

**UP - ICC MÉXICO MOOT  
COMPETENCIA INTERUNIVERSITARIA DE ARBITRAJE COMERCIAL  
Y DE INVERSIÓN**



**MEMORIA ESCRITO DE CONTESTACIÓN A LA DEMANDA**

**DEMANDANTE                      VS                      DEMANDADA**

**MURALISTAS S.A. DE C.V.                      SR. CARLOS MARTÍNEZ GUTIÉRREZ**

**MÉXICO**

**COLOMBIA**

**EQUIPO NÚMERO 25**

## CONTENIDO

<b>LISTA DE ABREVIATURAS</b> .....	3
<b>INTRODUCCIÓN</b> .....	5
<b>CUESTIONES PROCEDIMENTALES</b> .....	6
<b>Cuestión 1: La sede del arbitraje es Londres</b> .....	6
<b>Cuestión 2: La ICC no es competente para administrar el arbitraje</b> .....	10
<b>Cuestión 3: El Tribunal debe de abstenerse de ordenar al Sr. Martínez de revelar la información relativa al precio de venta de “El Gallinero”</b> .....	13
<b>CUESTIONES DE MÉRITO</b> .....	17
<b>Cuestión 1: La resolución hecha por muralistas es inoperante</b> .....	17
<b>Cuestión 2: La resolución hecha por nuestro Representado es válida</b> .....	22
<b>Cuestión 3: El Tribunal no debe otorgar a Muralistas las ganancias obtenidas por la venta de la Obra</b> .....	22
<b>PETITORIOS</b> .....	26
<b>TABLA DE AUTORIDADES</b> .....	26
<b>LAUDOS ARBITRALES</b> .....	26
<b>SENTENCIAS JUDICIALES</b> .....	30
<b>CERTIFICACIÓN</b> .....	32

## **LISTA DE ABREVIATURAS**

**§ / §§** Párrafo o párrafos

**Acl.** Aclaraciones HC.

**ANX,** Anexo Anexos al Caso Hipotético UP - ICC Mexico Moot

**Art.** Artículo

**CA** Civil Appeal

**CCom** Código de Comercio

**CFPC** Código Federal de Procedimientos Civiles

**CIP** Carriage and Insurance Paid To, INCOTERM 2010

**Cláusula** Cláusula del Contrato de Compraventa celebrado entre el Sr. Martínez y Muralistas

**Cláusula arbitral** Cláusula de arbitraje contenida en el Contrato

**CNUDMI** Convención de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional

**CPA** Civil Procedure Act 1997

**CPCC** Código de Procedimiento Civil de Colombia

**Contrato** Contrato firmado entre las partes

**Contrato de Compra Venta** Contrato firmado entre las partes

**Convención CISG**

**CNY** Convención de Nueva York sobre el Reconocimiento y Ejecución de Laudos Arbitrales Extranjeros

**CISG** Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías

**CNUCCIM** Conferencia de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías

**DOF** Diario Oficial de la Federación

**HC.** Hechos sobre el Caso Hipotético UP - ICC Mexico Moot

**IBA IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration 2010**

**ICC International Chamber of Commerce**

**INCOTERMS International Commercial Terms**

**LCIA London Court of International Arbitration**

**La subasta**

**Ley Modelo Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional.**

**NPA Notas para árbitros**

**Obra “El Gallinero”**

**p. / pp. página/páginas**

**Partes Muralistas S.A. de C.V. y Sr. Martínez**

**UNIDROIT Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales 2010.**

**Universe Casa de subastas Universe ubicada en Londres**

**Reglamento ICC Reglamentos de Arbitraje y ADR publicado por la Cámara de Comercio Internacional**

**Sr. Martínez Sr. Carlos Martínez Gutiérrez**

**TLC-MCV Tratado de Libre Comercio entre los Estados Unidos Mexicanos, la República de Colombia y la República de Venezuela. 9 enero 1995 DOF**

**v. versus o en contra**

## **INTRODUCCIÓN**

Son incorrectas e improcedentes todas y cada una de las consecuencias jurídicas que alega a su favor el demandante, pues pese a que los hechos son conocidos sin controversia por ambas partes, su clasificación y efectos jurídicos son radicalmente distintos a los que erróneamente argumenta Muralistas que lo arropa; razón por la que nuestra representada debe de ser absuelta de todas las prestaciones intentadas en su contra y deberá este Tribunal de considerar que le asiste la razón en todo lo que alega a su favor.

## CUESTIONES PROCEDIMENTALES

### **Cuestión 1: La sede del arbitraje es Londres**

1. No existe controversia respecto de la existencia del arbitraje o de la **Cláusula Arbitral**, puesto ambas **Partes** tienen la intención de someterse a este método de solución de controversias. Sin embargo, lo que las **Partes** han planteado ante este **Tribunal Arbitral** es una discusión respecto de la sede del arbitraje y la institución arbitral administradora [HC §37 Y 48]. Pareciera que la **Demandante** confunde la naturaleza jurídica del término “sede”, queriendo darle el carácter de un mero punto geográfico y no de un vínculo jurídico [HC §48].
2. Teniendo en cuenta lo anterior, esta **Representación** establecerá: (I) la legislación aplicable a la **Cláusula Arbitral**, y (II) sostendremos un análisis interpretativo de la **Cláusula Arbitral**.

#### **I.La legislación aplicable a la Cláusula Arbitral**

3. De esta cuestión interpretativa, surge la siguiente pregunta: ¿cuál es la aplicable a la **Cláusula Arbitral**? Ante ausencia de pacto de la ley aplicable a la **Cláusula Arbitral**, se sostiene y propone que: (a.) la **CISG** no es aplicable, (b) como la sede está en controversia, lo adecuado es aplicar las reglas generales de interpretación y (c) también son aplicables las disposiciones del **CCF** para la interpretación de la **Cláusula Arbitral**.

#### **a. La CISG no es aplicable en función del principio de separabilidad**

4. El principio de separabilidad es “*uno de los pilares conceptuales y prácticos del arbitraje internacional*” [Born p. 350]. Este principio reconocido por la *lex arbitri* permite la posibilidad de que un acuerdo arbitral sea regido por una legislación distinta a la del contrato dado que se trata de un “*acuerdo independiente*” al contrato principal.
5. Al respecto se ha señalado que “*las características de un acuerdo de arbitraje que son, en un sentido, independientes del contrato subyacente o sustantivo a menudo han llevado a la caracterización de un acuerdo de arbitraje como un contrato separado*” [Westcare Invs. V Jugoimport-SDPR Holdings Co., Harbour Assurance Co. V. Kansa General International Insurance Co., Peterson Farms Inc. C&M Farming LTD.]
6. Dicho esto, ciertas autoridades como Kröll, señalan que “*la CISG no aplica en lo absoluto a acuerdos arbitrales, por el principio de separabilidad*” [Kroll p. 42]. Siendo así, sostenemos que “*la cláusula arbitral no es una cuestión a resolver conforme a la ley que rige el contrato principal*” [ICC Case No. 438 y ICC Case No. 16665]

