte al contrato. El cambio de las circunstancias debe haber sido imposible de prever o esperar en el momento de la firma del contrato y debe también haber sido imposible evitar o eliminar el cambio de las circunstancias o sus consecuencias. Finalmente, las partes tienen que negociar en un periodo razonable después de haber invocado la cláusula para encontrar una alternativa al cumplimiento excesivamente oneroso de las obligaciones.
106. En el presente caso no puede debatirse que hay un cambio de las circunstancias: el precio del trigo aumentó de manera importante y así las obligaciones de MOLPA hacia Real son más onerosas que lo que MOLPA había previsto al momento de la conclusión del contrato [DC §2.2.1.]. Sin embargo, como se ha visto, esto no es suficiente en sí mismo para caracterizar una situación de *hardship* e invocar la cláusula. Para que esta cláusula se aplique, MOLPA tiene que demostrar que las condiciones del punto [2] están reunidas. No obstante, esta demostración es imposible porque las condiciones de [a] y [b] claramente no están reunidas y no pueden ser cumplidas. Consecuentemente la cláusula de *hardship* no puede ser invocada por MOLPA. En efecto hay cinco condiciones que deberían estar reunidas para que la cláusula se aplique. Se va a demostrar que en el presente caso dichas condiciones no se cumplen.
107. La primera condición exige que hay que demostrar que “*the continued performance of its contractual duties has become excessively onerous*” [a]. El cumplimiento del contrato debe ser excesivamente oneroso para que una parte al contrato pueda invocar la cláusula. No hay ninguna duda que el cumplimiento del contrato se volvió más oneroso que lo previsto por MOLPA. Sin embargo, lo importante no es saber si es más oneroso, sino saber si es excesivamente oneroso para MOLPA pagar este precio. Este no es el caso. MOLPA es un molino de larga tradición en Costa Dorada y, con sus dos plantas industriales que muelen aproximadamente 800 toneladas diarias de trigo, es el principal molino de la región [AC §4.3]. Real no es el único que le vendió trigo a MOLPA. Para abastecer sus necesidades de molienda, MOLPA compra casi todos los días

a distintos vendedores, a precios de mercado de cada momento [AC §4.5]. De estos hechos se puede concluir que MOLPA era claramente capaz de pagar el precio aumentado. El contrato con Real representaba únicamente una pequeña fracción del comercio de MOLPA y así un cumplimiento más oneroso de este contrato no puede ser considerado como excesivo. Resulta que el cumplimiento del contrato no es excesivamente oneroso para MOLPA y que la primera condición de la cláusula no está desempeñada.

108.La segunda condición establece que el cambio en el cumplimiento del contrato debe haber sido “*beyond its reasonable control*” [a], fuera del control de la parte. El evento que provocó el aumento del precio del trigo fue una crisis local de Trigalia, que resultó del anuncio de su nuevo presidente de eliminar los impuestos a la exportación de trigo [DC §2.2.2.]. MOLPA no podía influenciar o cambiar esta situación o sus consecuencias y por eso el cambio del precio del trigo estaba fuera de su control.

109.La tercera condición demandada es que la parte contratante no podía esperar o considerar el cambio de las circunstancias cuando firmó el contrato, “[...] *which it could not reasonably have been expected to have taken into account at the time of the conclusion of the contract [a]*”. Esta condición no se cumple por diferentes razones. En primer lugar, los mercados de commodities reaccionan, en general, muy rápidamente y los operadores del mercado de trigo deben saberlo y tomarlo en cuenta. Además cualquier operador diligente del mercado internacional de commodities tiene que considerar tanto los informes del Departamento de Agricultura de los EE.UU. cómo las publicaciones serias sobre la materia que constituyen fuentes primarias de información pública. La revista *Wheat Today and Forever*, que es una fuente influyente de información en la actividad agropecuaria [AC §4.5.], había publicado dos columnas, en enero y febrero de 2010 respectivamente. Ahí, la Lic. Vania Gloria Borona, una de las más reconocidas especialistas mundiales en los mercados de trigo, hablaba de la posibilidad de una crisis en Trigalia. En efecto, en la columna del ejemplar de febrero, la especialista evoca la columna de enero en la que ya insinuaba que: “*la inestable situación política de Trigalia era un tema a tener en cuenta por la importancia relativa de ese país en la producción mundial del trigo*” y dice a sus lectores que “*nadie medianamente informado puede verse sorprendido por lo que sucedió en Trigalia*” y agrega que su “*pronóstico [del 1° de enero] se cumplió*” [DC §2.2.2.]. El contrato ha sido firmado el 14 de enero de 2010 [DC §2.1.4.] días después de la publicación de la columna de

