



MEMORIAL DE OBJECCIÓN A LA COMPETENCIA DEL TRIBUNAL ARBITRAL

EL-LADRILLO CONSTRUCCIONES CONTRA LATIN PARTNERSHIP MUNDIAL

EQUIPO No. 591

EN REPRESENTACIÓN DE:

LATIN PARTNERSHIP MUNDIAL S.E.
[LAPE]

CALLE RED CARD NRO. 4561, CIUDAD DE
LATIN CITY, CAPITAL DE LATINLANDIA.

EN CONTRA DE:

EL-LADRILLO CONSTRUCCIONES S.A.
[ELSA]

CALLE 45 NRO. 987, CIUDAD DE PUERTO
MADRE, CAPITAL DE COSTA DORADA.

TABLA DE CONTENIDO

LISTA DE ABREVIATURAS	II
LISTA DE DOCTRINA, AUTORIDADES Y NORMATIVA CITADA	III
LISTA DE CASOS CITADOS	VI
INTRODUCCIÓN Y RESUMEN EJECUTIVO DE LA DEMANDA	- 1 -
PRETENSIÓN PRINCIPAL – EL TRIBUNAL ARBITRAL DEBE DECLARARSE INCOMPETENTE PARA CONOCER DE LA PRESENTE DISPUTA	- 2 -
I.1. LAPE no ha manifestado su consentimiento de acudir al arbitraje para resolver las disputas relativas al Contrato de Obra.....	- 2 -
I.2. LAPE y ELSA no han suscrito un acuerdo arbitral por escrito en los términos del art. II de la Convención de Nueva York o el art. 1 de la Convención de Panamá.....	- 6 -
I.3. Las Partes del Contrato de Obra deben acudir primero a la conciliación como método de resolución de disputas	- 10 -
PETITORIO	- 11 -

LISTA DE ABREVIATURAS

¶	Párrafo.
¶¶	Párrafos.
ACL.	Aclaraciones al caso hipotético de la XIV Competencia Internacional de Arbitraje.
ART.	Artículo o Artículos.
CASO	Caso hipotético de la XIV Competencia Internacional de Arbitraje.
CONTRATO/CONTRATO DE OBRA	Contrato de Obra suscrito entre LAPE y ELSA el 13 de junio de 2021.
ICC	<i>The International Court of Arbitration of the International Chamber of Commerce.</i>
P.	Página.
PARTES	ELSA y LAPE.
PP.	Páginas.
SS	Párrafos o páginas siguientes.
TRIBUNAL/TRIBUNAL ARBITRAL	Tribunal Arbitral competente en esta disputa.
USD	Dólares estadounidenses.
VID.	Véase.

LISTA DE DOCTRINA, AUTORIDADES Y NORMATIVA CITADA

CITADO COMO:	BIBLIOGRAFÍA (MANUAL DE CITACIÓN CHICAGO 17ª EDICIÓN):
AGUSTÍN MADRID PARRA	Agustín Madrid Parra. <i>Electronificación del arbitraje.</i> Revista Internacional de Estudios de Derecho Procesal y Arbitraje 2 (2011): 1-27.
ANA FERNÁNDEZ PÉREZ	Ana Fernández Pérez. <i>Cláusulas escalonadas multifunción en el arreglo de controversias comerciales internacionales.</i> Cuadernos de Derecho Transnacional 9, 1 (2017): 99-124.
BERNARD HANOTIAU	Bernard Hanotiau. <i>Consent to arbitration: Do we share a common vision?</i> Arbitration Internacional, 27 (2011): 539-554.
CENTRO CRIPTOLÓGICO NACIONAL DE ESPAÑA	Centro Criptológico Nacional de España. <i>Informe de Amenazas CCN-CERT IA-21/16 - Riesgos de uso de WhatsApp.</i> (Centro Criptológico Nacional de España, 2016).
CNUDMI	Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI). <i>Recomendación relativa a la interpretación del párrafo 2) del artículo II y del párrafo 1) del artículo VII de la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, hecha en Nueva York el 10 de junio de 1958.</i> (CNUDMI, 2006).

CNUDMI	<p>Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI).</p> <p><i>Nota de la Secretaría sobre el párrafo 2 del artículo II de la Convención sobre el reconocimiento y la ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras (Nueva York, 1958). A/CN.9/WG.II/WP.139.</i></p> <p>(CNUDMI, 2005).</p>
DANIEL GIRSBERGER & NATHALIE VOSER	<p>Daniel Girsberger & Nathalie Voser.</p> <p><i>International Arbitration: Comparative and Swiss Perspectives.</i></p> <p>4th edition (Schulthess Juristische Medien AG, 2021).</p>
IBA	<p>International Bar Association (IBA).</p> <p><i>Directrices de la IBA para la Redacción de Cláusulas de Arbitraje Internacional.</i></p> <p>(IBA, 2010).</p>
ICC COMMISSION ON ARBITRATION AND ADR	<p>ICC Commission on Arbitration and ADR.</p> <p><i>Leveraging Technology for Fair, Effective and Efficient International Arbitration Proceedings.</i></p> <p>(ICC, 2022).</p>
JULIO CÉSAR BETANCOURT	<p>Julio César Betancourt.</p> <p><i>El Contrato de Arbitraje Internacional.</i></p> <p>(Valencia: Tirant lo Blanch, 2018).</p>
LABBÉ	<p>Juan Pablo Labbé Arocca.</p> <p><i>La extensión del acuerdo de arbitraje a terceros aparentes en el Arbitraje Comercial Internacional: análisis de algunas teorías.</i></p> <p>Revista de Derecho Universidad Católica del Norte 25, 2 (2018): 201-236.</p>

