

COMPETENCIA INTERUNIVERSITARIA DE ARBITRAJE

COMERCIAL Y DE INVERSIÓN

UP-ICC MEXICO MOOT

MEMORIAL DE CONTESTACION DE DEMANDA

EQUIPO N° 23

EN REPRESENTACIÓN DE:

SR. CARLOS MARTINEZ

GUTIERREZ

BOGOTA, COLOMBIA

DEMANDADO

EN CONTRA DE:

MURALISTAS S.A DE C.V

NUEVO LEON, MEXICO

DEMANDANTE

INDICE

ABREVIATURAS.....	11
AUTORIDADES CITADAS	13
JURISPRUDENCIA.....	15
NORMATIVA.....	20
HECHOS.....	21
PRIMERA CUESTION: DE LAS REGLAS DE INTERPRETACIÓN APLICABLES A LA CLÁUSULA DECIMOSEGUNDA A EFECTO DE DETERMINAR SI EL TRIBUNAL CONSTITUIDO POR LA ICC DEBE DE RESOLVER LAS DISPUTAS DERIVADAS DEL CONTRATO Y DETERMINACIÓN DE LA SEDE DE ARBITRAJE.....	21
I) APLICACIÓN DE INTERPRETACION FRANCESA COMPLEMENTADA CON EL ART. 8 DE LA CISG Y DERECHO MEXICANO.....	21
II. DE LA DETERMINACIÓN DE LA SEDE DE ARBITRAJE ELEGIDA POR LAS PARTES.....	23
CONCLUSION:.....	24
SEGUNDA CUESTION: DE LA IMPROCEDENCIA A LA EXHIBICION DE DOCUMENTOS POR NO CUMPLIR CON LOS REQUISITOS DE UTILIDAD Y POR RAZONES DEL DEBER DE CONFIDENCIALIDAD.....	24
CONCLUSION:.....	26
TERCERA CUESTION: DEL DERECHO DEL SR. MARTINEZ A RESOLVER EL CONTRATO POR EL INCUMPLIMIENTO ESENCIAL POR PARTE DE MURALISTAS S.A.	26
I. de la retención de la obra fue un hecho imprevisible y sobreviniente, por lo que no constituye un incumplimiento esencial.	26
II. Muralistas no estaba facultado para declarar el contrato resuelto.....	28
III. Del derecho del Sr. Martínez a resolver el contrato por incumplimiento esencial de Muralistas al no recibir y a pagar la Obra una vez liberada.....	30
CONCLUSION.....	32
CUARTA CUESTIÓN: ESTE TRIBUNAL NO ESTÁ FACULTADO PARA OTORGAR A MURALISTAS LAS GANANCIAS OBTENIDAS POR EL SR. MARTÍNEZ CON LA VENTA DEL GALLINERO DURANTE LA MENCIONADA SUBASTA.....	33
I) La indemnización no puede exceder la pérdida sufrida como consecuencia del incumplimiento con base al principio Full Compensation.....	33
II) Muralistas no había probado pérdida alguna, y el principio antes referido elimina la posibilidad del Tribunal Arbitral a condenar al llamado disgorgement of profits o extirpación de las ganancias.	35
CONCLUSION.....	37

PETITUM.....	37
ANEXO 1.....	38
ANEXO 2.....	39

ABREVIATURAS

CITADO COMO	SIGNIFICADO
\$ / USD	Dólar / Dólares / Dólares de las Estados Unidos de América
Sr. Martínez	Sr. Carlos Martínez Gutiérrez
%	Porcentaje / Porciento
Art.	Artículo
Artdelivery	Artdelivery Ltd., empresa estadounidense especializada en el transporte internacional de arte.
C.C	Corte de constitucionalidad
C.C.M	Código de Comercio Mexicano
CIP	(Carriage and Insurance Paid (To) → 'transporte y seguro pagados hasta)
CLOUT	Jurisprudencia relativa a los textos de la CNUDMI (Case Law on UNCITRAL Texts)
CNUCCIM / CISG	Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías
Corte	Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional.
El contrato	Contrato de Compraventa de la Pintura El Gallinero de DiPosso entre el Sr. Carlos Martínez Gutiérrez y Muralistas S.A de C.V
Feb.	Febrero

IBA	International Bar Association/Asociación Internacional de Abogados.
ICC / CCI	Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional de París
Interpol	Organización internacional de policía criminal
Muralistas	Muralistas S.A de C.V
No.	Numero
Nov.	Noviembre
Obra/gallinero	pintura de DiPosso con el nombre “El Gallinero”
Pág.	Pagina
Párr.	Párrafo
Sep.	Septiembre
Sr.	Señor
Sra.	Señora
Sra. Bonfil	Sra. Andrea Bonfil Olmos
STS	Sentencia
Tribunal	Tribunal arbitral

AUTORIDADES CITADAS

CITADO COMO	CITA COMPLETA	CITADO EN
ALMAGRO NOSETE	ALMAGRO NOSETE, J.: Op. cit., pág. 590.	§ 33.
BETTI	Cfr. BETTI, E.: Op. cit., págs. 106 y 114.	§ 33.
CHENGWEI, L	Remedies for Non-performance: Perspectives from CISG, UNIDROIT Principles & PECL Disponible en: http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/chengwei.html#intro Citado como: Chengwei2	§ 51.
COMENTARIO SOBRE LA CISG, 2ª ED., OXFORD, 2005, ART. 74, ¶ 2.	COMENTARIO SOBRE LA CISG, 2ª ED., OXFORD, 2005, ART. 74, ¶ 2.	§ 45.
DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. OP. CIT., PP. 793 Y 794.	DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. OP. CIT., PP. 793 Y 794.	§ 53.
DR. LEYVA, INTERPRETACIÓN DE LOS CONTRATOS.	Dr. José Leyva Saavedra Catedrático de Derecho Mercantil Universidad Nacional Mayor de San Marcos (Perú) DERECHO MERCANTIL INTERPRETACIÓN DE LOS CONTRATOS	§ 6.
EN OPINIÓN NO. 6 DEL CONSEJO ASESOR DE LA CISG	En opinión No. 6 del Consejo Asesor de la CISG. Art. 74	§ 47,49.
FARNSWORTH, PÁGS. 247, 249 (1979)	Farnsworth, Damages and Specific Relief, 27 Am. J. Comp. L. pp. 247, 249 (1979).	§ 45.
FERNÁNDEZ ROZAS.	FERNÁNDEZ ROZAS JOSÉ CARLOS; Determinación del lugar de arbitraje y consecuencias del control del laudo por el tribunal de la sede arbitral	§ 10.
HONNOLD (1999) P. 472-495.	John O. Honnold, Ley Uniforme para Ventas Internacionales bajo la Convención de las Naciones Unidas de 1980, 3a ed. (1999), páginas 472-495. Reproducido con permiso de la editorial, Kluwer Law International, La Haya.	§ 23.
HONNOLD, 3ª ED.	Honnold, Uniform Law for International Sales, 3rd ed.	§ 45.
LANDER HUIMBER ROMÁN A.	Lander Huimber Román A. Analista de Logística PROCOMER	§ 26.

LANDO Y BEALE 2003, P. 659.	LANDO y BEALE en el comentario a los Principios 2003, p. 659	§ 48.
LEY UNIFORME PARA VENTAS INTERNACIONALES, 3ª ED., KLUWER, 1998, P. 445	SCHLECHTRIEM/SCHWENZER/Stoll/Gruber, COMMENTARY ON THE U.N. CONVENTION ON THE INTERNATIONAL SALE OF GOODS, 2nd ed., Oxford, 2005, art. 74, ¶ 2; Honnold, Uniform Law for International Sales, 3rd ed., Kluwer, 1998, p. 445 (citando a TREITEL, REMEDIES FOR BREACH OF CONTRACT, Oxford, 1998, p. 82)	§45
NAVEIRA ZARRA, M.M.,	NAVEIRA ZARRA, M.M., El resarcimiento del daño..., op. cit., p. 51,	§ 52.
OLIVA BLÁZQUEZ, F	OLIVA BLÁZQUEZ, F., Comentario a la Sentencia de 7 de Julio...», op. cit., p. 621.	§ 52.
PARDO DE CARVALLO	Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso XIV (1991 - 1992) La Doctrina de los Actos Propios Inés Pardo De Carvalho, Universidad Católica de Val paraíso	§ 38.
PENGELLEY NICHOLAS; LA REGLA DE PAUL SMITH. PÁG. 1	Pengelley Nicholas; la regla de Paul Smith. Pág. 1	§ 10.
QUITO ECUADOR: 2019.	Universidad internacional de RIOJA, quito ecuador 2019. Convenio arbitral, supuestos doctrinarios de patología, principios y su enfoque pro-arbitraje.	§ 5.
RAMÓN ESCOBAR ALVARADO	Universidad internacional de RIOJA, quito ecuador 2019. Convenio arbitral, supuestos doctrinarios de patología, principios y su enfoque pro-arbitraje.	§ 4.
REDFERN & HUNTER & BLACABY & PARTASIDES, PÁG. 122.	Redfern & Hunter & Blacaby & partasides, teoría y Practica de Arbitraje Comercial Internacional pág. 122.	§ 10.
SINGAPUR ACADEMY OF LAW JOURNAL, 2014.	Singapur Academy Of Law Journal: The Law Goberment Internacional Arbitration Agreements, And International Perspective; 2014.	§ 6.