7. En ese sentido, en el *ICC Case No. 6162*, el tribunal arbitral concluyó que era aplicable la ley de la sede del arbitraje, rehusándose a aplicar el derecho elegido por las partes que regía el contrato principal [*ICC Case No. 6162*]
8. Ahora, si bien la doctrina de separabilidad no significa que la ley aplicable a la cláusula arbitral es necesariamente diferente de la aplicable al contrato principal o subyacente, es importante destacar que al hablar de un contrato de compraventa internacional, sea argumentable que la **CISG** aplique a la **Cláusula Arbitral** en tanto que se encuentra pactada por las **Partes** para regir las cuestiones relativas al **Contrato**. Sin embargo, no resulta idóneo inferir que es la legislación aplicable al acuerdo de arbitraje sea la misma, al atender su ámbito de aplicación [*ANX 3*]

#### **B. Son aplicables los principios generales de interpretación**

9. Una vez expuesto que la **CISG** no es aplicable en razón del principio de separabilidad y que en el caso concreto no es posible aplicar directamente la ley de la sede puesto que existe controversia respecto de la misma, esta **Representación** propone “*involucrar los principios tradicionales del derecho contractual*” [*Nat'l Iranian Oil Co. V. Ashland Oil Inc.*]
10. Tal y como lo señala *Born*, en la práctica arbitral se sostiene de manera casi uniforme “*que las reglas generales de formación de los contratos se aplican a la interpretación de los acuerdos de arbitraje internacional*”. Esto es así debido al silencio de la regulación internacional y nacional respecto a este problema, que ha generado que la interpretación de acuerdos arbitrales se convierta en una cuestión a resolver por las Cortes y tribunales arbitrales [*Born p.1320 y 1321*]
11. En ese sentido, al enfrentar una cuestión interpretativa de cláusulas arbitrales se ha referido a dichos principios, que no necesariamente derivan de un sistema jurídico en particular, los cuales han resuelto aplicando “*los principios generales a la interpretación de los contratos*” [*ICC Case No. 7929, ICC Case No. 10623, ICC Case No. 2321, ICSID Case No. ARB/81/1*]

#### **C. Son aplicables las reglas de interpretación del CCF**

12. También, teniendo en cuenta la elección de la *lex arbitri* es importante destacar que al pactar dicha ley procesal importa para la conducción del procedimiento arbitral y el acuerdo de arbitraje. Así, sostenemos que el “*método de elección de la ley aplicable a la interpretación del acuerdo de arbitraje tendrá como conclusión que las reglas que rigen la interpretación del acuerdo son aquellas que rigen su existencia y validez*” [*Gilliard & Savage p. 255*]
13. Como la designación de la sede resulta relevante para la validez sustancial del acuerdo arbitral, se afirma que aplica la *lex arbitri*. Ahora, como esta no nos resuelve propiamente cuestiones

interpretativas, afirmamos que resultan aplicables las reglas de interpretación contempladas en el CCF. Esto debido a que su designación implica que al regular cuestiones de validez de un acuerdo arbitral se puede entender de manera implícita una designación del derecho aplicable a la **Cláusula Arbitral** en concreto, por este pacto de las **Partes**.

## II. Análisis de la Cláusula Arbitral

14. Como se ha apuntado anteriormente, en el caso concreto nos encontramos ante un problema de interpretación de la **Cláusula Arbitral**, que deberá ser resuelto para establecer cuál es la sede jurídica del arbitraje. Para resolver dicho problema esta **Representación** propone a este **Panel Arbitral** tomar como línea interpretativa el *“efecto a la intención objetiva de las partes y las palabras expresadas en la redacción del acuerdo de arbitraje”* [Enercon GmbH v. Enercon].
15. Esto implica que el **Tribunal Arbitral** en su función interpretativa deberá atender únicamente al significado ordinario de las palabras empleadas en la **Cláusula Arbitral** y por ordinario no nos referimos a “común” sino, adecuado. En palabras de Lord Shaw, *“la sugerencia de una intención de las partes diferente al significado transmitido por las palabras empleadas no es parte de la interpretación, sino mera confusión”* [Great Westerns Railway v. Bristol Corporation].
16. Primero, es importante referir la naturaleza del concepto de sede en la práctica arbitral, Caivano refiere que: *“no se trata de un concepto físico o geográfico, sino eminentemente jurídico. La sede del arbitraje implica la existencia de un vínculo jurídico entre el arbitraje y la jurisdicción del país elegido. Es decir, un lazo entre la instancia arbitral y un derecho nacional”* [Caivano p. 2].
17. Así, el emplear el término de “sede” en una cláusula arbitral conlleva ciertas consecuencias jurídicas que han de observarse al momento de resolver la presente controversia. Mismas que se enlistan a continuación: (a) hace aplicable la legislación de arbitraje de ese lugar, (b) determina la competencia para la asistencia judicial, (c) hace aplicable la ley de ese lugar para la acción de nulidad y (d) es la ley aplicable a la validez sustancial del acuerdo arbitral [Born p. 2053].
18. De igual manera, atendiendo a la *lex arbitri* pactada por las **Partes**, el art. 1436 del CCo., el cual recoge el texto literal del art. 20 de la **Ley Modelo CNUDMI**, en su primer párrafo señala que *“las partes podrán determinar libremente el lugar del arbitraje”*. Si bien la palabra “sede” no se usa, Born y Caivano señalan que se refiere a un concepto jurídico [Born p. 2059 y Caivano p. 2].
19. Dicho lo anterior, podemos desprender esta postura del **Compendio de la CNUDMI**, el cual refiere que *“el lugar del arbitraje es el factor crítico de conexión para la aplicación de la ley*

nacional” [Convenio de la CNUDMI p. 103]. De este apartado, podemos entender que por “lugar del arbitraje” la **Ley Modelo CNUDMI** refiere a un término eminentemente jurídico.

20. Diversas Cortes han aceptado y determinado que “lugar del arbitraje” o sede como concepto jurídico no debe ser confundido con la localización geográfica donde se conducirán las audiencias [PT. Garuda Indonesia v. Birgen Air, Shashoua v Sharma, Dubai Islamic Bank PJSC v. Paymentech, Virgilio De Agostini v. Milloil SpA.]. Y más aún encontramos la diferencia en cuanto al concepto en el segundo párrafo del citado **art. 1436** el cual señala:

*“sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo precedente, el tribunal arbitral podrá salvo acuerdo en contrario de las partes, reunirse en cualquier lugar que estime apropiado para celebrar deliberaciones [...]”*

21. En ese sentido, dicho párrafo hace una “clara distinción entre el lugar del arbitraje a el sitio o punto donde se realicen las audiencias” [Compendio de la CNUDMI p. 104]. Concluyendo, que el primer párrafo regula el lugar o sede del arbitraje entendido como un concepto jurídico y el segundo párrafo regula el sitio o punto geográfico de celebración de audiencias.

22. Dicho esto, el significado ordinario del concepto de “sede” de acuerdo con la práctica arbitral deberá entenderse como un vínculo jurídico. Lo anterior, tomando en cuenta que no existe ninguna otra designación de sede en la misma **Cláusula Arbitral**.