LUISA MARÍA BRITO Luisa María Brito Nieto.

NIETO

El dilema de las cláusulas escalonadas en Colombia.

Revista de Derecho [S.I.] 32, 2 (2019): 251-272.

MARCO DE BENITO Marco de Benito Llopis-Llombart.

LLOPIS-LLOMBART

El convenio arbitral. Su eficacia obligatoria.

(Madrid: Civitas-Thomson, 2010).

NADINE LEDERER Nadine Lederer.

Article II(2) of the New York Convention and Modern Means of Electronic Communication: Are Letters and Telegrams an Archaic Relic from the Past?

SchiedsVZ | German Arbitration Journal 15, 5 (2017): 245 – 247.

REINMAR WOLFF Reinmar Wolff.

The UN Convention on the Use of Electronic Communications in International Contracts: An Overlooked Remedy for Outdated Form Provisions under the New York Convention?

In “60 Years of the New York Convention: Key Issues and Future Challenges”, ed by. Katia Fach Gomez & Ana M. Lopez-Rodriguez (Kluwer Law International, 2019): 101 – 120.

WILLIAM PARK William Park.

Non-Signatories and international contracts: an arbitrator’s dilemma.

In “Multiple party actions in International Arbitration”, ed. by Permanent Court of Arbitration (Oxford, 2009), 1-31.

LISTA DE CASOS CITADOS

CITADO COMO:	CITA COMPLETA DEL CASO:
CAM CASE NO. 1115/16	Chamber of Arbitration of Milan (CAM) <i>Customer (Italy) v. Service provider (Switzerland). CAM Case No. 1115/16.</i> 10 de Diciembre de 2015.
RJ 2012/6120	Corte Superior de Justicia de Cataluña (España). <i>RJ 2012/6120.</i> 15 de Marzo 2012.
GREEK COMPANY V. FR GERMAN COMPANY	Court of Appeal of Athens (Greece). <i>Greek Company v. FR German Company. Decision no. 4458 of 1984.</i> 14 de Septiembre de 1984.
SHELDON PROCTOR V. LEON SCHELLENBERG	Court of Appeal of Manitoba (Canada). <i>Sheldon Proctor v. Leon Schellenberg. Case AI02-30-05317</i> 11 de Diciembre de 2002.
AVANT GARDE CLEAN ROOM & ENGG. SOLUTIONS V. IND. SWIFT LTD	Delhi High Court (India). <i>Avant Garde Clean Room & Engg. Solutions v. Ind. Swift Ltd. Case (2014) 210 DLT 714.</i> 27 de Junio de 2014.
4A_342/2019	First Civil Law Court (Switzerland). <i>Judgement Case 4A_342/2019.</i> 6 de Enero de 2020.
4A_124/2020	First Civil Law Court (Switzerland).

	<i>Judgement Case 4A_124/2020.</i>
	13 de Noviembre de 2020.

HSBC INSTITUTIONAL TRUST SERVICES (SINGAPORE) LTD V TOSHIN DEVELOPMENT SINGAPORE PTE LTD	Singapore Court of Appeal. <i>HSBC Institutional Trust Services (Singapore) Ltd (trustee of Starhill Global Real Estate Investment Trust) v Toshin Development Singapore Pte Ltd. Civil Appeal No 108 of 2011.</i> 27 de Agosto de 2012.
---	--

INTERNATIONAL RESEARCH CORP PLC V LUFTHANSA SYSTEMS	Singapore Court of Appeal. <i>International Research Corp PLC v Lufthansa Systems. Civil Appeal No 12 of 2013.</i> 18 de Octubre de 2013.
--	---

GREAT OFFSHORE LTD. V. IRANIAN OFFSHORE ENG. & CONSTN.	Supreme Court of India. <i>Great Offshore Ltd vs Iranian Offshore Engineering & Construction Company.</i> 25 de Agosto de 2008.
---	---

A2Z INFRASERVICES LTD. V. QUIPPPO INFRASTRUCTURE LTD	Supreme Court of India. <i>A2Z InfraserVICES Ltd. v. Quippo Infrastructure Ltd.</i> 14 de Julio de 2021
---	---

M.K. SHAH ENGINEERS VS STATE OF MADHYA PRADES	Supreme Court of India. <i>M.K. Shah Engineers vs State of Madhya Prades. Case 1999 (1) SCR 419.</i> 5 de Febrero de 1999.
--	--