SUTTON, MEDICIÓN DE DAÑOS EN VIRTUD DE LA CISG	Sutton, Measuring Damages Under the United Nations Convention on the International Sale of Goods, 50 Ohio State L.J. pp. 737, 742 (1989).	§ 45.
VAQUER ALOY.	VAQUER ALOY, en AA. VV., Estudios de Derecho de Obligaciones. Homenaje al profesor Mariano Alonso Pérez, Tomo II, (coord. por Eugenio Llamas Pombo), ed. La Ley, Madrid, 2006, pp. 874 y 875.	§ 52.
WILLIAM S. HEIN & CO., 1943, VOL. 3, PÁGS. 1694, 1697	WILLIAM S. HEIN & CO., 1943, VOL. 3, PÁGS. 1694, 1697.	§ 46.

JURISPRUDENCIA

CITADO COMO	CITA COMPLETA	CITADO EN
	ALEMANIA	
Caso 339 Alemania, 1998	Caso CLOUT núm. 339 [Landgericht Regensburg, Alemania, 24 de septiembre de 1998].	§ 30.
caso CLOUT 282, Alemania 1997	Caso CLOUT núm. 282 [Oberlandesgericht Koblenz, Alemania, 31 de enero de 1997].	§ 30.
Amtsgericht Nordhorn, Alemania, 1994	Amtsgericht Nordhorn, Alemania, 14 de junio de 1994, Unilex	§ 31.
caso 130 Alemania, 1994	caso 130 Alemania, 1994	§ 40.
caso 227 Alemania, 1992	caso 227 Alemania, 1992	§ 40.
el caso CLOUT 294 Alemania 1999	el caso CLOUT 294 Alemania 1999	§ 50.
caso CLOUT 318 Alemania, 1998	caso CLOUT 318 Alemania, 1998	§ 50.
	AUSTRALIA	
Caso CLOUT 308, Australia, 1995	FEDERAL COURT OF AUSTRALIA Roder Zelt-Und Hallenkonstruktionen GmbH v	§ 34.

	Rosedown Park Pty Ltd (In Liquidation) and Reginald R Eustace [1995] FCA 1707 (30 November 1995)	
Caso 956 Australia, 2009	Caso CLOUT núm. 956 [Tribunal Federal de Australia, Australia, 20 de mayo de 2009] (Olivaylle Pty Ltd v. Flottweg GmbH & Co. KGAA, formerly Flottweg GmbH & Co KGAA))	§ 30.
	AUTRIA	
caso 746 Austria, 2004	caso CLOUT núm. 746 [Oberlandesgericht Graz, Austria, 29 de julio de 2004]	§ 41.
	BÉLGICA	
Hof van Cassatie, Bélgica, 2009	Hof van Cassatie, Bélgica, 19 de junio de 2009 (Scafom International BV v. Lorraine Tubes S.A.S.).	§ 28.
	BOLIVIA	
Caso CPA No. 2013-15 ente South American Silver Limited y el Estado plurinacional de Bolivia	Caso CPA No. 2013-15 ente South American Silver Limited y el Estado plurinacional de Bolivia	§ 17.
	BULGARIA	
Coal Case (Bulgaria, 1996)	Tribunal Arbitral búlgaro en el laudo emitido en 1996 para un caso de carbón [Coal Case (Bulgaria, 1996)].	§ 23.
	CHINA	
Caso 806 China, 1999	Caso CLOUT núm. 806 [Comisión de Arbitraje Internacional Económico y Comercial de China, República Popular China, 29 de diciembre de 1999].	§ 32.
Caso 987 China 2001	Caso número. 987 China año 2001.	§ 40.
China, laudo arbitral núm. CISG/2006/21	Comisión de Arbitraje Internacional Económico y	§ 41.

	Comercial de China, República Popular China, abril de 2006 (laudo arbitral núm. CISG/2006/21)	
	CHILE	
sentencia 6307-2010	Corte suprema de chile sentencia 6307-2010	§ 39.
	COLOMBIA	
Sentencia C 004 de 1992	Corte de constitucionalidad de Colombia sentencia C 004 de 1992	§ 23.
Sentencia 14392 Colombia 10 de nov. 2005	Sentencia 14392 del 10 de noviembre de 2005- Consejo de Estado MP. Alir Eduardo Hernández	§ 23.
CSJ, sentencia del 20 de nov.1989	Corte Suprema De Justicia Colombiana. Sala De Casación Civil. 20 De Noviembre De 1989 Mp Alberto Bonilla Botero	§ 23.
	ESPAÑA	
GALERIAS VINCON S.L vs CAIXABNNK S.A	GALERIAS VINCON S.L vs CAIXABNNK S.A, Barcelona, España	§ 6.
RJ 1996, 7235	21 de octubre de 1996 [RJ 1996, 7235]	§ 54.
RJ 1993, 5340	Sentencias de 30 de junio de 1993 [RJ 1993, 5340]	§ 54.
RJ 1967/2926	Sentencia de 22 junio 1967 [RJ 1967/2926], LA indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento del contrato en los principios de derecho contractual europeo	§ 54.
sentencia de 8 de junio de 1996 T.S	Tribunal Supremo sentencia de 8 de junio de 1996 España	§ 54.

STS RJ 1997,3842	STS de 13 de mayo de 1997, ponente D. Francisco Morales Morales (RJ 1997, 3842).	§ 53.
Sentencias de 6 de octubre de 1982, de 2 de abril de 1997	Sentencias de 6 de octubre de 1982, de 2 de abril de 1997, España	§ 51.
RJ 2009, 3184	Ponente, D. José Almagro Nosete (RJ 2009, 3184).	§ 51.
RJ 1988, 4823	ponente D. Eduardo Fernández-Cid de Temes (RJ 1988, 4823)	§ 51.
Compañía Transmediterránea, Sociedad Anónima	Compañía Transmediterránea, Sociedad Anónima», sentencia de La Sala Primera del Tribunal Supremo, Madrid, España.1988.	§ 17.
	ESTADOS UNIDOS	
caso 578 Michigan, 2001	caso numero 578 Michigan, año 2001	§ 40.
Delagoa Bay y East African Railway Co.	Delagoa Bay y East African Railway Co. (Estados Unidos y Gran Bretaña c. Portugal) (1900), resumido en su parte pertinente en WHITEMAN, DAÑOS EN DERECHO INTERNACIONAL	§ 46.
Derecho de caso de irán-ee. uu. tribunal de reclamaciones	Westberg, operaciones internacionales y reclamaciones sobre partes gubernamentales: derecho de caso de irán-ee. uu. Tribunal de reclamaciones, int. law inst., 1991, pág. 190	§ 46.
Tribunal de Distrito, Distrito Sur, Estados Unidos, (Doolim Corp. v. R Doll, LLC et al.),	Tribunal de Distrito, Distrito Sur de Nueva York, Estados Unidos, 29 de mayo de 2009 (Doolim Corp. v. R Doll, LLC et al.),	§ 39.
	FRANCIA	

Laudo arbitral 7754, Francia, 1995	Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, Francia, enero de 1995 (laudo arbitral núm. 7754)	§ 30.
Caso ICC International Court of Arbitration Bulletin, 2000	ICC International Court of Arbitration Bulletin, 2000, 46.	§ 30.
	ITALIA	
caso CLOUT 380 Tribunale di Pavia, Italia, 1999	Caso. CLOUT Numero 380 Tribunale di Pavia, Italia, 1999	§ 50.
	IRAN	
Caso Sapphire International Petroleum Ltd. v. National Iranian Oil Co.,	Sapphire International Petroleum Ltd. v. National Iranian Oil Co., laudo arbitral, 15 de marzo de 1963,	§ 46.
	PERU	
caso Naviera Amazónica Peruana S.A vs Compañía Internacional de Seguros del Perú	Pengelly Nicholas; conflictos por Cláusulas; resolución de conflictos: la regla de Paul Smith. Pág. 1	§ 10.
	RUSIA	
caso 468 Rusia, 1998	caso numero 468 Rusia, año 1998	§ 40.
Rusia, 2000 laudo arbitral núm. 406/1998	Rusia, 2000 laudo arbitral núm. 406/1998	§ 50.
	Suiza	
Handelsgericht del Cantón de Zúrich, 1999	Caso CLOUT núm. 331 [Handelsgericht des Kantons Zürich, Suiza, 10 de febrero de 1999]	§ 48.
Tribunal Cantonal del Valais, Suiza, 2002.	Tribunal Cantonal del Valais, Suiza, 2002.	§ 40.