23. *Born* citando a *Derains* señala que existen ciertos casos en los que, al designar una institución arbitral indicando el lugar en donde se encuentran ubicadas sus oficinas y no existe dentro de la misma cláusula otra referencia expresa de la sede del arbitraje, implica una elección de la sede arbitral entendida en su acepción jurídica. Señala como ejemplo, “Cámara de Comercio Internacional **en** París”, mismo que guarda símil con el caso que nos ocupa, “Corte Internacional de Arbitraje **en** Londres” y por tanto, criterio que estimamos aplicable [*Born p. 2074*].

24. Además, en casos donde incluso la designación es menos clara y ambigua como sería “Arbitraje: Hamburgo” bajo el mismo razonamiento, sin hacer mención expresa de otro lugar, se ha concluido que implica la designación de la sede del arbitraje, entendida como la sede o lugar jurídico [*Judgment of 24 January 2003, 11 Sch 06/01*]

25. Ahora, en función de la **lex arbitri** y una vez justificada la aplicación del **CCF**, en concreto señalamos que las siguientes disposiciones resultan aplicables:

*Artículo 1851.- Si los términos de un contrato son claros y no dejan duda sobre la intención de los contratantes, se estará al **sentido literal de sus cláusulas**. Si las palabras parecieren contrarias a la intención evidente de los contratantes, prevalecerá ésta sobre aquéllas.*

*Artículo 1855.- Las palabras que pueden tener distintas acepciones serán entendidas en aquella que sea más conforme a la naturaleza y objeto del contrato.*

26. De la lectura de los **arts.** anteriores en los que encontramos relación al caso en concreto, esta **Representación** sostiene que los términos de la **Cláusula Arbitral** son claros. Teniendo en consideración que la controversia medular respecto de la “sede” es una cuestión conceptual que podría tener varias acepciones, reafirmamos que la acepción de vínculo jurídico resulta ser la más conforme a la naturaleza y objeto del **Contrato**.
27. El acuerdo de arbitraje, es un contrato que tiene por objeto resolver las disputas que puedan o que hayan surgido entre las partes que lo celebran. Por tanto, el concepto de sede en su acepción jurídica resulta ser el más adecuado de acuerdo con la práctica arbitral, por lo que este **Panel Arbitral** deberá determinar que dicho concepto es de tal naturaleza.
28. Ahora, si se estimase que las “*palabras parecieren contrarias a la intención evidente de los contratantes*”, y este **Tribunal Arbitral** decide partir la “*intención evidente*” de la **Partes** para interpretar la **Cláusula Arbitral**, la conclusión resulta ser la misma. Del caso en concreto podemos desprender que la ejecución del **Contrato** importa para llegar a la conclusión de que las **Partes** quisieron establecer como sede jurídica del arbitraje Londres, siendo que ahí fue precisamente donde se ejecutó el **Contrato** y donde sería la subasta[**HC. 15**].

### **Cuestión 2: La ICC no es competente para administrar el arbitraje**

29. De la **Cláusula Arbitral**, *prima facie* pudiera apreciarse que en la **Cláusula Arbitral** se encuentra pactado tanto la **ICC** como la **LCIA**. No obstante ello, la aparente *binomia* de instituciones pactadas es solo eso, algo aparente, ya que si se entra al estudio detallado de la **Cláusula Arbitral**, la referencia a la **ICC** se hace no en cuanto a la institución, sino en cuanto al **Reglamento ICC**. Es decir, la referencia contenida en la **Cláusula Arbitral** se hace a la **ICC** como autor del reglamento para de identificar precisamente a cual se refieren las **Partes** y no en cuanto a que fuese esa institución el sujeto de la designación.
30. Dicho lo anterior, esta **Representación** sostiene que **(I)** la **LCIA** es quizá la institución competente, **(II)** se debe dar una interpretación *contra proferentem* en cuanto a la designación de la institución arbitral y **(III)** en todo caso, en virtud de la voluntad de las **Partes** deberá dárseles la oportunidad de acudir a una institución en Londres dispuesta a aplicar el **Reglamento ICC**.

#### **I. La LCIA es quizá la institución competente**

31. Es relevante traer al conocimiento de este **Tribunal Arbitral** que conforme a el propio articulado del **Reglamento LCIA** se permite que se pacten distintas redacciones, sin que necesariamente se

requiera estipular el nombre exacto o las iniciales de la **LCIA**, por lo que en extensión a el contenido gramatical “Corte Internacional de Arbitraje en Londres” se desprende necesariamente que la voluntad de los contratantes fue que la institución competente para administrar el arbitraje fuese quizá la **LCIA**, por ser ésta la única institución contenida en la **Cláusula Arbitral** como sujeto y no como referencia al autor de un determinado reglamento.

32. Interpretando el contenido de la **Cláusula Arbitral** desprendiendo una intención “*comercialmente lógica*” de las **Partes**, es que quizá la **LCIA** fuese la institución administradora del arbitraje, dado los términos empleados, ya que de lo contrario hubiesen señalado a la **ICC** como institución administradora y no como mera autora de un reglamento [*Insignia v. Alstom*].
33. A las **Partes** les conviene que sea de esta manera, toda vez que la **LCIA** en sus tabuladores y gastos arbitrales representa menos carga económica<sup>1</sup> para las partes y al igual que la **ICC** es reconocida internacionalmente como una institución arbitral prestigiosa.
34. En el caso en el que Muralistas pretendiera alegar partiendo de la aparente contradicción en la **Cláusula Arbitral**, que existen dos instituciones competentes y que al haber sido la **ICC** la primera en conocer del caso sería esta la competente en aplicación del principio procesal de prevención, dicha alegación sería improcedente ya que el requisito lógico de procedencia para que opere el principio de prevención, es que existan dos instituciones competentes para conocer del caso, y en el asunto que nos ocupa esta representación sostiene que la institución acordada por las **Partes** es quizá la **LCIA**, de lo que se sigue que pese a que la **ICC** haya conocido primero del asunto, no significa que por ello tenga competencia. Máxime que en el propio **Reglamento ICC** no es competente si las **Partes** no la acordaron como institución administradora.

## II. Interpretación *contra proferentem*

35. De los hechos del caso, se desprende que fue Muralistas quien redactó el documento contractual; asimismo se desprende que la **Cláusula Arbitral** no siguió una cláusula modelo, ya que presenta una redacción que se pudiera alegar es incluso patológica, de lo que se sigue que en atención al principio de interpretación contra preferente, es que la cláusula arbitral debe ser interpretada en contra de los intereses de quien la redactó, decantándose este **Tribunal Arbitral** a favor de que la institución competente para administrar éste arbitraje no es la **ICC**, sino la **LCIA**, declarándose por lo tanto incompetente para resolver definitivamente la controversia que aquí nos ocupa.