KRAUSS MAFFEI VERFAHRENSTECHNIK ET AL. V. BRISTOL MYERS SQUIBB	Supreme Court of Italy. <i>Krauss Maffei Verfahrenstechnik GmbH et al. v. Bristol Myers Squibb. Case 58.</i>
---	---

	10 de Marzo del 2000.
--	-----------------------

UMS GENERALI MARINE V. CLERICI AGENTI & UMBERTO LOMBARDI	Supreme Court of Italy. <i>UMS Generali Marine v. Clerici Agenti & Umberto Lombardi.</i> 1 de Marzo de 2002.
---	--

ACD TRIDON V. TRIDON AUSTRALIA	Supreme Court of New South Wales (Australia). <i>ACD Tridon v. Tridon Australia. Case 5738 of 2001.</i> 4 de Octubre de 2002.
---	---

EMMAUS MUNICIPAL AUTHORITY V. ELTZ	Supreme Court of Pennsylvania (United States). <i>Emmaus Municipal Authority v. Eltz. Case 416 Pa. 123 (Pa. 1964) -204 A.2d 926</i> 3 de Diciembre de 1964.
---	---

SGHC 264	Supreme Court of Singapore, High Court. <i>Cassa di Risparmio di Parma e Piacenza SpA v Rals International Pte Ltd. Case SGHC 264.</i> 16 de Octubre de 2015.
-----------------	---

ICC 19127	The International Court of Arbitration of the International Chamber of Commerce. <i>Joint venture partner (France) v. Joint venture partner (Denmark). ICC Case No. 19127.</i>
------------------	---

PAR-KNIT MILLS V. STOCKBRIDGE FABRICS	United States Court of Appeals, Third Circuit. <i>Par-Knit Mills v. Stockbridge Fabrics. Case 636 F.2d 51 (3d Cir. 1980).</i> 30 de Diciembre de 1980.
--	--

CHLOE Z FISHING CO INC ET AL V. ODYSSEY United States District Court for the Southern District of California.

RE

Chloe Z Fishing Co Inc et al v. Odyssey Re. Case 109 F. Supp. 2d 1236 (S.D. Cal. 2000).

26 de Abril de 2000.

MITSUBISHI MOTORS United States Supreme Court.

CORP. V. SOLER CHRYSLER-PLYMOUTH *Mitsubishi Motors Corp v. Soler Chrysler-Plymouth. Case 3-1569.*

2 de Julio de 1985.

INTRODUCCIÓN Y RESUMEN EJECUTIVO DE LA DEMANDA

1. En este arbitraje la demandante es ELSA, una sociedad constituida en Costa Dorada que se dedica a la construcción de obras de infraestructura; por su parte, la demandada es LAPE, una sociedad perteneciente 100% al Estado de Latinlandia que tiene como propósito organizar la Copa Mundial de Fútbol del año 2022 en Latinlandia.¹ La controversia de este arbitraje gira en torno a un Contrato de Obra que vincula a las Partes, el cual tenía por objeto la construcción de 8 tiendas comerciales dedicadas a la publicidad y venta de productos alusivos a la mascota del Mundial de Fútbol del año 2022: Empanadito.²
2. ELSA presentó la solicitud que dio inicio a este procedimiento para reclamar el cobro de 68.000.000 USD en virtud del Contrato de Obra, ello más intereses y costas. Por su parte, LAPE respondió a esa solicitud indicando que ELSA no tiene derecho a cobrar suma alguna de dinero en virtud del Contrato de Obra, pues dicho Contrato fue legítimamente resuelto a razón de los diversos incumplimientos contractuales que ELSA generó a sus obligaciones.³
3. En lo relativo a la parte procedimental, LAPE manifestó en su respuesta a la solicitud de inicio de este arbitraje que no había consentido su participación en este procedimiento, negando así que entre las Partes existiese un convenio arbitral en relación al Contrato de Obra, tal y como lo indicó ELSA.⁴ Así, en este memorial de objeción a la competencia, nos encargaremos de demostrar que el Tribunal Arbitral no es competente para conocer de las disputas relativas al Contrato de Obra que existen entre LAPE y ELSA.
4. Para tales efectos, nos valdremos de 3 argumentos concretos: I) demostraremos que LAPE no ha manifestado su consentimiento de acudir al arbitraje para resolver las disputas relativas al Contrato de Obra; II) comprobaremos que LAPE y ELSA no han suscrito un acuerdo arbitral por escrito en los términos del art. II de la Convención de Nueva York o el art. 1 de la Convención de Panamá; y III) de manera subsidiaria, justificaremos por qué las Partes del Contrato de Obra deben acudir primero a la conciliación como método de resolución de disputas, ello en el hipotético caso de que se rechacen los primeros dos argumentos.

¹ Caso ¶¶ 1-2.

² Caso ¶¶ 6 y ss.

³ Caso ¶¶ 24-25.