Caso 882, Suiza, 2002	Caso CLOUT núm. 882 [Handelsgericht des Kantons Aargau, Suiza, 5 de noviembre de 2002].	§ 30.
Caso núm. 331 Suiza, 1999.	Caso CLOUT núm. 331 [Handelsgericht des Kantons Zürich, Suiza, 10 de febrero de 1999] (véase el texto íntegro de la sentencia).	§ 27.
Caso Sapphire International Petroleums Ltd. v. National Iranian Oil Co.,	Sapphire International Petroleums Ltd. v. National Iranian Oil Co., laudo arbitral, 15 de marzo de 1963,	§ 46.

NORMATIVA

CISG.	Convención de naciones unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías.
C.C.M	Código de comercio mexicano.
Convención de nueva York.	Convención sobre el reconocimiento y la ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras.
Reglamento de la ICC.	Reglamento de la corte internacional de arbitraje de la ICC.
CNUDMI.	Ley modelo de la CNUDMI sobre arbitraje comercial internacional.
PECL.	Principios de derecho Europeo de los contratos.

HECHOS.

Los hechos fueron narrados dentro de la Solicitud de Arbitraje que se presentó ante este honorable tribunal en fecha 9 de mayo de 2019.

PRIMERA CUESTION: DE LAS REGLAS DE INTERPRETACIÓN APLICABLES A LA CLÁUSULA DECIMOSEGUNDA A EFECTO DE DETERMINAR SI EL TRIBUNAL CONSTITUIDO POR LA ICC DEBE DE RESOLVER LAS DISPUTAS DERIVADAS DEL CONTRATO Y DETERMINACIÓN DE LA SEDE DE ARBITRAJE.

1. El 9 de mayo de 2019, Muralistas, por medio de sus abogados, presentó una solicitud de arbitraje en contra del Sr. Martínez ante la Secretaría la (“ICC”). A efecto de dicha Solicitud el Sr. Martínez Procede a contestar de conformidad con el art. 5 del Reglamento [Hechos ¶ 32; 37]. Por la existencia del contrato de Compraventa Celebrado entre el Sr. Martínez y Muralistas el cual contiene un compromiso arbitral plasmada en la Cláusula Decimosegunda del contrato, que establece: “Todas las controversias que deriven del presente Contrato o que guarden relación con éste serán resueltas definitivamente por un tribunal compuesto por tres árbitros, *con sede en la Corte Internacional de Arbitraje en Londres*, nombrados conforme al Reglamento de Arbitraje de la CCI...”.

2. sin embargo dentro de este procedimiento arbitral se identifican aspectos que crean controversia y que deben de ser aclarados antes de que este procedimiento continúe: primero establecer ¿Qué Institución debe administrar el proceso Arbitral? segundo ¿Cuál es la sede de arbitraje elegida por las partes? de acuerdo con la redacción de la cláusula, el arbitraje debe entenderse de derecho, a manera que el árbitro se base en las leyes aplicables, con el objeto de determinar soluciones efectivas para las partes y aclarar las ambigüedades que posee la cláusula Arbitral, entonces, se hace necesario aplicar Reglas de Interpretación que nos conduzcan hacia la verdadera intención de las partes, basadas en: **(I)** Aplicación de la Interpretación Francesa complementada con el art. 8 de la CISG y Derecho mexicano; **(II)** Determinación de la Sede de Arbitraje.

I) APLICACIÓN DE INTERPRETACION FRANCESA COMPLEMENTADA CON EL ART. 8 DE LA CISG Y DERECHO MEXICANO.

3. El 11 de febrero de 2019 Muralistas envió por correo Electrónico el proyecto de contrato de compraventa de “El gallinero”. El 13 de febrero de 2019 el Sr. Brown remitió el contrato firmado

por el Sr. Martínez por paquetería Privada. Sin realizar modificaciones, posteriormente el 15 de febrero la Sra. Bonfil firmó el Contrato en Representación de Muralistas y regresó una Copia firmada al señor Martínez [Hechos ¶ 7; 8]

4. En este Aspecto identificamos que el Contrato de Compraventa nace a la vida Jurídica y las partes se comprometen a cumplir lo pactado en él, el problema nace cuando Muralistas considera vulnerados los derechos que le correspondían en calidad de Comprador, entonces decide Iniciar el proceso de Arbitraje manifestado que la cláusula Decimosegunda establecía dos aspectos; primero que la Institución Designada era la ICC, segundo que la sede de Arbitraje es México. Esto provoca la necesidad de identificar los términos dentro de la Cláusula Arbitral, Ramón Escobar Alvarado la denomina como Clausulas Carentes de Certeza, porque contienen errores en la Identificación de la Institución Arbitral.

5. En este caso es necesario que se realice una interpretación efectiva de la Cláusula de Arbitraje a fin de que responda al principio útil en pro del procedimiento. [Quito Ecuador: 2019]. La metodología de la interpretación francesa en ese caso puede ayudarnos a interpretar, que quisieron las Partes al momento de Pactar la cláusula decimosegunda. Primero atendiendo a la buena fe contractual de las partes y aplicando la regla de la conservación del Contrato y reglas complementarias, como la regla de interpretación Integradora y la interpretación sistemática del mismo. [Dr. Leyva, interpretación de los contratos]

6. La interpretación francesa en este caso atiende al hecho histórico, identificando que quisieron las partes pactar a momento de someterse a las cláusulas del contrato, el procedimiento en este caso es que la pluralidad de sentido que se pueda dar a la cláusula Decimosegunda debe llegar a la unicidad para que pueda interpretarse en un solo sentido, el primer hecho analizado es que Muralistas redactó todas las cláusulas del contrato y el Sr. Martínez aceptó de buena Fe cada una de ellas. Segundo punto: La interpretación Integradora; debido que la Cláusula Decimosegunda Establece como Lex Arbitri la mexicana y esta no basta para entender la verdadera intención de las partes, por lo tanto, no podemos interpretarla de forma Restrictiva. Tal como lo señala el auto de recurso de apelación presentada por GALERIAS VINCON S.L vs CAIXABNNK S.A en el que establece que la cláusula Arbitral se extiende a todas las cláusulas del contrato. Para ello entonces Identificamos que el art. 78 del C.C.M y el Art. 8 de la CISG. Deben de consagrarse para aplicar una interpretación útil de la cláusula Arbitral, con el fin de abordar el tema desde una

perspectiva internacional aplicando el principio de la no exclusión de la norma internacional. [Singapur Academy Of Law Journal, 2014]

7. Analizando la Lex Arbitri pactada por las Partes el Art. 78 del C.C.M establece “En las convenciones mercantiles cada uno se obliga en la manera y términos que aparezca que quiso obligarse.” remitiéndonos así a la Cláusula Decimoprimera del contrato utilizando entonces la regla de Interpretación Sistemática armoniza la Cláusula decimoprimera y decimosegunda para que pueda darse un sentido que resulte un conjunto útil; para la cual se aplicaría el art. 8 de la CISG. Para determinar principalmente la Institución Arbitral, en primer grado porque este establece una sede institucional ya que menciona “Corte de Arbitraje Internacional en Londres”, si analizamos la preposición **EN** esta denota en qué lugar, se realiza lo expresado por el verbo a que se refiere “[RAE]; el verbo en esta cláusula es **Resolver**. Analizamos entonces el término útil **EN**, que denota el lugar en donde se encuentra situado la Corte y donde se va a constituir el Tribunal Arbitral. El sentido útil que esclarece la ambigüedad es “**EN LONDRES**”. [ANEXO 1] por lo cual se considera que tanto el Tribunal como la Corte de Arbitraje se encuentran ubicados en Londres.

8. la determinación de lo antes analizado es que la corte referida en la Cláusula decimosegunda no es la Corte de Arbitraje de la ICC. Ya que esta se encuentra ubicada geográficamente en Paris, Francia. Y no en Londres como lo determina la Cláusula Arbitral. Como consecuencia se debe de identificar que Corte es la que se encuentra ubicada en Londres.