---

<sup>1</sup> “as shown in the chart below, arbitration costs are lower at the LCIA than estimates for other leading arbitral institutions: tribunal fees are on average 50% lower, administrative charges are on average 40% lower” <https://www.lcia.org/News/lcia-releases-updated-costs-and-duration-analysis.aspx>

36. Es relevante resaltar al conocimiento de este **Tribunal Arbitral** que si bien el criterio de interpretación contra preferente no se encuentra expresamente contenido en alguna de las legislaciones aplicables al caso que nos ocupa, sí es reconocido como un criterio interpretativo difundido en los procedimientos arbitrales, para resolver cuestiones comprendidas dentro de una cláusula arbitral [*Paul Revere Variable Annuity Ins. Co. v. Kirschhofer*]

### III. Autonomía de la voluntad

37. No escapa de la vista de esta **Representación** que la **Demandante** pudiera argumentar que se pactó el **Reglamento ICC** y por tanto es la institución competente. Sin embargo, sería impropio dado que nada impide que las **Partes** en ejercicio supremo de su autonomía de la voluntad pacten un reglamento “X” y que lo aplicase una institución “Y”, ya que de ser cierto el posible argumento del **Demandante**, el arbitraje *ad hoc* sería imposible, ya que ninguna institución administraría arbitrajes bajo reglas que no son las emitidas por la propia institución, lo que equivaldría a un desconocimiento de la voluntad de las partes.

38. Ahora, respecto de este punto es importante aclarar que esta **Representación** no mantiene una postura tajante respecto de la competencia de la **LCIA**. Si este **Tribunal Arbitral** estima que la **LCIA** no es competente, siguiendo la línea del párrafo anterior deberá darle oportunidad a las **Partes** de poder acudir a alguna otra institución arbitral en Londres que no sea la **ICC** dispuesta a aplicar el **Reglamento ICC** y administrar el arbitraje.

39. Ocurrió una situación similar en *Insignia v. Alstom*, que se convirtió en el caso insignia respecto al tema de cláusulas “híbridas”. En este caso, se agregó una cláusula arbitral que disponía como institución a la **SIAC** aplicando el **Reglamento ICC**. El **SIAC** aceptó administrar el arbitraje y una vez que el tribunal fue constituido bajo las reglas de la **ICC**, *Insignia* impugnó la validez del acuerdo. Sin embargo, el tribunal determinó que gozaba de jurisdicción respecto de la disputa. Una vez emitido el laudo *Insignia* lo impugnó ante el Tribunal Superior de Singapur, a lo que éste interpretó que dicha cláusula se asemeja a una cláusula de arbitraje *ad-hoc*, mediante el cual **SIAC** simplemente “administró” y confirmó su validez [*Insignia v. Alstom*].

40. De igual manera, en el caso *Government of the Russian Federation v. I.M. Badprim, S.R.L.* se pactó un arbitraje de la **SCC** bajo las reglas de la **ICC**, en el cual la **SCC** estuvo dispuesta a administrar. *Government of the Russian Federation* impugnó el laudo, a lo que la Corte de Distrito de Estocolmo determinó que esta cláusula conocida como “híbrida” era válida.

41. El caso más claro se da en *HKL Group Co. Ltd. v. Rizq International Holdings Pte. Ltd.* en el que el Tribunal Superior de Singapur, ante una cláusula en la que se estableció que cualquier disputa se resolverá en el “Comité de Arbitraje en Singapur bajo las reglas de la **ICC**” resolvió que las partes podrían dirigirse a cualquier institución de arbitraje en Singapur que pudiera administrar el arbitraje, aplicando las Reglas de la **ICC** para resolver la disputa. En consecuencia, el Tribunal otorgó la suspensión de los procedimientos judiciales a favor del arbitraje con la condición de que las partes obtengan el acuerdo del **SIAC** o cualquier otra institución arbitral en Singapur para llevar a cabo un arbitraje híbrido que aplique las Reglas de la **ICC**.
42. Así, el criterio adoptado en este caso fue el darle prioridad a la autonomía de la voluntad de las partes de poder determinar que institución y que reglamento le aplica a su arbitraje. Por tanto, concluimos que este es el criterio que en su caso este **Panel Arbitral** debe tener en cuenta. Lo que implica darle oportunidad a las **Partes** de poder acudir a alguna institución arbitral, no necesariamente la **LCIA**, pero aquella que esté dispuesta a administrar el arbitraje.

**Cuestión 3: El Tribunal debe de abstenerse de ordenar al Sr. Martínez de revelar la información relativa al precio de venta de “El Gallinero”**

43. El derecho aplicable no prevé una solución para éste conflicto particular, solo en el **Reglamento ICC** se contempla en su artículo 25 “*Que el tribunal arbitral procederá (...), para establecer los hechos del caso, por todos los medios apropiados*”. Por tanto, esta **Representación** sostiene que: (I) las **Reglas de la IBA** son aplicables, (II) la prueba alegada por Muralistas carece de relevancia, (III) la cláusula de confidencialidad resulta oponible a este **Tribunal Arbitral** y (IV) la confidencialidad no es un atributo esencial del arbitraje.

**I. Las Reglas de la IBA son aplicables**

44. El medio “más apropiado” resultan ser las **Reglas de la IBA**, ya que éstas son vistas en la práctica internacional como un instrumento armonizado para la obtención de pruebas en procedimientos de arbitraje internacional, mismas que dentro de su proemio mencionan “*los Tribunales Arbitrales pueden adoptar las Reglas IBA sobre Prueba, en todo o en parte, al inicio del arbitraje o en cualquier momento posterior. Podrán también (...) utilizarlas como guías para el desarrollo de su propio procedimiento*”.
45. Además de que su aplicación se deriva de su alta especialización y de que es el ordenamiento que mejor permite una regulación procesal equitativa y eficiente, como se desprende de su propio articulado. Dichas reglas, en su artículo 9 hablan de la Admisibilidad y Valoración de las Pruebas; tal y como menciona la jurista *Anna*, al hablar de que no éstas reglas no tratan de suplir

algún otro reglamento arbitral sino que “*simplemente llenan algunos huecos en términos del procedimiento para la admisión de pruebas*”. [Magdalena Kubalczyk p. 69]

46. Conforme al artículo 9.2 de las **Reglas de la IBA**, se señala:

*“El Tribunal Arbitral podrá excluir, a instancia de parte o de oficio, la prueba o exhibición de cualquier Documento, declaración testimonio oral o inspección por cualquiera de las siguientes razones: (a) Falta de relevancia suficiente o utilidad para la resolución del caso; (...) (c) onerosidad o cargas excesiva para la práctica de las pruebas solicitadas; (...) (e) confidencialidad por razones comerciales o técnicas que el Tribunal Arbitral estime suficientemente relevantes; (...) (g) consideraciones de economía procesal, proporcionalidad, justicia o igualdad entre las Partes que el Tribunal Arbitral estime suficientemente relevantes.”*

47. Por tanto se sostiene que, el **Tribunal Arbitral** tiene la facultad discrecional para utilizar las **Reglas de la IBA**, como criterios orientadores para determinar la admisibilidad de pruebas dentro del presente procedimiento arbitral, por ser las más idóneas y por ser ampliamente utilizadas en el ámbito internacional de la práctica arbitral.