la especialista del mercado de trigo con fecha del 1° de enero de 2010 de la revista mensual *Wheat Today and Forever*. Consecuentemente la inestabilidad del precio de trigo debía ser conocida y tomada en cuenta por MOLPA al momento de firmar el contrato. Los actores comerciales tienen el deber de informarse y es por ello que podemos afirmar que MOLPA tiene que haber leído estas columnas y considerarlas antes de firmar el contrato. Además, de manera más general, una caída dramática del precio de un producto [...] en sí mismo, no es una situación imprevisible (“*a dramatic fall in the price of a product as well as currency fluctuations alone are not unforeseen circumstances*”), como lo afirma un tribunal arbitral en el caso n° 8486 de la CCI. Estas incidencias forman parte de los riesgos comerciales y no constituyen una situación de *hardship*. El cambio del precio del trigo no puede en ningún caso ser considerado como una evolución sorprendente e imposible a tener en cuenta al momento de la conclusión del contrato. En otro caso, el caso n° 8837 de la CCI, está afirmado que el *hardship* es un principio de excepción y no un uso comercial habitual.

110. La cuarta condición demanda exige que fuera imposible evitar o eliminar la incidencia o sus consecuencias (“*it could not reasonably have avoided or overcome the event or its consequences*” [b]). Como ha sido explicado en cuanto a la segunda condición (la cual establece que el evento debe encontrarse fuera del alcance de las partes), no era posible para MOLPA evitar o eliminar el aumento del precio del trigo o sus consecuencias. Sin embargo su efecto sobre el cumplimiento del presente contrato no estaba fuera del control de MOLPA. Considerando el carácter inestable del mercado de trigo, MOLPA debió tener en cuenta esta posibilidad y cubrirse contra este riesgo. Hay seguros para este tipo de riesgos que son muy corrientes en el comercio de commodities caracterizado por una gran volatilidad.

111. La quinta condición es distinta de las otras. Se refiere a la consecuencia de la reunión de las cuatro primeras condiciones y dice que los partes al contrato “*are bound, within a reasonable time of the invocation of this Clause, to negotiate alternative contractual terms which reasonably allow for the consequences of the event*” [b], tienen que negociar en un periodo razonable después de haber invocado esta cláusula para encontrar una alternativa considerando de manera razonable las consecuencias de la incidencia. Eso quiere decir que MOLPA tenía la obligación de invocar la cláusula para después negociar con Real y TRAMA de encontrar una solución alternativa. No obstante, MOLPA no invocó la cláusula durante un periodo razonable. Reaccionó

únicamente cuando Real le reclamó el pago [DC §2.2.2.]. Los Principios de UNIDROIT que han inspirado la formulación y la interpretación de la cláusula de *hardship* de la CCI van hasta afirmar que la solicitud de negociar tiene que ser formulada lo más rápidamente posible, y este principio claramente no ha sido respetado por MOLPA. No hay ninguna razón que justifique la falta de respeto de esa quinta condición. Por lo tanto, este comportamiento es un buen ejemplo de la mala fe de MOLPA. En el caso n° 2478 de la CCI, el tribunal arbitral afirma que es imposible para una parte suspender el contrato de manera unilateral sin invocar la cláusula y sin solicitar negociaciones. Si bien esta decisión se refiere a una cláusula de *force majeure*, su argumentación puede ser aplicada a la invocación de la cláusula de *hardship*. MOLPA no procedió en un período razonable al intento de una negociación. Por dicha falta el Tribunal Arbitral debe juzgar que esta condición no se cumple.