II. DE LA DETERMINACIÓN DE LA SEDE DE ARBITRAJE ELEGIDA POR LAS PARTES.

9. En el momento en que muralistas Establece que la sede de Arbitraje es México identificamos que cae en un error, ya que si nos remitimos a lo Establecido en la Cláusula decimosegunda esta no establece que la sede de arbitraje sea México.

10. continuando con el mismo análisis debemos de comprender los términos de la sede y lugar de arbitraje; el lugar de arbitraje es el referente factico y la sede de arbitraje es el referente Jurídico. [Redfern & Hunter & Blacaby & partasides, pág. 122]. Atendiendo a este sentido el principio de neutralidad nos menciona que la sede de arbitraje debe ser neutral a manera que ninguna de las partes sea afectada o beneficiada, la Teoría de la deslocalización hace referencia

que el lugar y sede de arbitraje no están sujetas a las *lex Arbitri*; [FERNÁNDEZ ROZAS]. así mismo se menciona en el caso *Naviera Amazonica Peruana S.A vs Compañía Internacional de Seguros del Perú*. En donde la aplicación de una ley y la sede de un lugar diferente no es un impedimento para el desarrollo del Arbitraje. [Pengelley Nicholas; la regla de Paul Smith. Pág. 1]

11. En el presente caso al Establecerse la *Lex Arbitri* como la mexicana esto no tiene como consecuencia que la sede de Arbitraje sea México. Ya que la Redacción de la Cláusula Arbitral no denota de Forma Expresa determinado lugar como Sede de Arbitraje, la deslocalización en este caso es favorecedor para aplicar los criterios plasmados en la Cláusula decimosegunda.

12. La sede Pactada en la Cláusula decimosegunda es evidentemente Londres ya que como se analizó con anterioridad la denotación de la preposición “en” manifiesta el lugar donde el verbo ejecuta su acción siendo este Londres, y si bien es cierto la Cláusula de Arbitraje manifiesta la *Lex Arbitri* como la mexicana esta no determina la sede de Arbitraje ya que el Sr. Martínez si tuvo conocimiento de la *Lex Arbitri* pero la Sede de Arbitraje es entendida desde el inicio de la relación contractual como Londres.

CONCLUSION:

13. Por lo antes analizado el Tribunal Arbitral debe determinar que la cláusula decimosegunda no establece que la Institución Arbitral designada es la Corte de la ICC, por lo tanto se debe de establecer que esta carece de Jurisdicción para resolver sobre el litigio, ya que se ha demostrado que la ubicación geográfica de esta corte no concuerda con el establecido en la cláusula, así mismo denota que la sede de arbitraje pactada por las partes es Londres.

SEGUNDA CUESTION: DE LA IMPROCEDENCIA A LA EXHIBICION DE DOCUMENTOS POR NO CUMPLIR CON LOS REQUISITOS DE UTILIDAD Y POR RAZONES DEL DEBER DE CONFIDENCIALIDAD.

14. En relación a la Orden Procesal de Exhibición de Documentos planteado por Muralistas, es importante establecer que, si el Tribunal Arbitral decidiera conocer del presente litigio puesto a su Disposición, EL Sr. Martínez no presentará la documentación requerida por la demandante consistente en Información Relacionada con el Precio pagado por la obra.

15. Las reglas del IBA en el Art. 9 establece que para que el Tribunal Arbitral considere pertinente ordenar la exhibición de un documento, primero deberá realizar la admisibilidad, relevancia, importancia y valor de las pruebas. Además de ello la solicitud de la demandante es excesiva y obra de mala fe al considerar que la indemnización debe calcularse con base a una subasta que no fue obtenida por sus méritos y por razones onerosidad Excesiva que más adelante se desarrollara.

16. Muralista, no logra probar la Importancia de la prueba solicitada en el presente Arbitraje, ya que si el tribunal Arbitral considerare procedente la resolución del contrato a favor de la demandante y se ordenare la indemnización pertinente, este no se calcularía en relación a una venta posterior de relación contractual, entonces en aplicación del artículo 9 inc. a) establece que este debe ser de relevancia suficiente o utilidad para la resolución del caso, situación que en el presente caso no es probado. En el inc. e) en caso de confidencialidad por razones comerciales o técnicas que el Tribunal Arbitral estime suficientemente relevantes. En el presente caso el Sr. Martínez está sujeto a las reglas de subasta realizada el 1 de mayo de 2019 atribuyendo para si el deber de confidencialidad.

17. En un determinado caso El Tribunal Constitucional se pronunció en este sentido en el recurso de amparo y declaro inadmisibile lo promovido por la «Compañía Transmediterránea, Sociedad Anónima», el cual Confirma la sentencia de La Sala Primera del Tribunal Supremo que desestimó el recurso de nulidad del laudo Arbitral por negar la Exhibición de un único documento en el proceso arbitral por considerar que no era lo suficientemente Útil en el proceso para el pronunciamiento de Laudo Arbitral. En aspecto de confidencialidad el Caso CPA No. 2013-15 ente South American Silver Limited y el Estado plurinacional de Bolivia el Tribunal Arbitral decide rechazar las solicitudes de exhibición de documentos de conformidad con el art. 9 inc. 2 en el caso concreto la demandada objeto a la Exhibición de documento porque incluyen información altamente confidencial el cual es una causal para excluir dicha información de la exhibición de documentos.

18. por lo manifestado se determina que, en primer aspecto, que esta información no es útil en el proceso arbitral ya que el cálculo de la indemnización en el presente caso no se podrá calcular con base a la venta del 1 de mayo de 2019. El segundo aspecto es porque el Sr Martínez está sujeto al deber de confidencialidad al aceptar las reglas de la subasta privada de la cual fue parte.

CONCLUSION:

19. Tal como se demostró el Sr Martínez no podrá exhibir la documentación requerida por muralistas por razones del deber de confidencialidad y porque a momento muralistas no logra demostrar que la documentación es útil en este proceso Arbitral por tal razón el Tribunal Arbitral debe de negar la solicitud planteada por Muralistas.

TERCERA CUESTION: DEL DERECHO DEL SR. MARTINEZ A RESOLVER EL CONTRATO POR EL INCUMPLIMIENTO ESENCIAL POR PARTE DE MURALISTAS S.A.

20. Muralistas demando al Sr. Martínez por incumplimiento esencial de sus obligaciones al no entregar la obra a tiempo, a efecto de que esta pudiera ser subastada el 26 de marzo de 2019, sin embargo, esta representación letrada demostrará que dichos argumentos carecen de fundamento, ya que quien posee el derecho a declarar resuelto el contrato es nuestro representado en virtud del incumplimiento esencial de muralistas al no recibir la obra conforme al contrato y la CISG, con base en los siguientes puntos: **(I)** La retención de la obra fue un hecho imprevisible y sobreviniente, por lo que no constituye un incumplimiento esencial. **(II)** Muralistas no estaba facultado para declarar el Contrato resuelto **(III)** Del derecho del Sr. Martínez a resolver el contrato por incumplimiento esencial de Muralistas al no recibir y pagar la Obra.

I. de la retención de la obra fue un hecho imprevisible y sobreviniente, por lo que no constituye un incumplimiento esencial.

21. En cumplimiento de la cláusula Sexta del contrato el 28 de feb. De 2019, el Sr. Martínez contrató los servicios de Artdelivery, a efecto de comenzar el proceso de preparación, embalaje y seguridad de la Obra, en la misma fecha, se comenzaron los trámite de Autorización de Exportación de la obra ante el ministerio de cultura colombiana, se realizó una Evaluación Técnica positiva otorgada por expertos del mismo organismo y el 18 de marzo la Autorización de Exportación del Gallinero fue notificada; y a efectos de agilizar el transporte de la obra a Londres, el 19 de marzo, la empresa Artdelivery cargó la Obra a bordo de un avión privado, pero al aterrizar en el Aeropuerto Heathrow en Londres la madrugada del 20 de marzo, los pilotos de la aeronave y un agente de Artdelivery fueron arrestados por la Interpol bajo sospecha de extracción o tráfico ilegal de bienes culturales. En el mismo acto, la obra fue trasladada al Museo Tate, para su custodia y conservación durante las investigaciones. [Hechos ¶ 11-15]

22. Por lo anterior, la parte demandante señala que el Sr. Martínez incurrió en incumplimiento esencial al tenor del art. 25 de la CISG, pero para ello es de vital importancia interpretar dicha norma legal en su conjunto, en donde expresamente establece una salvedad que estipula que un incumplimiento es esencial únicamente si la privación sustancial de las expectativas causada por el incumplimiento era razonablemente previsible por la parte incumplidora. [Bundesgericht, Suiza, 2 de abril de 2015].