## **II. La prueba alegada por Muralistas carece de relevancia**

48. Teniendo en cuenta la aplicación de la **Reglas de la IBA** se afirma que las pruebas no son relevantes, ni importantes y carecen de valor para resolver la controversia, en concordancia con lo redactado en el Art. 9.2.a. de citadas reglas. Esto en virtud de que el documento que contiene información con el precio de venta en la subasta entre nuestro **Representado** y la casa *Universe*, no es la prueba idónea para resolver la controversia planteada.

49. Primeramente porque el **Tribunal Arbitral** podrá observar que quién ocurrió en incumplimiento contractual es la parte **Demandante** y no nuestra **Representada**, además de que para en la etapa procesal que nos encontramos la exhibición del documento deja de ser relevante, ya que si acaso, el momento procesal oportuno sería como mera cuantificación de daños en una etapa posterior, suponiendo sin conceder que mi representada haya caído en incumplimiento esencial. No obstante, esta parte sostiene que un medio más idóneo para valorar la obra debe ser una valuación expedida por un perito experto.

50. Así, el **Tribunal Arbitral** debe verificar cual es el verdadero objeto del arbitraje, el cual es, determinar que Muralistas cayó en incumplimiento contractual al no recibir la **Obra** y no pagar el precio pactado, además de que en la etapa procesal donde nos encontramos la exhibición de información relacionada al precio la **Obra** no es ni incriminable ni favorable, por lo que carece de toda relevancia. [Magdalena Kubalczyk pp. 28, 103 y 104]

## **III. La cláusula de confidencialidad resulta oponible a este Tribunal Arbitral**

51. Ahora, la oponibilidad de un contrato tiene dos esferas de aplicación, la primera implica que lo pactado obliga a las partes en los términos en lo que se pactó -extensión del *pacta sunt servanda*- y la segunda en que lo pactado y publicitado en su debida forma vincula al sujeto pasivo universal a un *non facere*, esto es, respetar el acuerdo entre las partes [Cita R.V.]
52. En este caso, la cláusula de confidencialidad es oponible al Sr. Martínez en cuanto a que lo compele a no revelar la información relativa ni a los pujantes ni a los precios ofertados, por lo que el Sr. Martínez se encuentra ligado a tal compromiso contractual y no lo puede romper sin encontrarse en los casos de excepción que el mismo acuerdo establece.
53. Asimismo en el sentido negativo, el acuerdo de confidencialidad es oponible a este **Tribunal Arbitral**, a Muralistas y a todo el mundo en cuanto a que éstos están compelidos a respetar el acuerdo que firmaron los contratantes no violentando ese *non facere - non disclosure* al que el Sr. Martínez se encuentra obligado.
54. Dicho esto, son confidenciales conforme a las reglas de la subasta privada *Universe*, en la que fue vendida la obra, en la que se puede observar que la misma prevé 3 excepciones, donde la información puede ser revelada cuando 1) sea necesaria para proteger derechos legales, o 2) comenzar una defensa en juicio o 3) ante cualquier autoridad gubernamental.
55. Excepciones a las cuales no se dan los supuestos en virtud de que 1) no es necesaria para ejercer nuestros derechos legales, ya que de los mismos hechos del caso se observa que la parte incumplidora fue Muralistas; 2) nos encontramos en un arbitraje, no en un juicio estatal penal, y 3) en todo caso sería una corte estatal la facultada para exigir la exhibición de los documentos.
56. Aunado a que dicho documento es clasificado como altamente confidencial, en virtud de que como es bien sabido, nuestro **Representado** es un conocido coleccionista de arte, en cuyo patrimonio se dice que se encuentran obras de Botero, Picasso, Rivera, Kahlo, Dalí entre otros grandes pintores, por lo tanto es razonable participe continuamente en subastas privadas, por lo que si quebranta una vez dicho deber, podrá correr el riesgo de que en el futuro se le niegue el acceso a subastas con esas características, perdiendo así la oportunidad de revender su obras.
57. Muralistas no puede requerir válidamente que quebrante esta **Representación** su cláusula de confidencialidad pues esto iría en contra de sus propios actos, *estoppel*; debido a que está confidencialidad ya era previamente conocida por Muralistas tal como se puede observar en el párrafo quinto de las minutas en los **HC.**, donde al negociar el **Contrato**, se le preguntó a la Sra. Bonfil la identidad del comprador a lo que ella respondió argumentando la existencia de un

comprador anónimo, en ese sentido, la Sra. Bonfil, en representación de Muralistas estaría actuando en contra de sus propios actos al ahora exigir la exhibición de documentos confidenciales y anónimos, sabiendo que en el mercado de las subastas impera esa característica; la confidencialidad.

58. Dicho lo anterior, este principio es aplicable por ser jurisprudencia mexicana a la luz del Amparo Directo 658/2017 que permite al Juzgador “analizar convenciones civiles y mercantiles”, razón por la cual de conformidad con el principio general de la buena fe, con el Derecho Positivo Mexicano y con la Teoría bien conocida por este **Panel Arbitral** antes expuesta es que Muralistas no puede solicitar válidamente la exhibición del documento.
59. Ahora, conforme a la legislación inglesa el **Tribunal Arbitral** debe de abstenerse de solicitar se divulgue la información del precio de la **Obra**. De los **HC.** se desprende que el acuerdo de confidencialidad entre el Sr. Martínez y el comprador de la **Obra**, se sometió expresamente a la legislación inglesa, de lo que se sigue que los hipotéticos legales para quebrantar tal confidencialidad son los únicos establecidos en la legislación de Inglaterra.
60. La revelación de información confidencial es un punto litigioso eminentemente procesal, y al respecto es aplicable el **CPA** reformado en el 2005 y vigente al día de hoy es el ordenamiento que regula en su artículo 8 el “*Disclosure of documents*”, y en el **art.** que regula del poder de las cortes para hacerse llegar evidencia, lo limita en dos casos excepcionales en el que la parte requerida puede válidamente negarse a proporcionar tal información sin violentar la buena fe procesal. Esto es, cuando tal revelación implique una autoincriminación -lo cual no es el caso- y cuando ello implique un *recovery penalty*. Ahora bien, *penalty* tiene la connotación en el *common law* igual que en nuestro derecho civil: una pena por incumplimiento contractual [*Dunlop p. 452*].
61. A la luz del incumplimiento contractual que le implicaría a nuestro **Representado** revelar la información relativa al precio de la venta de la **Obra**, es de fuerza considerarse que de ordenar tal divulgación, se estaría a sufrir un *recovery penalty* por incumplimiento contractual. De lo que se sigue que una vez subsumido el caso concreto en el hipotético de excepción legal, es que este **Panel Arbitral** se encuentra legalmente imposibilitado para requerir al Sr. Martínez de revelar la referida información confidencial.
62. Además, causaría una excesiva onerosidad su exhibición, puesto que la exhibición de documentos confidenciales causarían más daños que beneficios al presente arbitraje, ya que como se puede observar en la cláusula de confidencialidad de las reglas de la subasta, existe una pena

convencional por dos millones de dólares aunado a daños futuros, el cual podría ser la ganancia dejada de obtener por nuestro **Representado** si se le niega el acceso a subastas privadas, aunado a ser una carga para la economía procesal del presente procedimiento, como se establece en el Art. 9.2.c. y 9.2.g. de las **Reglas de la IBA**.