⁴ Caso ¶¶ 24-25.

5. Para fundamentar parte de estos argumentos, nos valdremos de la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras de 1958 (en adelante la Convención de Nueva York) y la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional (en adelante la Convención de Panamá), ya que las mismas han sido ratificadas por los Estados de Latinlandia y Costa Dorada de los cuales provienen LAPE y ELSA.⁵

**PRETENSIÓN PRINCIPAL – EL TRIBUNAL ARBITRAL DEBE DECLARARSE
INCOMPETENTE PARA CONOCER DE LA PRESENTE DISPUTA**

6. El Tribunal Arbitral debe declararse incompetente para conocer de la presente disputa en razón de 3 argumentos concretos: I) que LAPE no ha manifestado su consentimiento de acudir al arbitraje para resolver las disputas relativas al Contrato de Obra; II) que LAPE y ELSA no han suscrito un acuerdo arbitral por escrito en los términos del art. II de la Convención de Nueva York o el art. 1 de la Convención de Panamá; y III) que, de manera subsidiaria, las Partes del Contrato de Obra deben acudir primero a la conciliación como método de resolución de disputas, ello en el hipotético caso de que se rechacen los primeros dos argumentos.

I.1. LAPE no ha manifestado su consentimiento de acudir al arbitraje para resolver las disputas relativas al Contrato de Obra

7. Como es ampliamente conocido, el arbitraje se funda sobre un carácter eminentemente consensual.⁶ Por lo tanto, para que exista un procedimiento arbitral, es necesario que las partes manifiesten de forma clara e inequívoca su intención de acudir al arbitraje como método de resolución de disputas, ello a través de un acuerdo arbitral.⁷
8. En este sentido, el consentimiento se convierte en uno de los elementos más básicos y definitivos para la validez de todo acuerdo arbitral,⁸ aspecto que incluso se ha reconocido en el art. 1 de la Convención de Panamá: “*Es válido el acuerdo de las partes en virtud del cual se obligan a someter a decisión arbitral las diferencias que pudiesen surgir o que hayan surgido entre ellas con relación a un negocio de carácter mercantil*”. Por ende, puede decirse que el

⁵ Caso ¶ 35.

⁶ Labbé, p. 202; SGHC 264 ¶ 2.

⁷ *Emmaus Municipal Authority v. Eltz; Par-Knit Mills v. Stockbridge Fabrics*; 4A_342/2019; 4A_124/2020.

⁸ *Bernard Hanotiau*, pp. 539 y ss.

consentimiento es la piedra angular del arbitraje,⁹ pues es un requisito que habrá de verificarse y comprobarse de forma rigurosa en cada procedimiento arbitral.¹⁰

9. No obstante, el consentimiento se encuentra ausente en nuestro caso, pues LAPE y ELSA no han suscrito jamás un acuerdo arbitral en el que manifiesten –de forma clara e inequívoca– su intención de acudir al arbitraje como método de resolución de disputas para el Contrato de Obra. De hecho, el propio Doctor Esseverri (director jurídico de ELSA y negociador del Contrato de Obra) ha reconocido que: *“leyendo el Contrato de Obra [...] me he percatado de que no incluimos una cláusula de resolución de litigios”*.¹¹
10. De esta manera, si las Partes no han suscrito un acuerdo arbitral, resulta evidente que tampoco han manifestado su intención mutua de participar en este procedimiento.¹² Por ende, el Tribunal Arbitral debe abstenerse de asumir competencia en nuestro caso, ya que no se verifica el requisito del consentimiento que es básico para cualquier arbitraje.
11. Ahora, ELSA sí que ha manifestado su intención unilateral de participar en este arbitraje, pues al fin al cabo presentó la solicitud que dio inicio a este procedimiento.¹³ En ese orden de ideas, ELSA seguramente intentará demostrar que las Partes del Contrato de Obra sí han suscrito un acuerdo arbitral y, para tales efectos, traerá posiblemente a colación una conversación que sostuvieron los Doctores Esseverri y Exandra (esta última es la directora jurídica de LAPE y negociadora del Contrato de Obra) a través del aplicativo WhatsApp, la cual se transcribe a continuación:

- *Esseverri: hola, I, todo bien?*
- *Exandra: todo óptimo, como dicen en Brasil, je, je*
- *Esseverri: estaba leyendo el Contrato de Obra - Empanadito, y me he percatado de que no incluimos una cláusula de resolución de litigios... Y creo que lo hablamos*

⁹ William Park, p. 2; Bernard Hanotiau, pp. 539 y ss.