112. Salvo la segunda, ninguna de las otras condiciones se han cumplido y consecuentemente el tercer párrafo de la cláusula [3] no puede ser invocado y la cláusula de *hardship* no se aplica a la situación de MOLPA.

113. El Tribunal Arbitral debe considerar también que la interpretación de las condiciones de la cláusula de *hardship* tiene que hacerse de forma estricta y no amplia. En efecto, la primera disposición de esta cláusula [1] dice ante todo que el principio del comercio internacional es la fuerza vinculante de los contratos y no el *hardship* tal como lo afirma el principio *pacta sunt servanda*. Como lo explica el documento “Clause de *Hardship*” de la ICC de 2003, la presencia de este principio resulta de la inspiración de los Principios de Unidroit, que también contienen una cláusula de *hardship*, que establecen el principio de la obligatoriedad de los contratos. De este hecho resulta que los jueces de *common law* y de *civil law*, así como los árbitros internacionales, deben interpretar las condiciones establecidas por las cláusulas de *hardship* de manera muy estricta y aplicarlas únicamente cuando todas las condiciones necesarias están completamente cumplidas.

114. Esta interpretación surge claramente de la cláusula misma cuando requiere el “*excessively onerous*” y no simplemente de “*onerous*”. En su artículo “*Force majeure and Hardship in International Contractual Practice*”, Hubert Konarski menciona que, la cláusula de *hardship* de los Principios de Unidroit puede ser aplicada únicamente si no se puede demandar la ejecución de

las obligaciones del contrato de la parte desventajada aunque esto no sería imposible [Konarski, (2003), pág. 15] y como la cláusula de *hardship* de la CCI está inspirada de ésta, las dos deben ser interpretadas de la misma manera. Además H. Konarski dice que en arbitraje internacional como en *common law* y *civil law*, el principio del respeto de los contratos tiene la primacía sobre la aplicación de las cláusulas de *hardship*. Está citando a Dietrich Maakow que decía que una actividad económica eficaz no es posible sin promesas fiables (“Effective economic activity is not possible without reliable promises”). Lo que quiere decir que el principio *pacta sunt servanda* es absolutamente necesario para el buen funcionamiento del comercial internacional y por eso no debe ser perturbado por la aplicación de una cláusula de *hardship*.

115. Por todo lo expuesto, el Tribunal Arbitral debe considerar que una cláusula de *hardship* puede ser aplicada únicamente si las cinco condiciones requeridas por ella son estrictamente cumplidas. Si hay alguna duda sobre el cumplimiento de una de dichas condiciones, el principio *pacta sunt servanda* de los contratos prevalece.

116. Los hechos no justifican la presencia de todas las condiciones y es por dicha razón que TRAMA solicita al Tribunal Arbitral que juzgue que la cláusula *hardship* no puede ser invocada por MOLPA.

3) MOLPA no puede invocar la cláusula de *Force majeure*

117. El evento que invoca MOLPA para darle derecho a un reajuste de precio no entra dentro del concepto de *Force majeure* (A); además, las modalidades que deben ser respetadas para invocar la *Force majeure* no fueron cumplidas (B).

A. Las tres condiciones de la *Force majeure* no están reunidas

118. Para que se aplique la *Force majeure*, la disposición primera de la « ICC *Force majeure* Clause 2003 » prevé:

“Unless otherwise agreed in the contract between the parties expressly or impliedly, where a party to a contract fails to perform one or more of its contractual duties, the consequences set out in paragraphs 4 to 9 of this Clause will follow if and to the extent that the party proves: [a] that its failure to perform was caused by an impediment beyond its reasonable control; and [b] that it

could not reasonably have been expected to have taken the occurrence of the impediment into account at the time of the conclusion of the contract; and [c] that it could not reasonably have avoided or overcome the effects of the impediment”.