#### **IV. La confidencialidad no es un atributo esencial del arbitraje**

63. Uno de los principios del arbitraje es la confidencialidad sin embargo esto resulta no ser tan claro, en virtud de que ésta no se respeta en la práctica del todo, tal como se puede observar en la jurisprudencia, como por ejemplo en: 1) *Esso and others v. Plowman* donde se resolvió “*que la confidencialidad no es un atributo esencial del arbitraje*” y 2) *U.S. v. Panhandle et al.* donde el tribunal resolvió “*que no existe un principio general de confidencialidad*” [*Esso and others v. Plowman, U.S. v. Panhandle et al.* ]
64. En conclusión, esta **Representación** sostiene que actualmente no existe una cultura de confidencialidad en el arbitraje, carácter ético que nuestra **Representada** si ostenta, por lo que al haberse obligado a mantener confidencialidad sobre la subasta, no piensa quebrantar dicho deber de no divulgación.

### **CUESTIONES DE MÉRITO**

#### **Cuestión 1: La resolución hecha por muralistas es inoperante**

65. Muralistas alega una supuesta resolución que efectuó mientras no se encontraba facultado para hacer, esto en virtud de que: (I) nuestro **Representado** cumplió con las obligaciones contenidas en el **Contrato** y en el **INCOTERM** pactado (II), el plazo o fecha de entrega no era esencial (III) y en todo caso, Muralistas aceptó el plazo suplementario propuesto por nuestra **Representado**.

#### **I. Nuestro Representado cumplió a cabalidad sus obligaciones**

66. La resolución hecha por Muralistas es inválida puesto que el Sr. Martínez cumplió con el **Contrato** y con el **INCOTERM** pactado, en razón de que entregó en tiempo al *carrier*, dándole noticia a Muralistas de ello, dejando así al comprador en posibilidad de realizar todos los trámites de importación. Esto es así ya su obligación no era entregar físicamente al **Comprador**, sino “despachar” a efectos de que éste pudiera “realizar los trámites de importación”.
67. El Sr. Martínez entregó al *carrier* o porteador y el *carrier* salió del Colombia exitosamente con todos los permisos de exportación en regla y listos. Ahora bien, en caso en el que la **Demandante** quisiera argumentar que el Sr. Martínez incumplió por no haber conseguido el permiso de

importación en regla, es de resaltar que el permiso sí se expidió, y que su ulterior interpretación por medios de comunicación no le es imputable por culpa al Sr. Martínez puesto que sería irracional que ante todo permiso se tuviese que estar investigando y cotejando todas y cada una de las firmas de las personas que emiten el permiso.

68. Los trámites necesarios para importar productos a Inglaterra son<sup>2</sup>: obtener el número de registro e identificación de operador económico (EORI), contratar al agente aduanal que hará la declaración o en su caso aplicar para registro en el procedimiento simplificado transnacional de importación, así como fijar la tarifa de “*custom duties*” y “*VAT*” a pagar, de lo que se sigue que Muralistas pudo haber comenzado con la importación desde el momento en el que se le dio aviso del *carrier* derivado de lo que según la cláusula contractual, Sr. Martínez cumplió cabalmente con sus obligaciones, máxime que Muralistas pudo haber comenzado a tramitar los tres requisitos de importación, desde que se firmó el contrato o en su defecto desde que se le dio aviso -cumpliendo el **CIP A3**- de la entrega al porteador. Por ello es que al haber podido Muralistas comenzar con los trámites es que se cumplió con la obligación de fines “a efecto de” contenida en la cláusula contractual.
69. También, el nuestro **Representado** cumplió con el **INCOTERM** pactado pues envió la **Obra** a través del *carrier* dentro del periodo convenido, conforme al **CIP A4**, obteniendo todos los permisos de exportación necesarios conforme al **CIP A2** y **A3**, Muralistas pudo haber comenzado con los trámites de importación desde ese momento, informamos del envío de la obra a tiempo a Muralistas y se le dio información oportuna para que Muralistas pudiera tener todas las facilidades para liberarse, por lo que al nunca haber violentado lo pactado según el **INCOTERM** pactado en la cláusula tercera del **Contrato**, es que el Sr. Martínez sí cumplió.
70. Además de ello, no aplicaría el argumento que pudiera hacer valer la contraparte en el sentido de que el traspaso del riesgo se daba hasta que el bien estuviera en posesión del comprador conforme al **CIP A5**, ya que tal supuesto se da en caso de riesgo, y ya que la cosa materia del **Contrato** no se deterioró ni se perdió es que cualquier supuesto de riesgo no se puede actualizar en el caso que nos ocupa.

## **II. La fecha de entrega no era esencial**

71. Ahora, cabe destacar que la fecha de entrega no resulta ser esencial, tal y como se advierte de las circunstancias y conductas que rodean al caso, así como de las mismas estipulaciones

---

<sup>2</sup> <https://www.gov.uk/guidance/finding-commodity-codes-for-imports-or-exports>

contractuales. El requisito de procedencia de resolución contractual en la **CISG** es que el incumplimiento sea tan grave que frustre el interés del comprador, una privación “sustancial” por lo que podemos llegar a establecer que el plazo esencial es aquel que no admite demora en el cumplimiento. Es decir, en el que la exactitud e integridad que caracterizan al pago son de tal importancia así entendida para las partes que de no respetarse acarrearía que se vulnerara el motivo económico subjetivo por el que las partes se obligaron.

72. De los **HC.** se desprende que tal intención subjetiva se objetiviza en una fecha cierta y determinada, misma fecha inicial en la que Muralistas no pudo tomar libre posesión de la **Obra**. No obstante lo anterior, de las circunstancias posteriores se pudo apreciar cómo pese a que había fenecido el término inicial para dar cumplimiento, hubiera sido perfectamente posible que el comprador hubiese satisfecho el motivo personal con el que se contrató: ¡incluso le hubiese convenido el retraso! de lo que se sigue que al nunca haberse vulnerado el interés económico subjetivo o mejor conocido como el motivo determinante de la voluntad de Muralistas es que el plazo nunca fue esencial, tal y como se demostró fácticamente con posterioridad.
73. Muralistas esperaba en virtud del contrato revender la **Obra**, realizar un acto de comercio para obtener ganancias y en relación a que la obra pudo ser revendida con posterioridad es que la causa contractual permanecía incólume y latente al momento de la resolución contractual.
74. Como ya se dijo, la fecha esencial implica que en caso de un no cumplimiento exacto y a tiempo se frustraría la intención subjetiva económica por el cual el contratante se obligó, es decir, en caso del no cumplimiento a tiempo Muralistas ya no hubiera podido realizar el acto jurídico objeto de su actividad comercial: vender la obra. Aunado a ello, de los hechos del caso se desprende que el Sr. Martínez sí pudo vender la **Obra**, ya que era errónea la creencia de Muralistas de que tenía una única oportunidad, de lo que se sigue que al haber permanecido incólume el motivo determinante de la voluntad de Muralistas, su resolución es inválida pues el plazo no era esencial tal y como se vio y demostró con posterioridad.
75. Además de lo anterior, es inconcebible que Muralistas pretenda hacer creer que tenía una única oportunidad de venta; hecho que si bien se le manifestó reiteradamente a mi representada durante la vida contractual, sigue sin ser verosímil ya que Muralistas es una sociedad especializada en el comercio del arte y por lo tanto no puede alegar ni inexperiencia ni desconocimiento de que precisamente en Londres, existen bastantes casas de subastas de obras de arte.