23. Con base a lo anterior, podemos encuadrar que la confiscación de la obra por parte de la interpol es un hecho imprevisible y sobreviniente para cualquiera que se encuentre en la posición del Sr. Martínez, debido a la desinformación propiciada en redes sociales, lo que provocó que la fiscal ordenara la retención de la obra. Y esta postura se fundamenta en la jurisprudencia que ha definido la imprevisibilidad como aquel “Que dentro de las circunstancias normales de la vida, no sea posible contemplar por anticipado su ocurrencia”. [CSJ, sentencia del 20 de nov.1989], y así mismo como aquella que “determina la inejecución de la prestación, sin que ello comporte la responsabilidad contractual, porque el daño tuvo como causa un hecho exógeno y extraño a las partes y en esta medida no resulta imputable al contratista”. [Sentencia 14392 Colombia 10 de nov. 2005, Coal Case (Bulgaria, 1996)]. Por otro lado, la C.C de Colombia ha puntualizado el hecho sobreviniente de la siguiente manera: “se describen los hechos sobrevinientes como anormales y extraordinarios”. [Sentencia C 004 de 1992]. Además, se establece que las causales que fundamenta la existencia de un impedimento son: **(i)** que el mismo este fuera de su control; **(ii)** que no podía esperarse razonablemente cuando fue efectuado el contrato; y, **(iii)** que el mismo no hubiese podido ser evitado o superado [HONNOLD (1999) p. 472-495].

24. Por lo que Vale la pena destacar que dicho incumplimiento no fue provocado causalmente por una acción u omisión del Sr. Martínez [Tallón Pág. 597]. A su vez, no se podía prever que el tiempo de investigación por parte de las autoridades colombianas, la policía londinense y la Interpol que cuenta con un sistema muy avanzado en investigación.¹ Tardarían un aproximado de dos semanas de investigación incluso contando con una embajada de Colombia en reino unido.

¹ <https://www.interpol.int/es/Como-trabajamos/Bases-de-datos>

bases de datos que incluyen millones de registros, Que Conecta a todos los países miembros a través de un sistema de comunicación denominado I-24/7 red que vincula a los organismos encargados de la aplicación de la ley de todos los países miembros.

25. Por lo tanto, concluimos que el hecho generador del conflicto fue ajeno al Sr. Martínez, ya que cumplió a cabalidad con el plazo fijado, los tramites de exportación y las autorizaciones respectivas para la exportación de la obra, por lo que la intervención de la interpol lo tomo por sorpresa, ya que no se contaba con la distracción del Jefe de la Dirección de Patrimonio, quien, en un lapsus calami, había utilizado una firma equivocada.[Hechos parr.17], y queda claro que bajo ese entendido es un hecho anormal, extraordinario e imprevisible y en virtud de lo ya enunciado la causa extraordinaria modificó la situación del contrato, justificando así la no entrega de la obra el 26 de marzo de 2019.

II. Muralistas no estaba facultado para declarar el contrato resuelto

26. De conformidad, con la cláusula tercera del contrato, el incoterms pactado por las partes es CIP, en el cual, el comprador asume el riesgo desde que la mercancía sale del país de origen, [Lander Huimber Román A., Analistas Financieros Internacionales BBVA]. Por lo que Según los términos del Contrato, el Sr. Martínez cumplió con todas sus obligaciones conforme a dicho Incoterms, según el cual el vendedor no tiene obligación de tramitar la importación en el país de destino. [Ver anexo 2].

27. Ya que desde el momento en que se trasmitió el riesgo a muralistas, a través el incoterms ya antes referido, muralistas como comprador estaba en toda la obligación de mitigar el daño con base al art. 77 y cooperar con las diligencias pertinentes para poder recuperar la obra; Hecho que no ocurrió en la presente controversia, ya que el único en mostrar eficiencia, diligencia y buena fe contractual fue nuestro representado. [Caso núm. 331 Suiza, 1999].

28. Bajo la misma línea, es necesario encuadrar dentro de esta esfera argumentativa la Cláusula Decimotercera del contrato que hace alusión al art. 79 en donde se puede esclarecer que se exime a una parte de responsabilidad por la falta de cumplimiento de cualquiera de sus obligaciones, si prueba que esa falta de cumplimiento se debe a un impedimento ajeno a su voluntad. Por lo que, Un Tribunal de Casación de Bélgica hizo hincapié en que el “impedimento” al que se hace referencia en el mencionado art., para que se considerase como tal, el cambio de las circunstancias debió haber sido razonablemente impredecible en el momento de la celebración del contrato y que el cumplimiento del contrato debió entrañar una carga extraordinaria y desproporcionada dadas las circunstancias. [Hof van Cassatie, Bélgica, 2009]. Por lo anterior,

podemos esclarecer que la retención de la obra es una fue totalmente impredecible y que tal hecho resulto una carga extraordinaria y desproporcionada para el Sr. Martínez.

29. Aunado a lo expuesto, el art. 49, párr. 1 a), establece que el comprador solo podrá declarar resuelto el contrato si un incumplimiento esencial ha ocurrido. Pero como se ha demostrado dicho presupuesto no ocurrió. Y además, el Sr. Martínez tenía aún el derecho de subsanar cualquier incumplimiento conforme al Art. 48 CISG que establece que el vendedor podrá, incluso después de la fecha de entrega, subsanar a su propia costa todo incumplimiento de sus obligaciones.

30. Y considerando lo anterior, hay tribunales que han adoptado el criterio de que antes de declarar la resolución, el comprador debe permitir primero que el vendedor subsane cualquier incumplimiento, y se han negado a reconocer un incumplimiento esencial si el comprador no ha dado al vendedor la oportunidad de subsanar el incumplimiento. [Caso 339 Alemania, 1998, Caso 956 Australia, 2009]. Aunado a ello Un tribunal ha afirmado que, incluso en caso de incumplimiento grave, el comprador no tiene derecho a declarar resuelto el contrato cuando el vendedor le haya ofrecido una subsanación y mientras la subsanación sea posible. [Caso 882, Suiza, 2002]. Sin embargo, Cabe observar, que un incumplimiento es rara vez esencial si puede corregirse fácilmente. [Laudo arbitral 7754, Francia, 1995, Caso ICC International Court of Arbitration Bulletin, 2000; también el caso CLOUT 282, 1997].

31. De la misma forma el art. 48, párr. 3, considerará que la comunicación por el vendedor de su deseo de subsanar el incumplimiento incluye la petición a que antes se hizo referencia. Si el comprador no responde a esa petición en un plazo razonable, el vendedor puede subsanar el incumplimiento en el plazo indicado y el comprador, de conformidad con el artículo 48, párr. 2, no podrá ejercer ningún derecho o ejercitar ninguna acción que sea incompatible con la subsanación del incumplimiento por el vendedor. [Amtsgericht Nordhorn, Alemania, 1994]. Y en el caso que nos ocupa, muralistas pierde el derecho de resolver el contrato en virtud que cuando se le comunico sobre la subsanación y que posteriormente la obra seria puesta a disposición de muralistas el 12 de abril de 2019 la Sra. Bonfil en representación de muralistas no respondió tal comunicación. [Hechos párr. 26]

32. En ese sentido, un tribunal arbitral se basó en el mencionado art, en un caso en que el vendedor, después de que el comprador le hubiera comunicado los defectos, le ofreció recoger las mercaderías y devolver el precio; como el comprador no respondió al ofrecimiento y en cambio revendió las mercaderías supuestamente no conformes, el tribunal consideró que el comprador había renunciado a sus derechos. [Caso 806 China, 1999].

33. Configurando lo anterior al caso que nos ocupa es evidente que muralistas no estaba facultado para declarar resuelto el contrato en virtud de que, tan solo había transcurrido 5 días a la fecha estipulada en que se tenía que hacer entrega de la obra, Sin dar si quiera la oportunidad de subsanación a la que tenía derecho el Sr. Martínez en virtud del art. 47 y 48 de la CISG, por lo que queda evidenciada la inobservancia del deber de buena fe contractual por parte de muralistas ya que como explica ALMAGRO NOSETE, “el contenido del contrato se extiende más allá de lo «expresamente pactado», «a todas las consecuencias que según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la Ley» y bajo la misma línea BETTI entiende que la inobservancia de las consecuencias derivadas de la buena fe contractual constituyen incumplimientos del contrato .

III. Del derecho del Sr. Martínez a resolver el contrato por incumplimiento esencial de Muralistas al no recibir y a pagar la Obra una vez liberada.