¹⁰ *Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler-Plymouth; ACD Tridon v. Tridon Australia.*

¹¹ *Caso ¶ 14.*

¹² *Great Offshore Ltd. v. Iranian Offshore Eng. & Constn.; Krauss Maffei Verfahrenstechnik et al. v. Bristol Myers Squibb; Julio César Betancourt, p. 96; Marco de Benito Llopis-Llombart, p. 39.*

¹³ *Caso ¶ 24.*

- *Exandra: sí que lo hablamos; tu jefe quería arbitraje internacional*
- *Esseverri: sí, eso queremos, arbitraje internacional, ad hoc o CIADI*
- *Exandra: nosotros estaríamos de acuerdo con el arbitraje internacional; pero ¿qué es ad hoc?*
- *Esseverri: quiere decir sin institución administradora, como la CCI*
- *Exandra: entendido; habría que agregar una etapa previa de conciliación*
- *Esseverri: OK, siempre y cuando la sede sea Villa del Rey.*
- *Exandra: puede ser.... OK, quedemos así; te tengo que dejar. Chau*
- *Esseverri: chau!*¹⁴

12. ELSA eventualmente dirá que estos mensajes de WhatsApp son relevantes para que el Tribunal Arbitral asuma competencia, pues constituyen una especie de suscripción de un acuerdo arbitral en el cual las Partes del Contrato de Obra se comprometen a arbitrar sus disputas. No obstante, dicha interpretación es totalmente errónea, pues más allá de que una conversación en WhatsApp no puede equipararse a la suscripción de un acuerdo arbitral (aspecto que será tratado en el siguiente argumento), lo cierto es que de la conversación que tuvieron los Doctores Esseverri y Exandra no se puede derivar el consentimiento mutuo de LAPE y ELSA de acudir al arbitraje.

13. Analícese, por ejemplo, el simple hecho de cómo terminó esta conversación de WhatsApp, pues la Doctora Exandra finalizó el intercambio de mensajes con un mero “*puede ser*” [Vid. ¶ 11], lo cual no da cuenta de una intención clara y precisa de las Partes de arbitrar sus disputas, sino más bien de una mera posibilidad de hacerlo. Al respecto, resulta oportuno traer a colación el razonamiento del caso ICC 19127, mismo en el cual se sostuvo que un acuerdo arbitral con la frase “*puede*” debía interpretarse como un acuerdo patológico que no podía ejecutarse, ya que ese verbo “*arroja dudas sobre la voluntad de las partes de someter sus controversias exclusivamente al arbitraje*”.¹⁵

¹⁴ Caso ¶ 14. Valga aclarar que los Doctores Esseverri y Exandra –en su calidad de directores jurídicos de las Partes y negociadores del Contrato de Obra– tenían amplios poderes de representación para vincular cada quien a LAPE y a ELSA: Caso ¶ 32; Acl. ¶ 16.

¹⁵ Traducción libre – ICC 19127.

14. Además, también debe tenerse en cuenta que los Doctores Esseverri y Exandra usaron en su conversación de WhatsApp un lenguaje que no era asertivo o vinculante, ni mucho menos claro respecto a si las Partes realmente deseaban o no arbitrar sus disputas. Así, el uso de este lenguaje impide afirmar que las partes consintieron resolver sus conflictos vía arbitraje.¹⁶
15. Por ejemplo, los Doctores Esseverri y Exandra usaron una serie de expresiones condicionales que, lejos de demostrar que LAPE y ELSA se habían comprometido a resolver sus disputas a través de arbitraje, demostraban más bien que solo consentirían su participación en un procedimiento arbitral si es que se cumplían unas determinadas condiciones o exigencias. Así, en los mensajes de WhatsApp se dijeron cosas tales como “*habría que agregar una etapa previa de conciliación*” o “*siempre y cuando la sede sea Villa del Rey*” [Vid. ¶ 11]; estas expresiones indican que las Partes solo iban a manifestar su consentimiento de acudir al arbitraje si es que primero se conciliaba y/o se escogía a Villa del Rey como sede, lo cual no constituye un consentimiento claro e inequívoco de aceptar el arbitraje.
16. Con lo dicho hasta el momento queda claro que LAPE y ELSA no han consentido el arbitraje como método de resolución de disputas para el Contrato de Obra, pues si bien los Doctores Esseverri y Exandra mencionaron el “*arbitraje internacional*” en sus mensajes de WhatsApp, los mismos no demuestran un consentimiento claro e inequívoco de acudir al arbitraje. Ya lo ha dicho el caso *Avant Garde Clean Room & Eng.. Solutions v. Ind. Swift Ltd.* de la *Delhi High Court*; el mero uso de la palabra “arbitraje” no indica que las partes estén suscribiendo un acuerdo arbitral o tengan la intención clara e inequívoca de acudir al mismo.¹⁷
17. Ahora, más allá de que las Partes no hubiesen manifestado de forma clara e inequívoca su consentimiento mutuo de acudir a este procedimiento arbitral, también debería considerarse que LAPE –desde el primer momento que tuvo conocimiento de este procedimiento– ha manifestado claramente su rechazo al arbitraje como método de resolución de disputas para el Contrato de Obra. Así, tras haber recibido la solicitud de arbitraje por parte de ELSA, LAPE “*negó haber pactado el sometimiento a arbitraje*”.¹⁸
18. Lo anterior es sumamente relevante para los efectos del análisis del consentimiento, pues en materia arbitral se ha reconocido que la ausencia de un consentimiento expreso de acudir al

¹⁶ *Daniel Girsberger & Nathalie Voser, pp. 106 y ss; Julio Cesar Betancourt, p. 131.*

¹⁷ *Avant Garde Clean Room & Engg. Solutions v. Ind. Swift Ltd.*

¹⁸ *Caso ¶ 25.*

arbitraje puede subsanarse en virtud de ciertos principios jurídicos como el “estoppel”, ello, por ejemplo, si la parte contra la cual se alega la existencia de una cláusula arbitral no objeta la misma y, en cambio, participa del procedimiento.¹⁹ No obstante, ya demostramos que ese no es el caso de nuestra representada en este arbitraje.