76. Máxime, que de los **HC.** se desprende que la **Obra** adquirió rápidamente una difusión generalizada, ya que su existencia constataba en “todos los medios desde el 19 de marzo” circunstancia que le agregó valor a la mercancía y que por ende pudo aumentar significativamente el número de interesados que asistirían a las ulteriores pujas.
77. De igual manera sostenemos que una fecha de entrega no esencial es el que permite un pago tardío y sigue produciendo los efectos del **Contrato**. De la cláusula novena se advierte una pena con interés moratorio que implica lo siguiente: si el Sr. Martínez entrega tarde debe de pagar un 10% del valor de la **Obra**. Entonces si sancionamos el incumplimiento tardío estamos por ende permitiéndole, y si permitimos el cumplimiento tardío en un contrato que el que se dice afectado redactó es que evidentemente el plazo no era esencial pues admitía -sancionado- pero admitía un cumplimiento posterior.

### **III. En todo caso, Muralistas acepto el plazo suplementario**

78. Es un hecho conocido por las **Partes** que la **Obra** no pudo ser ofertado en la subasta inicial organizada por *Universe*. Sin embargo, esto no implica que necesariamente lo razonable fuese que se resolviera la relación contractual, ya que la **CISG** prevé medios de subsanar dichas situaciones, tal como un plazo suplementario u otros remedios que permitan que subsista la relación contractual, en principio de conservación del contrato.
79. De lo que se sigue que la resolución es una medida *ultima ratio*, que debería de operar si y sólo si ningún otro remedio es idóneo para salvar la relación contractual. En tal condición lógica versa el requisito de procedencia de una resolución válida: que sea el único medio que racionalmente subsista para conservar el interés del acreedor ya que el incumplimiento ha sido de tal magnitud que impida que se pueda dar un efecto satisfactorio del interés del no incumplidor.
80. Así, tomando el criterio del **Tribunal Arbitral** puede que se de un incumplimiento contractual, incluso puede ser que el incumplidor falla reiteradamente en cumplir con las obligaciones principales a las que se encuentra obligado. Sin embargo, para que proceda la resolución del no incumplidor en el caso concreto tal incumplimiento contractual debe de lesionar a tal magnitud la relación jurídica obligatoria que impida el desarrollo natural de sus efectos, por lo que a la luz del caso en el que nos encontramos y contrastando con la evidente posibilidad de subsanamiento y mitigación del daño es que Muralistas pudo o debió de elegir otros remedios que permitieran que la relación contractual siguiera surtiendo efectos, razón por la cual es fuerza concluir que al haberse saltado otros medios idóneos para conservar su interés económico en la relación

contractual es que la resolución hecha por Muralistas es inválida. [*BGer-4A\_240-2009/federal Supreme Court of Switzerland*]

81. De los **HC.** se desprende que al momento en que **Muralistas** le hace saber a nuestro **Representado** que de no tener la **Obra** para la fecha de la subasta iba a declarar “resuelto” el **Contrato**. En subsidio a todo lo anterior, se sostiene que existe un plazo suplementario en el cual nuestro **Representado** se encuentra facultado a subsanar su incumplimiento en el caso que existiera, de conformidad con el **art. 48** de la **CISG**. Esto resulta aplicable en virtud de que si bien no existió una respuesta oportuna por parte del Muralistas, el mismo **art. 48(2)** faculta al vendedor a cumplir en el plazo propuesto si así sucede. Dicho esto, si acudimos a los **HC.** nos encontramos con que la propuesta del plazo suplementario fue hecha el día 22 de marzo de 2019 y la declaración de resolución fue realizada el 27 de marzo del mismo año.
82. Lo anterior resulta relevante puesto que el aplicar los **arts. 48(2)** y **49(2)(a)** de la **CISG** al atender el estándar de razonabilidad de la negativa nos encontramos con que este no se cumple. Primero, es importante destacar que una vez fijado el plazo suplementario, el comprador se encuentra imposibilitado para ejercer acciones que resulten incompatibles con este remedio, por lo que su declaración de resolución en ese momento es inoperante. Siguiendo la línea anterior, en el *CLOUT Case No. 339* en relación con los **arts. 48** y **49** de la **CISG** el tribunal resolvió, que “*esas disposiciones suponían que el comprador sólo podía declarar resuelto el contrato tras haber dado al vendedor la oportunidad de ejecutarlo*”. [*Clot Case No. 339*]
83. Así, proponemos a este **Panel Arbitral** seguir este criterio, puesto que como se ha mencionado con anterioridad la resolución del contrato es la *ultima ratio*, y si existe la posibilidad de acudir a otros remedios, en función de la conservación del contrato deberán ser tomados en cuenta, como lo es la posibilidad de subsanar el incumplimiento. Ahora, el propio **art. 48** señala que no debe existir excesiva demora ni excesivo inconveniente. Al respecto consideramos que el plazo de dos semanas no ocasiona excesiva demora en virtud de que la naturaleza de la obligación no implicaba que se afectará directamente el curso normal de los negocios de Muralistas.
84. En cuanto a la demora excesiva, afirmamos que no resulta ser así, puesto que en subsidio de que la fecha de entrega no puede entenderse esencial, en ese momento existía la posibilidad de colocar la **Obra** en el mercado. Por ejemplo, en un caso contrario como ocurrió en *Tetracycline HCL*, el tribunal determinó que si existía inconveniente y demora excesiva puesto que el establecer un plazo suplementario para subsanar un defecto en las mercaderías, que en este caso

se trataba de una sustancia para fabricar farmacéuticos, implicaba que pararan su producción, dando como consecuencia incurrir en daños a sus consumidores [*Tetracycline HCL*].

### **Cuestión 2: La resolución hecha por nuestro Representado es válida**

85. Nuestro **Representado** en principio de buena fe y lealtad comercial intentó continuar la relación contractual y subsanó su incumplimiento, a lo que la **Demandante** hizo caso omiso y optó por no recibir la **Obra** y no pagar el precio. Teniendo en cuenta lo anterior, se sostiene que: **(I)** Muralistas incurrió en incumplimiento esencial al no recibir la **Obra** y no pagar el precio y **(II)** el art. 49 de la **CISG** faculta al Sr. Martínez a declarar resuelto el **Contrato**.

#### **I. Muralistas incurrió en incumplimiento esencial**

86. De los **HC.** se desprende que una vez que nuestro **Representado** cumple con la entrega, la **Demandante** se rehúsa a recibir la **Obra** y a efectuar el pago. Excusándose bajo el argumento de que nuestro **Representado** era el culpable de no poder cobrar la **Carta de Crédito**. Sin embargo, es importante destacar que dicha situación no implica que Muralistas se encuentre “exento” su obligación de pago. Incluso nuestro **Representado** le propuso que realizara una transferencia, a lo que Muralistas se negó y tampoco realizó ninguna acción tendiente a resolver dicha situación.