34. Bajo las premisas anteriormente expuestas y luego de haber demostrado que el Sr. Martínez no incurrió en incumplimiento de contrato y que el hecho generador del conflicto fue ajeno al Sr. Martínez ya que de ninguna forma era previsible la ocurrencia del mismo; Es evidente que quien ha incurrido en incumplimiento esencial ha sido Muralistas, pues fue quien se negó a recibir y a pagar la Obra una vez liberada. Por lo que, dicho acto se enmarca dentro de los lineamientos del art. 25 CISG. En donde se evidencia que con el actuar de muralistas al no recibir la obra, el Sr. Martínez queda privado sustancialmente de lo que tenía derecho a esperar en virtud de vender la obra y recibir el pago. [Caso CLOUT 308, Australia, 1995].

35. Ahora bien, muralistas al no responder el correo en el que se le había notificado el 11 de abril de 2019, que la obra sería entregada al día siguiente, es evidente que tenía toda la intención de no recibir la obra y mucho menos pagarla, por lo que, no es justificable que, aunque la obra no fue subasta el 26 de marzo muralistas se negara a recibirla, pues con todo lo suscitado a la retención, está ya había adquirido su propia fama, ya que los medios mundiales y círculos de arte comenzaron a especular acerca de ella, por lo que, se podía prever que la obra subiría de precio y

podía comprarla y venderla en una próxima subasta a un mayor precio que evidentemente favorecería a muralistas.

36. El art. 53 del CISG establece que el comprador deberá pagar el precio de las mercaderías y recibirlas en las condiciones establecidas en el contrato y en la Convención. De tal modo que el 11 de abril de 2019, los abogados del Sr. Martínez informaron a la Sra. Bonfil que El Gallinero sería puesto a disposición de Muralistas el día siguiente, contra la transferencia de USD 2'000,000.[Hechos párr.27] y fue entonces que la Sra. Bonfil no respondió tal comunicación por lo que la obra no fue recibida ni pagada, aun cuando esto estaba dentro de sus obligaciones contractuales con base al art. 60 del CISG, que establece la obligación del comprador de proceder a realizar todos los actos que razonablemente quepa esperar para que el vendedor pueda efectuar la entrega.

37. Así mismo, es pertinente señalar que en la Cláusula Primera del contrato, el Sr. Martínez se obliga a vender la obra, y en la segunda muralistas se obliga a comprar, lo que constituye una obligación esencial y debía ser respetada por las partes. Por lo que cabe destacar que el sr. Martínez como vendedor se encontraba en toda la disposición de vender la obra conforme a lo pactado, contrario a ello muralistas quebranto dicha cláusula contractual al no comprar la obra y al no pagarla. De esta cuenta, es necesario traer a colación el principio de los «actos propios», asociada también con el principio de la buena fe, [Principios Unidroit. Art. 1.7 (1)].

38. Asimismo, Pardo de Carvallo considera que “el proceder de un individuo debe ser coherente y por ende no debe estar en contradicción con su propia conducta, pues eso se constituye desleal, una falta de honradez y rectitud en sus relaciones jurídicas, que contravendría el proceder legalmente”, así mismo la corte suprema de chile establece que “ nadie puede establecer una posición distinta a la que tuvo durante el otorgamiento y ejecución de un acto, por haberse cambiado las circunstancias y en definitiva no puede contradecir su conducta anterior, por motivos de su propia conveniencia” [sentencia 6307-2010]. De esta forma, Muralistas quebrantó el principio comercial antes referido, al pretender resolver el contrato sin dar derecho a subsanación, al no recibir la obra y no pagarla, y por ello, está contraviniendo lo pactado en el contrato, específicamente la cláusula segunda. Finalmente la CISG en su artículo 9.1 ha establecido que “las partes quedarán obligadas por cualquier uso en que hayan convenido y por cualquier práctica que hayan establecido entre ellas”.

39. Y por todo lo anteriormente demostrado, el Sr. Martínez cuenta con todo el derecho de declarar resuelto el contrato por el incumplimiento contractual de las obligaciones de muralistas al tenor del art. 64 (a) y (b) de la CISG. Además, la jurisprudencia ilustra en muchos casos el incumplimiento esencial del contrato respecto de tres tipos de transgresiones del contrato, a saber: **i)** El impago definitivo del precio o de una gran parte del precio constituye generalmente un incumplimiento esencial del contrato. " [Tribunal de Distrito Sur, Estados Unidos, Doolim Corp. v. R Doll, LLC et al.], [Tribunal Cantonal del Valais, Suiza, 2002], [caso 578 Michigan, 2001]; [caso 468 Rusia, 1998]; [caso 130 Alemania, 1994]. **ii)** la negativa definitiva del comprador a aceptar las mercaderías constituye normalmente un incumplimiento esencial del contrato. [Caso 987 China 2001] " [el caso 217 Suiza, 1997], [caso 227 Alemania, 1992], **iii)** El incumplimiento de obligaciones que no sean la del pago del precio o la de la recepción de las mercaderías también puede equivaler a un incumplimiento esencial cuando se reúnen los criterios establecidos en el artículo 25.

40. Aunado a lo expuesto, del mismo art. la resolución del contrato se efectúa mediante una declaración del vendedor a tenor del art. 26, esta surtirá efecto solo si se comunica al comprador. [China, laudo arbitral núm. CISG/2006/21, caso 746 Austria, 2004], por lo que, el 16 de abril, los abogados del Sr. Martínez informaron a la Sra. Bonfil que en vista del incumplimiento esencial de Muralistas declaraban el Contrato resuelto [Hechos, Párr. 30] quedando así ambas partes liberadas de sus obligaciones de efectuar y recibir prestaciones futuras [art.81 (1), CISG].

41. Por lo que en conclusión a este punto muralistas no obtuvo mayores pedidas a diferencia de lo que Sr. Martínez tenía derecho a esperar del contrato con Muralistas, dado que el realizo todo los tramites de importación de la obra y todo lo correspondiente al contrato para que este se concretara de la mejor manera posible y así ambas partes salieran favorecidas a diferencia de la posición que tomo muralistas en afectar directamente al Sr. Martínez. Por lo que en base a dicho incumplimiento por parte de muralistas el Sr. Martínez se encuentra facultado para declarar resuelto el contrato.

CONCLUSION

42. De acorde a lo anteriormente expuesto honorable tribunal arbitral se ha demostrado que La retención de la obra en el aeropuerto de Heathrow fue un hecho imprevisible y sobreviniente, por

lo que NO constituye un incumplimiento esencial por parte del Sr. Martínez y así mismo Muralistas no estaba facultado para declarar el Contrato resuelto en virtud del derecho de subsanación por parte de nuestro representado, aunado a ello quien ha incurrido en incumplimiento esencial es Muralistas al no recibir y a pagar la Obra. Por lo que con fundamento en lo anteriormente expuesto el Sr. Martínez cuenta con todo el derecho de declarar el contrato resuelto.

CUARTA CUESTIÓN: ESTE TRIBUNAL NO ESTÁ FACULTADO PARA OTORGAR A MURALISTAS LAS GANANCIAS OBTENIDAS POR EL SR. MARTÍNEZ CON LA VENTA DEL GALLINERO DURANTE LA MENCIONADA SUBASTA.

43. Subsidiariamente, y en el hipotético caso que el Tribunal Arbitral estime procedente la resolución del contrato en favor de muralistas, este no está facultado para otorgar a Muralistas las ganancias obtenidas por el Sr. Martínez con la venta de El Gallinero durante la mencionada subasta de conformidad con los siguientes puntos: **I** la indemnización no puede exceder la pérdida sufrida como consecuencia del incumplimiento con base al principio Full Compensation **II**) Muralistas no había probado pérdida alguna, y el principio antes referido elimina la posibilidad del Tribunal Arbitral a condenar al llamado disgorgement of profits o extirpación de las ganancias obtenidas por la parte en incumplimiento en favor de la otra parte.

I) La indemnización no puede exceder la pérdida sufrida como consecuencia del incumplimiento con base al principio Full Compensation.