I.2. LAPE y ELSA no han suscrito un acuerdo arbitral por escrito en los términos del art. II de la Convención de Nueva York o el art. 1 de la Convención de Panamá

19. Llegados a este punto hemos podido demostrar que LAPE no ha manifestado su intención de acudir al arbitraje para resolver las disputas relativas al Contrato de Obra, motivo por el cual el Tribunal Arbitral debe declararse incompetente al no verificar el requisito del consentimiento que es básico en cualquier acuerdo arbitral. Ahora, pasaremos a demostrar que los mensajes de WhatsApp entre los Doctores Esseverri y Exandra, no constituyen un acuerdo arbitral por escrito en los términos del art. II de la Convención de Nueva York o el art. 1 de la Convención de Panamá; razón adicional para que el Tribunal Arbitral se declare incompetente para conocer de la presente disputa.
20. Al respecto, lo primero a considerar es que el acuerdo arbitral es un contrato esencialmente formal, ya que la escritura es un supuesto *ad substantiam* de ese contrato o, por lo menos, así lo es a la luz del art. II de la Convención de Nueva York y el art. 1 de la Convención de Panamá.²⁰
21. En particular, el art. II de la Convención de Nueva York dispone que:

*1. Cada uno de los Estados Contratantes reconocerá **el acuerdo por escrito** conforme al cual las partes se obliguen a someter a arbitraje todas las diferencias o ciertas diferencias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto a una determinada relación jurídica, contractual o no contractual, concerniente a un asunto que pueda ser resuelto por arbitraje.*

*2. La expresión “**acuerdo por escrito**” denotará una **cláusula compromisoria incluida en un contrato o un compromiso, firmados por las partes o contenidos en un canje de cartas o telegramas** [Resaltado añadido].*

¹⁹ *Greek Company v. FR German Company; M.K. Shah Engineers vs State of Madhya Prades; CNUDMI I.*

²⁰ *Julio Cesar Betancourt, p. 214; Reinmar Wolff, p. 107; CAM Case No. 1115/16; UMS Generali Marine v. Clerici Agenti & Umberto Lombardi.*

22. Por su parte, el art. 1 de la Convención de Panamá sostiene que:

Es válido el acuerdo de las partes en virtud del cual se obligan a someter a decisión arbitral las diferencias que pudiesen surgir o que hayan surgido entre ellas con relación a un negocio de carácter mercantil. El acuerdo respectivo constará en el escrito firmado por las partes o en el canje de cartas, telegramas o comunicaciones por telex [Resaltado añadido].

23. De los artículos en cita se desprende entonces que un acuerdo arbitral siempre debe constar por escrito, lo que bien puede decir que repose en una cláusula compromisoria firmada por las partes, en un compromiso firmado por las partes o, finalmente, en el intercambio de cartas, telegramas o comunicaciones por telex que hayan realizado las partes.²¹ Claramente, los mensajes de WhatsApp entre los Doctores Esseverri y Exandra no están firmados por las Partes, ni mucho menos representan un intercambio de cartas, telegramas o telex; por ende, no puede decirse que esos mensajes constituyen un acuerdo arbitral por escrito en los términos del art. II de la Convención de Nueva York o el art. 1 de la Convención de Panamá.

24. Ahora, esta representación es consciente de que la doctrina, parte de la casuística y hasta la propia CNUDMI, han propugnado por una lectura que no sea tan exegética de los artículos que estamos analizando; es decir, una lectura que entienda que un acuerdo arbitral también puede celebrarse por formas distintas a las explícitamente señaladas en el art. II de la Convención de Nueva York o el art. 1 de la Convención de Panamá. Así, se ha establecido que estos artículos no reportan una lista exhaustiva de los medios a través de los cuales se puede celebrar un acuerdo arbitral “*por escrito*” y que, por tanto, existen otras formas técnicas para la celebración de un acuerdo arbitral, ello especialmente en función de los avances tecnológicos de las últimas décadas.²²

25. El caso de los correos electrónicos es un claro ejemplo de esta lectura no exegética del art. II de la Convención de Nueva York o el art. 1 de la Convención de Panamá, pues si bien este tipo de comunicaciones no están taxativamente consagradas en los artículos que estamos analizando, se ha reconocido que los e-mails satisfacen el requisito de que un acuerdo arbitral conste por escrito.²³ De hecho, la propia Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial

²¹ Gary Born, pp. 664-665; Julio Cesar Betancourt, p. 273.