119. Como bien se puede observar, tres condiciones tienen que estar reunidas para poder invocar la *Force majeure*. La primera condición exige que la falta de cumplimiento se deba a un evento razonablemente fuera del control de la parte que lo invoca. La segunda condición necesita que la parte que invoca el evento de *Force majeure* no hubiera podido razonablemente prever el sobrevenimiento de este evento al momento de la conclusión del contrato. La tercera condición dice que la parte no hubiera podido evitar o sobrepasar los efectos de ese evento. Esas tres condiciones son reconocidas por varias doctrinas que definen la *Force majeure* en tres palabras: imposibilidad, imprevisibilidad e irresistibilidad.

120. En el presente caso, si bien existe la imposibilidad, no se cumple con las condiciones de imprevisibilidad e irresistibilidad. Por lo tanto, MOLPA no puede invocar la *Force majeure*.

121. De hecho, la imposibilidad se traduce por un evento que se debe a circunstancias exteriores a la parte que la invoca. La baja de precios proviene de una decisión del nuevo Presidente de Trigalia [DC, §2.2.2.]. Por lo tanto, es exterior a MOLPA. Esa primera condición no genera dificultades en el presente caso.

122. A continuación, la jurisprudencia y la doctrina insisten en los criterios de imprevisibilidad y de irresistibilidad que deben estar presentes al momento de la conclusión del contrato. En este sentido destacamos un fallo de la CCI: “[9] *como está al unísono reconocido por la doctrina como por la jurisprudencia, incluso en las sentencias arbitrales que resuelven litigios internacionales, que sea en sistema de derecho continental o en sistema de common law, los elementos esenciales de la “force majeure” son la imprevisibilidad y la irresistibilidad del evento*” (traducción propia) [Caso CCI n°9466 de 1999]. En el presente litigio no se reúnen dichas condiciones.

123. En lo que se refiere a la imprevisibilidad, hay que recordar que al momento de la conclusión del contrato, había una crisis en Trigalia, el país principal productor mundial de trigo. Se sabía que la situación podía cambiar en cualquier momento. Contratar en esos momentos, sabiendo que podía ocurrir una fluctuación del mercado era uno de los riesgos. MOLPA podía prever un cambio de

política en Trigalia. La revista *Wheat Today and Forever* reconocida en el sector del trigo insinuaba en su número de enero que era posible que la situación en Trigalia cambie [DC §2.2.3.]. En este sentido, un tribunal Ad Hoc NOFOTA declaró: “*Por lo tanto, un tribunal holandés sostuvo que tanto una dramática caída de precios de un producto como la fluctuación de la moneda no son circunstancias que no pueden preverse; esas circunstancias tienen que entrar en la esfera de riesgos de la parte afectada*” (traducción propia) [Ad Hoc [NOFOTA] sentencia de 1975].

124. Además, respecto a la irresistibilidad, tanto en Francia, en Suiza o en Alemania, para que una de las partes pueda liberarse de sus obligaciones, se necesita que ya no pueda, de manera irresistible, cumplir con ellas [D. W. Rivkin, 1993]. En el presente caso, dado que existía una situación arriesgada se sabía que tanto una subida de precios como una baja de precios podían ocurrir. Así es el mercado y MOLPA no puede liberarse de sus obligaciones por el simple hecho de no aceptar las consecuencias de la mala gestión de sus negocios. Una sentencia final de la CCI dice en este sentido: “[9]...*Los principios ICC en lo que se refiere a la “Force majeure y Hardship” disponen que la parte no puede alegar que la ejecución es imposible únicamente porque el contrato ya no produce beneficios*” (traducción propia) [Caso C C O n°8486 de 1996].