44. Muralistas demandó al Sr. Martínez por daños y perjuicios consistentes en el lucro o la ganancia dejados de obtener debido al incumplimiento de sus obligaciones por lo que solicitó al Tribunal Arbitral que tales reclamos fueran cuantificados tomando como base las ganancias obtenidas por el Sr. Martínez tras la venta del Gallinero en la subasta organizada por Universe. argumentando tener derecho al 70% del pago obtenido por el Sr. Martínez una vez sustraídos los USD 2,000,000 originalmente pactados como primer parte del precio en el Contrato.[hechos parr.33]

45. Si bien es cierto art. 74 otorga al tribunal la autoridad para determinar “la pérdida sufrida... Por la parte perjudicada, como consecuencia del incumplimiento” pero en si el objeto de dicho art. es poner a la parte perjudicada en la misma posición económica que ésta tendría si el incumplimiento no hubiera ocurrido y el contrato hubiese sido cumplido fielmente. [PECL en su

artículo 9:502, Comentario sobre la CISG, 2ª ed., 2005, art. 74, ¶ 2; Honnold, 3ª ed., Kluwer, 1998, p. 445] En otras palabras, dicho art. está diseñado para dar a la parte agraviada el “beneficio del negocio”. [Farnsworth, Daños y alivio específico, págs. 247, 249 (1979); Sutton, Medición de daños en virtud de la CISG.] No obstante, toda pretensión indemnizatoria, está sujeta a las limitaciones impuestas por las doctrinas de la previsibilidad y la mitigación de los daños.

[art.74 y 77 CISG]

46. Un árbitro que intervino en el reconocido caso *Sapphire International Petroleum Ltd. v. National Iranian Oil Co.*, explicó el principio de indemnización integral de la siguiente manera: *“De acuerdo con la opinión generalizada, el propósito de la indemnización de los daños es poner a la parte perjudicada en la misma situación económica en la cual esta habría estado si el contrato hubiera sido cumplido en la forma acordada por las partes al tiempo de su celebración. ... Esta regla simplemente se deduce del principio pacta sunt servanda, dado que su único efecto es remplazar la obligación incumplida por una obligación pecuniaria”*. De igual forma, el principio está consagrado en diversidad de sentencias dictadas por muchos tribunales internacionales. [Delagoa Bay y East African Railway Co., *William S. Hein & Co.*, 1943, vol. 3, págs. 1694, 1697; derecho de caso de Irán-ee. uu. tribunal de reclamaciones.]

47. En opinión No. 6 del Consejo Asesor de la CISG establece que: cuando la parte perjudicada reclama haber perdido la oportunidad de concluir un negocio provechoso. Dado que la eventualidad debe ocurrir antes de que la ganancia sea obtenida, la parte perjudicada es normalmente incapaz de probar con un grado razonable de certeza que hubiera obtenido una ganancia si el contrato hubiera sido fielmente cumplido. Por consiguiente, la indemnización por la pérdida de una chance u oportunidad de ganancia no suele ser otorgada bajo el Art. 74.

48. En una sentencia el juzgado en lo comercial sostuvo que los daños derivados de la pérdida del fondo de comercio deben ser “concretamente explicados y sustanciados [Handelsgericht del Cantón de Zúrich, 1999] “...El acreedor tiene derecho solamente a la indemnización de las pérdidas reales [LANDO y BEALE en el comentario a los Principios 2003, p. 659]”; en ese sentido se puede interpretar que Muralistas no tiene derecho al resarcimiento de daños y perjuicios con base a las ganancias obtenidas por el sr. Martínez en la segunda subasta, ya que el art. 74 del CISG permite interpretar que el objetivo primordial únicamente es poner a la parte agraviada en la misma posición en la que esta hubiera estado si el contrato hubiera sido fielmente

cumplido, Conforme al cual la indemnización no puede ser mayor ni menor a la pérdida sufrida como consecuencia del incumplimiento.

49. Por otra parte, cabe resaltar que la subasta organizada por universe es una actividad meramente incierta, por lo que razonablemente no se podía saber cuántos pujantes asistirían y mucho menos el monto de las pujas que ofrecerían por la obra, por lo que es importante resaltar que La Convención no establece el pago de daños punitive damages. También llamados daños ejemplares, sumas otorgadas en exceso al daño compensatorio o nominal... **[Opinión No. 6 del Consejo Asesor de la CISG]** Por lo que muralistas no puede ejemplificar o argumentar que la obra hubiera sido vendida en el mismo precio o a un precio mayor y tener derecho a la diferencia del monto de la segunda subasta.

II) Muralistas no había probado pérdida alguna, y el principio antes referido elimina la posibilidad del Tribunal Arbitral a condenar al llamado disgorgement of profits o extirpación de las ganancias.

50. Ahora luego de haber demostrado, que con base al principio antes referido el tribunal no puede condenar al pago de daños y perjuicios tomando como base las ganancias obtenidas por el Sr. Martínez en la segunda subasta, en virtud que muralistas no ha probado alguna pérdida concreta. Tal como ha señalado, un tribunal en el Laudo definitivo en el Caso No. 8362 of 1995: Con respecto al cálculo del monto de la indemnización..., debe haber una base sobre la cual los daños alegados puedan ser calculados. Esto no puede ser el producto de la mera especulación que no se apoye en pruebas tangibles. Por lo que las sentencias y los laudos en que se aborda esa cuestión concuerdan expresamente en que la parte que hace una reclamación debe probar sus fundamentos. En otra sentencia se impuso expresamente al demandante la carga de probar los daños y perjuicios [Rusia, 2000 laudo arbitral núm. 406/1998]; el caso CLOUT 294 Alemania, 1999; caso CLOUT 380 Tribunale di Pavia, Italia, 1999]; caso CLOUT 318 Alemania, 1998]

51. En este sentido afirma CHENGWEI, L que los daños no deben enriquecer al demandante: no puede recuperar más que su pérdida. Por lo que la indemnización se sitúa en la esfera del acreedor y toma como base los daños que el incumplimiento le ha producido, y no los posibles beneficios que hubiera obtenido por el incumplimiento. Así mismo se persigue el equilibrio patrimonial, mediante el oportuno resarcimiento, no las ganancias obtenidas por el que incumple. [Las SSTs (RJ 1988, 4823),(RJ 2009, 3184)]: por cuanto el resarcimiento tiene por finalidad

volver el patrimonio afectado a la disposición en que se encontraría de no haber mediado el incumplimiento (Sentencias de 6 de octubre de 1982, de 2 de abril de 1997), pero no procurar una ganancia o un enriquecimiento al perjudicado.

52. Por lo que resulta vital resaltar, la existencia y prueba del daño por parte de muralistas, ya que sin él no existe nada que indemnizar; siendo presupuesto esencial que sea real y cierto y que quede probado. La certeza del daño equivale a daño real, daño existente, no hipotético ni imaginario. [VAQUER ALOY, OLIVA BLÁZQUEZ, F], bajo la misma línea señala NAVEIRA ZARRA, M.M., que «el daño eventual o hipotético no puede ser objeto de reparación, porque en tal caso se estaría, por un lado, enriqueciendo injustamente a la supuesta víctima, en cuanto que no es seguro que ésta haya experimentado pérdida alguna ni que la vaya a experimentar en el futuro.

53. Esta postura se fundamenta también, en la jurisprudencia de un Tribunal Supremo que ha venido afirmando de manera prácticamente unánime que la indemnización de los daños y perjuicios exige la prueba de su realidad, y que el mero incumplimiento del contrato no genera por sí sólo la obligación de indemnizarlos. [STS RJ 1997,3842] De la citada doctrina jurisprudencial se extraen claramente tres principios que, por su orden cronológico, son: **i)** no todo incumplimiento genera necesariamente la producción de daños; **ii)** los daños nunca se presumen, sino que deben ser ciertos, reales; y, que **iii)** tanto el incumplimiento como los daños deben ser siempre probados por el acreedor que los padece. [DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. op. cit., pp. 793 y 794]

54. Y por ende la tradicional jurisprudencia restrictiva se resume de forma detallada en la sentencia de 8 de junio de 1996 en la que el T.S declara que «el lucro cesante o ganancias frustradas ofrece muchas dificultades para su determinación y límites, por participar de todas las vaguedades e incertidumbres propias de los conceptos imaginarios, de igual manera otro tribunal reitero que ha de probarse rigurosamente que se dejaron de obtener las ventajas, sin que éstas sean dudosas o contingentes y sólo fundadas en esperanzas, o expectativas sin sustento real [Sentencia RJ 1967/2926, RJ 1993, 5340, RJ 1996, 7235] el lucro cesante “no incluye los hipotéticos beneficios o imaginarios sueños de fortuna”». (RJ 1998,8404).

56. Con lo enunciado, se evidencia tribunal arbitral, que muralistas no probó pérdida concreta alguna por lo que no pueden basarse en la simple especulación de una futura o imaginaria ganancia, que estos hubieran obtenido si la obra hubiera sido subastada el 26 de marzo.