²² CNUDMI; Julio Cesar Betancourt, p. 229; Sheldon Proctor v. Leon Schellenberg.

²³ RJ 2012/6120.

Internacional del año 2006, ha reconocido en la opción I de su art. 7 que: “*El requisito de que un acuerdo de arbitraje conste por escrito se cumplirá con una comunicación electrónica si la información en ella consignada es accesible para su ulterior consulta*”.

26. Sin embargo, el hecho de que los correos electrónicos se hayan reconocido como un medio para dejar constancia de la suscripción de un acuerdo arbitral, no quiere decir que cualquier medio tecnológico actual (incluido el uso de aplicaciones de mensajería instantánea como el aplicativo WhatsApp) satisface el requisito de que un acuerdo arbitral conste “por escrito”, pues una afirmación de este estilo iría mucho más allá de los límites estipulados por el art. II de la Convención de Nueva York o el art. 1 de la Convención de Panamá.²⁴
27. Si los correos electrónicos han sido reconocidos como un medio óptimo para satisfacer el requisito de que un acuerdo arbitral conste “*por escrito*”, se debe en gran parte a que pueden asimilarse al intercambio de cartas, telegramas o telex, presupuestos que sí están reconocidos explícitamente en los artículos que estamos analizando.²⁵ No obstante, los mensajes de WhatsApp no pueden asimilarse con ninguno de estos medios tecnológicos y, por ello, tampoco puede afirmarse que los mismos satisfacen los requisitos establecidos por el art. II de la Convención de Nueva York o el art. 1 de la Convención de Panamá.
28. Además, los correos electrónicos son un medio óptimo porque dejan constancia de la suscripción de un acuerdo arbitral, al igual que de los derechos y obligaciones reconocidos en ese acuerdo. Así, los correos electrónicos permiten la ulterior consulta de la información consignada en ellos, son un canal de comunicación comúnmente usado en el plano del comercio internacional y, finalmente, reportan un nivel aceptable para la seguridad y fiabilidad de las comunicaciones.²⁶ No obstante, ninguno de estos supuestos se cumple en el caso de los mensajes de WhatsApp, tal y como pasaremos a demostrar.
29. Por ejemplo, es posible que, por su propia naturaleza de mensajería instantánea, la información condensada en un mensaje de WhatsApp se elimine o se pierda fácilmente de forma definitiva, bien por la intención de alguna de las partes, un software malicioso, la intervención de otro usuario en la aplicación, etc.²⁷ Así, los mensajes de WhatsApp no son un medio idóneo para

²⁴ Nadine Lederer, p. 247.

²⁵ Nadine Lederer, p. 247.

²⁶ RJ 2012/6120; Reinmar Wolff, pp. 107 y ss; Julio Cesar Betancourt, p. 228; CNUDMI I; Agustín Madrid Parra.

²⁷ Centro Criptológico Nacional de España.

satisfacer el requisito de la escritura establecido en el art. II de la Convención de Nueva York y el art. 1 de la Convención de Panamá, pues no hay garantía de que ulteriormente se pueda consultar la información consignada en esos mensajes.

30. Al respecto, resulta oportuno traer a colación el caso *A2Z Infraservices Ltd. v. Quippo Infrastructure Ltd.* de la *Supreme Court of India*, en el cual se propuso una inquietud semejante a la que hemos descrito en el párrafo anterior. En este caso, los jueces decidieron que los mensajes de WhatsApp no pueden admitirse como evidencia legal, ya que a través de esta aplicación es fácil eliminar cualquier clase de información que sea relevante para la disputa entre las partes.²⁸
31. Por otra parte, la propia *ICC Commission on Arbitration and ADR*, ha reconocido que el uso de los mensajes de WhatsApp en el trámite de un procedimiento arbitral debe ser sumamente cauteloso, pues puede representar problemas de seguridad y fiabilidad en las comunicaciones que tengan las partes entre sí o en conjunto con el tribunal arbitral.²⁹ Por ende, si el uso de los mensajes de WhatsApp ni siquiera garantiza la seguridad y la fiabilidad de las conversaciones realizadas en el trámite de un procedimiento arbitral, ¿por qué esos mensajes deberían considerarse como un medio válido para satisfacer el requisito de que el acuerdo arbitral conste por escrito?
32. Finalmente, también debe tenerse en cuenta que los mensajes de WhatsApp no son un canal de comunicación comúnmente usado en el plano del comercio internacional;³⁰ por ende, no pueden considerarse un medio óptimo para satisfacer el requisito de que un acuerdo arbitral conste por escrito. Ya lo ha dicho el caso *Chloe Z Fishing Co. Inc. et al v. Odyssey Re* de la *United States District Court for the Southern District of California*; para que un mecanismo distinto a los estipulados por el art. II de la Convención de Nueva York sea apto para suscribir una cláusula arbitral, es mínimamente necesario que el mismo sea usualmente usado en el campo del comercio.³¹
33. Todo lo dicho hasta el momento nos permite decir –nuevamente– que los mensajes de WhatsApp no constituyen un acuerdo arbitral por escrito en los términos del art. II de la

²⁸ *A2Z Infraservices Ltd. v. Quippo Infrastructure Ltd.*

²⁹ *ICC Commission on Arbitration and ADR*, p. 39.