125. En el caso [Louisiana Power & Light CO. V. Allegheny Ludlum Industries], la Corte del distrito de Louisiana de Estados Unidos dijo que: las pérdidas del contrato tienen que ser especialmente estrictas y no razonables. La imposibilidad comercial había sido demostrada, pero la Corte negó liberar el demandado de la ejecución del contrato aunque los costes del contrato habían incrementado de un 38% debido a una subida de precios en las materias primas. Según la Corte, en esas condiciones, el coste de la ejecución del contrato por el demandado no llega al límite permitiendo la inexecución de sus obligaciones bajo la doctrina de la imposibilidad comercial [D. W. Rivkin, (1993), pág. 169]. En el presente caso, la tonelada costaba 150 U.S. \$ a mediados de febrero de 2010 mientras que al momento de la conclusión del contrato es decir el 14 de enero de 2010, la tonelada fue vendida a 210 U. S. \$. La diferencia entre los dos precios es de un 28,57% $[(150/210 - 1) \times 100 = - 28,57]$. Según la jurisprudencia tal diferencia no es insuperable. Además TRAMA muele alrededor de 800 toneladas al día de trigo [AC §4.3.]: lo que quiere decir que el contrato de 4000 toneladas concluido con Real representa 1,37% de su cifra anual $[800 \times 365 = 292000]$ $[292000 - 4000 = 288000]$ $[(288000/292000 - 1) \times 100 = -$

1,37]. Una pérdida de dinero sobre un porcentaje tan pequeño de su producción puede ser soportada por MOLPA.

126. Por lo tanto, MOLPA no se encuentra en una situación de *Force majeure*.

B. MOLPA no invocó la Force majeure al momento oportuno

127. La disposición cuarta de “ICC *Force majeure* Clause 2003” prevé que:

“A party successfully invoking this Clause is, subject to paragraph 6 below, relieved from its duty to perform its obligations under the contract from the time at which the impediment causes the failure to perform if notice thereof is given without delay or, if notice thereof is not given without delay, from the time at which notice thereof reaches the other party”.

128. Ya en los últimos días de enero, se sabía que una gran fluctuación de precio iba a ocurrir [DC §2.2.1.]. Para prevalecerse de la *Force majeure*, MOLPA hubiera tenido que haber notificado Real justo cuando ocurrió el evento que invoca: es decir a finales de enero de 2010. Sin embargo MOLPA no habló de esa circunstancia hasta finales de marzo del mismo año. Tal espera no se puede justificar por ninguna circunstancia a parte de la mala fe de MOLPA.

129. La disposición séptima de la “ICC *Force majeure* Clause 2003” dispone que:

“A party invoking this Clause is under an obligation to take all reasonable means to limit the effect of the impediment or event invoked upon performance of its contractual duties”.

130. Si MOLPA hubiera querido actuar de buena fe en la presente transacción, no hubiera esperado tanto tiempo para decir que no iba a cumplir con sus obligaciones. Esa falta de notificación al debido momento muestra que MOLPA no hizo nada para limitar el daño.

131. En último, MOLPA pretende que se produciría un enriquecimiento indebido si ella cumpliera con sus obligaciones. Tal afirmación no puede ser aceptada por el Tribunal Arbitral dado que por el momento MOLPA pagó un precio muy inferior al debido y por ende incumplió con sus obligaciones de comprador. Además, no tiene derecho a un reajuste de precio de cualquier tipo.

PETITORIO

Por todo lo expuesto precedentemente, TRAMA solicita respetuosamente al honorable Tribunal Arbitral:

1. Que declare la validez y la eficacia de la cláusula arbitral contenida en el contrato de compraventa del 14 de enero de 2010;
2. Que se declare competente conforme a los principios de competencia-competencia y autonomía de la cláusula de arbitraje;
3. Que declare que dicha cláusula es oponible a MOLPA y vinculante los efectos de hacer valer todos los derechos y obligaciones nacidos del contrato de compraventa;
4. Que declare que los principios de equidad y buena administración de justicia confirman su competencia;
5. Que declare que la cesión de Real a TRAMA es válida;
6. Que, si considera que la cesión no es válida, subsidiariamente declare que hubo una transmisión de los derechos de Real a TRAMA por medio de una subrogación;
7. Que declare MOLPA incumplió con su obligación del pago del precio convenido por la mercadería recibida;
8. Que declare que no existe justificación alguna para el incumplimiento de MOLPA, ni por la cláusula *hardship*, ni por la cláusula de *Force Majeur*;
9. Que declare que el monto del perjuicio sufrido por TRAMA alcanza los U.S.\$ 386.400,00;
10. Que condene a MOLPA al pago de U.S.\$ 386.400,00 más intereses y costas.