CONCLUSION

55. Por lo anterior, honorable tribunal, se le solicita respetuosamente a concordar con este criterio que fue demostrado a lo largo de este punto, ya que se ha logrado probar que Muralistas no tiene derecho al resarcimiento de daños con base en la ganancia obtenida en la segunda subasta conforme al principio de indemnización integral y que la indemnización no puede exceder la pérdida sufrida como consecuencia del incumplimiento. Y así pues, Muralistas no ha probado pérdida alguna, por lo que queda probado que se elimina, la posibilidad al Tribunal Arbitral de condenar al llamado disgorgement of profits o extirpación de las ganancias obtenidas por el Sr. Martínez en favor de muralistas.

PETITUM

Con base en la relación de hechos, derecho invocado y argumentos expuestos, finalizamos el presente escrito reiterando nuestra posición, y solicitando respetuosamente al Tribunal arbitral que declare lo siguiente:

- I. Que conforme al acuerdo de arbitraje contenido en la Cláusula Decimosegunda del Contrato, se determine que la sede del arbitraje elegida por las Partes es Londres.
- II. Que el Tribunal Arbitral carece de jurisdicción para resolver las disputas derivadas del Contrato entre Muralistas S.A y Sr. Martínez.
- III. La improcedencia a la exhibición de documentos por no cumplir con los requisitos de utilidad y por razones del deber de confidencialidad.
- IV. El derecho del Sr. Martínez a resolver el contrato por el incumplimiento esencial por parte de Muralistas S.A.
- V. El tribunal no está facultado para otorgar a muralistas las ganancias obtenidas por el sr. Martínez con la venta Del Gallinero durante la mencionada subasta como indemnización o método de cálculo de perjuicios.

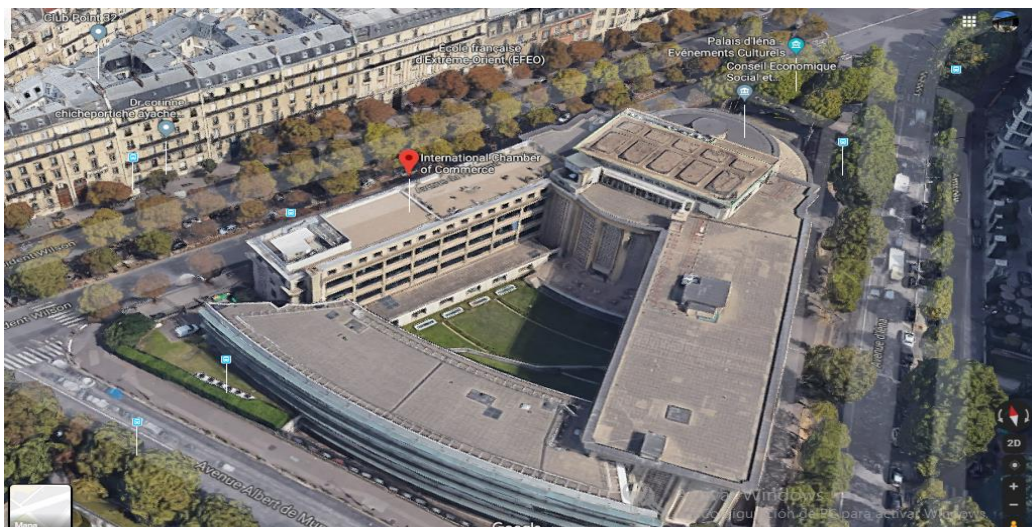
ANEXO 1

La Corte internacional de Arbitraje en Londres ; Ubicación geográfica en Londres: 70 Fleet St, London EC4Y 1EU, Reino Unido, Londres

sede de la corte de arbitraje internacional² LCIA:



International Chamber of Commerce; Ubicación geográfica: 33-43 Avenue du Président Wilson, 75116 Paris, Francia



² INSTITUCION DENOMINADA CONFORME A LA PAGINA OFICIAL, EXTRAIDO DE <https://www.international-arbitration-attorney.com/es/london-court-international-arbitration-lcia/>

ANEXO 2
PRINCIPALES OBLIGACIONES PARA EL EXPORTADOR
DE ACUERDO AL INCOTERMS PACTADO CIP

Incoterms CIP	Aplicable al caso
Obtener las licencias / autorizaciones necesarias para exportar.	El 28 de febrero de 2019, los abogados de confianza del Sr. Martínez en Colombia comenzaron el trámite de Autorización de Exportación de Bienes Culturales Muebles ante el Ministerio de la Cultura colombiana, presento una Evaluación Técnica positiva otorgada por expertos del mismo organismo, El 18 de marzo de 2019, la Autorización de Exportación de El Gallinero fue notificada y entregada a sus abogados por el mismo Jefe de la Dirección de Patrimonio. [Hechos párr. 11,12,13]
Verificar, embalar, marcar y realizar las inspecciones pre-embarque establecidas como Obligatorias por las autoridades de su país (del exportador).	El 28 de febrero de 2019, el Sr. Martínez contrató los servicios de Artdelivery Ltd., empresa estadounidense especializada en el transporte internacional de arte, a efecto de comenzar el proceso de preparación, embalaje y seguridad de la Obra conforme al Contrato. [Hechos párr. 11]
Efectuar el despacho de exportación de la mercancía.	A efecto de agilizar el transporte de El Gallinero a Londres, el 19 de marzo, la empresa Artdelivery cargó la Obra a bordo de un avión privado propiedad de una empresa panameña controlada por el Sr. Martínez.. [Hechos párr. 14]

Contratar el transporte desde el lugar / punto de entrega hasta el lugar / punto de destino Convenidos, bajo la modalidad habitualmente utilizada.	El 28 de febrero de 2019, el Sr. Martínez contrató los servicios de Artdelivery Ltd., empresa estadounidense especializada en el transporte internacional de arte, a efecto de comenzar el proceso de preparación, embalaje y seguridad de la Obra conforme al Contrato. aterrizo en el Aeropuerto Heathrow en Londres la madrugada del 20 de marzo de 2019 [Hechos párr. 11,15]
Suministrar los documentos de transporte según práctica habitual o a petición del Importador.	El Conocimiento de Embarque Aéreo fue Emitido por un agente de la IATA.[Hechos parr.14]
Contratar un seguro que cubra el riesgo del importador de pérdida o daño de la mercancía Durante el transporte. Una cobertura que, como mínimo, equivaldrá al 110% del precio que figura en el contrato de compraventa (ha de cubrir la mercancía desde el punto de entrega hasta, al menos, el lugar de destino designado).	Cláusula Séptima: El Vendedor se obliga a contratar un seguro contra daños o pérdidas a la Obra durante su transporte hasta el lugar de destino con cobertura mínima de USD 2'000.000 (dos millones de dólares americanos) con una aseguradora de prestigio internacional y en favor del Comprador.

PRINCIPALES OBLIGACIONES PARA EL IMPORTADOR

Pagar el precio establecido en el contrato de compraventa.	En correo electrónico del 21 de marzo de 2019 dirigido al Sr. Martínez, La Sra. Bonfil solicitó al Sr. Martínez abstenerse de cobrar la Carta de Crédito hasta no concluir la investigación realizada por las autoridades correspondientes. [Hechos parr.21] Sin embargo debemos de tomar en cuenta la Cláusula Cuarta del
--	--

	contrato que establece: El precio deberá ser pagado por medio de una Carta de Crédito, Irrevocable y Confirmada por un banco de primera clase aceptado por el vendedor. Por lo anterior se sobre entiende que la carta de crédito es irrevocable por lo tanto Muralistas tenía la obligación explícita de pagar el precio de la obra al Sr. Martínez una vez concluidas las investigaciones.
Obtener, si procede y así lo estima oportuno, las licencias de importación y otras autorizaciones necesarias, así como llevar a cabo los trámites aduaneros necesarios para importar y desplazar la mercancía hasta destino. Además las inspecciones pre-embarque obligatorias.	Una vez transmitido el riesgo a muralistas mediante el presente incoterm, estaba en la obligación de cooperar con los trámites aduaneros necesarios para importar la obra y desplazarla hasta el destino.
Aceptar los documentos de transporte suministrados por el exportador.	El Conocimiento de Embarque Aéreo fue Emitido por un agente de la IATA.
Soportar los riesgos inherentes a la mercancía desde que el Vendedor la entrega al primer transportista, así como cualquier gasto adicional en tránsito (carga, Descarga, daños en tránsito, etc.).	El 22 de marzo de 2019, los abogados del Sr. Martínez en Bogotá respondieron que, según los términos del Contrato, el Sr. Martínez había cumplido con todas sus obligaciones. Dado el Incoterms pactado (CIP). [Hechos parr.20]

“Por medio de la presente, declaramos que este Escrito ha sido redactado exclusiva e integralmente por los estudiantes miembros del equipo de la Universidad identificada por los Organizadores con el número [23], en los términos previstos en las Reglas de la Competencia.”