³⁰ *Reinmar Wolff*, pp. 107 y ss.

³¹ *Chloe Z Fishing Co Inc et al v. Odyssey Re*.

Convención de Nueva York o el art. 1 de la Convención de Panamá [Vid. ¶ 23]. Por ende, reiteramos nuestra petición al Tribunal Arbitral de declararse incompetente para conocer de la presente disputa, ello ante la carencia de un acuerdo arbitral por escrito que sustente el trámite de este arbitraje.

I.3. Las Partes del Contrato de Obra deben acudir primero a la conciliación como método de resolución de disputas

34. El Tribunal Arbitral es incompetente para conocer de la presente disputa, ello aun en el hipotético caso de que se declare que LAPE sí ha manifestado su consentimiento para acudir a este arbitraje y, además, que sí suscribió un acuerdo arbitral por escrito en los términos del art. II de la Convención de Nueva York o el art. 1 de la Convención de Panamá. La razón para fundamentar esta premisa es sencilla, pues si los mensajes de WhatsApp entre los Doctores Esseverri y Exandra constituyen un acuerdo arbitral por escrito y demuestran el consentimiento mutuo de las Partes de acudir al arbitraje, también se debería respetar la intención que las Partes tuvieron de “*agregar una etapa previa de conciliación*” [Vid. ¶ 11].
35. Al respecto, debe recalcar que los acuerdos sobre etapas previas de conciliación son plenamente válidos en virtud del principio de la autonomía de la voluntad privada, ya que las Partes pueden decidir de forma autónoma el modo en el que van a resolver sus disputas.³² Así, este tipo de cláusulas que han sido denominadas como cláusulas escalonadas, cláusulas multinivel o procedimientos pre-arbitrales, se caracterizan por consagrar etapas diferentes y escalonadas para resolver las controversias derivadas de un contrato, estableciendo las fases menos adversariales antes de la utilización del arbitraje.³³
36. Este tipo de cláusulas, valga anotar, han sido plenamente reconocidas en la casuística, donde se ha sostenido que las cláusulas que establecen escalones previos son vinculantes y su cumplimiento debe surtir en el orden previsto por las partes. Por ejemplo, este ha sido el supuesto decisorio de los casos *HSBC Institutional Trust Services (Singapore) Ltd v Toshin Development Singapore Pte* de la *Singapore Court of Appeal*; *International Research Corp PLC v*

³² IBA, p. 33; Luisa María Brito Nieto, p. 252; Ana Fernández Pérez, p. 107.

³³ Luisa María Brito Nieto, p. 252; Ana Fernández Pérez, pp. 106 y ss.

*Lufthansa Systems de la Singapore Court of Appeal; y M.K. Shah Engineers v State of Madhya Prades de la Supreme Court of India.*³⁴

37. Por ende, si las Partes establecieron que participarían en una etapa previa de conciliación antes que al arbitraje, el Tribunal Arbitral deberá declararse incompetente hasta tanto esa fase no se cumpla o por lo menos se intente cumplir por las Partes, pues en caso contrario se estaría desconociendo la voluntad de aquellas plasmada en los mensajes de WhatsApp que intercambiaron los Doctores Esseverri y Exandra. Nuevamente, este argumento solo opera en el hipotético caso de que el Tribunal rechace nuestra argumentación relativa a que: i) LAPE no ha manifestado su consentimiento de acudir al arbitraje para resolver las disputas relativas al Contrato de Obra; y ii) que LAPE y ELSA no han suscrito un acuerdo arbitral por escrito en los términos del art. II de la Convención de Nueva York o el art. 1 de la Convención de Panamá.

PETITORIO

Con fundamento en las páginas precedentes, esta representación solicita respetuosamente al Tribunal Arbitral que:

- I) Declare que LAPE no ha manifestado su consentimiento de acudir al arbitraje para resolver las disputas relativas al Contrato de Obra;
- II) Declare que LAPE y ELSA no han suscrito un acuerdo arbitral por escrito en los términos del art. II de la Convención de Nueva York o el art. 1 de la Convención de Panamá;
- III) Declare que las Partes del Contrato de Obra deben acudir primero a la conciliación como método de resolución de disputas, ello en el hipotético caso de que no acepten las dos pretensiones anteriores; y
- IV) Se abstenga de asumir competencia para conocer de la presente disputa.

³⁴ *HSBC Institutional Trust Services (Singapore) Ltd v Toshin Development Singapore Pte; International Research Corp PLC v Lufthansa Systems; M.K. Shah Engineers vs State of Madhya Prades.*