87. En cuanto a la recepción, en el caso *CISG-online 351* se concluyó que “*el rechazo declarado del comprador de solicitar la entrega y aceptar las mercaderías constituye un incumplimiento esencial*”. Razonamiento aplicable puesto que Muralistas se rehusó a recibir la **Obra**, y nuestro **Representado** se vio obligado a realizar una operación de reemplazo [*CISG-online 351*]

88. Por tanto, esta **Representación** sostiene que existe un incumplimiento esencial por parte de Muralistas que faculta a nuestro **Representado** a resolver el **Contrato** conforme al **art. 49**.

#### **II. La resolución de nuestro Representado es válida**

89. El **art. 49** en relación con el **art. 25** y de la **CISG** faculta al Sr. Martínez a declarar resuelto el **Contrato**, en atención a que se actualiza el incumplimiento esencial por parte de la **Demandante** siendo que algunas de sus obligaciones principales son precisamente el pago del precio y la recepción de la mercadería, tal y como se desprende del **art. 53** de la **CISG** en el que se señala que: “*el comprador deberá pagar el precio de las mercaderías y recibirlas en las condiciones establecidas en el contrato y en la presente Convención*”.

### **Cuestión 3: El Tribunal no debe otorgar a Muralistas las ganancias obtenidas por la venta de la Obra**

90. En el supuesto en el que este **Tribunal Arbitral** condene a nuestro **Representado** como indemnización las ganancias obtenidas por la venta de la **Obra** o utilizarlas como método de cálculo de daños y perjuicios, en razón de: **(I)** no es aplicable el principio de *disgorgement of profits*, **(II)** los daños y perjuicios no eran previsibles conforme al art. 74 CISG, **(III)** no se puede aplicar el método de cálculo contemplado en el art. 75, **(IV)** en todo caso, aplicaría el método de cálculo del art. 76 CISG, **(V)** Muralistas incumplió su deber de mitigar el daño de acuerdo con el art. 77, y **(VI)** de acuerdo al **art. 20 CCF** este **Panel Arbitral** debe resolver a favor de nuestro **Representado**.

**I. No es aplicable el principio de *disgorgement of profits***

91. Doctrinantes de amplio reconocimiento y algunos tribunales han analizado la posibilidad de aplicar el principio de *disgorgement of profits*. Este consiste en entregar a la parte afectada por un incumplimiento contractual, las ganancias que haya obtenido la otra parte en virtud de su incumplimiento. Esto se puede lograr mediante la interpretación de los artículos relacionados a la indemnización por daños y perjuicios de la **CISG**, bajo el principio de buena fe, contemplado en el **art. 7** de la misma **CISG**.

92. No existe una definición uniforme del principio de buena fe, sin embargo dicho concepto se ha entendido como un estándar razonable de justicia, ética y honestidad en la conducta de las partes dentro de una relación contractual. El *disgorgement of profits* sólo es aplicable en circunstancias aisladas y excepcionales, esto es cuando se violentan los principios de ética, justicia y equidad entre las partes [*Munóz & Guemez p. 206*], Martínez a lo largo de la relación contractual mostró un comportamiento ético al ejecutar con diligencia y lealtad comercial todas las obligaciones establecidas en el **Contrato**.

93. Su intención siempre fue cumplir el **Contrato**, eso se prueba con los siguientes hechos (de manera enunciativa más no limitativa): se entrevistó con el Ministro de Cultura para resolver la obtención de la Autorización de Exportación, para agilizar el transporte con el fin de que llegara a tiempo a la subasta, cargó la obra en un avión privado, solicitó un plazo suplementario para solucionar la retención de la Interpol en Londres [**HC. 13, 14 Y 22**].

94. Además, este **Panel Arbitral** no puede otorgar a Muralistas las ganancias obtenidas por Martínez con la venta de la **Obra**, porque ésta se realizó después de que Muralistas envió su declaración de resolución [**HC 24**]. En otras palabras, las ganancias obtenidas por Martínez no se generaron directamente por el incumplimiento contractual.

## **II. No se cumple con el principio de previsibilidad previsto en el art. 74 de la CISG**

95. El **art. 74** de la **CISG** establece el principio de *full compensation* o compensación integral. Este consiste en que la parte afectada por el incumplimiento de un contrato debe ser puesta en la misma posición que hubiera tenido si la otra parte no hubiera incumplido sus obligaciones [*Schwenzer p. 91*] Este artículo también contempla el límite de previsibilidad: la indemnización por daños y perjuicios no podrá exceder la pérdida que la parte que incumplió haya podido prever al momento de la celebración del **Contrato**. Por esta razón, ni Martínez, ni una persona razonable en las mismas circunstancias pudieron haber previsto que el Jefe de la Dirección de Patrimonio de Colombia tendría un *lapsus calami*, utilizando una firma falsa en la Autorización de Exportación de Bienes Culturales, provocando que el Fiscal General de Colombia ordenara el arresto y confiscación de la obra por medio de la Interpol [**HC 16**].
96. Que además, generó una reacción mediática provocando el ascenso de popularidad de la **Obra** y por consiguiente el incremento de su precio [**HC 28**]. Como tampoco era previsible que James Silverstone, Director de la Casa de Subasta *Universe*, contactara a Martínez [**HC. 29**], para posteriormente vender la obra el 1 de mayo de 2019 en una subasta privada [**HC 31**].
97. El mercado del arte ha probado ser muy volátil. Por ejemplo, la obra “*Devolved Parliament*” de *Banksy* es una muestra clara de la fluctuación que puede tener el precio de una obra de arte. Por tanto, la indemnización que llegare a determinar este **Tribunal Arbitral**, no puede exceder del precio que tendría la **Obra** el día 26 de marzo 2019 en que se realizaría la subasta *Universe*, fecha en que la magnitud del daño era previsible.

## **III. No resulta aplicable el art. 75 de la CISG para el cálculo de daños**

98. La **CISG** establece dos mecanismos para calcular la indemnización a que tiene derecho la parte afectada por un incumplimiento. El **art. 75** prevé un mecanismo concreto para calcular la indemnización mediante la diferencia entre el precio pactado en el contrato y el precio de una operación de reemplazo que debe realizarse de manera razonable y en un plazo razonable. Dicha operación de reemplazo debe realizarla la parte afectada, desprendiéndose de su deber de mitigar el daño acorde al **art. 77**. Por tanto, no es aplicable este mecanismo, en virtud de que Muralistas no realizó ninguna operación de reemplazo conforme al **art. 75**.

## **IV. En todo caso, aplica el art. 76 de la CISG**

99. El **art. 76** contiene un mecanismo de cálculo abstracto mediante el cual debe tomarse en cuenta la diferencia entre el precio estipulado en el **Contrato** y el precio corriente de mercado al momento

de la terminación del **Contrato**. En todo caso, este mecanismo sería aplicable partiendo de lo siguiente: (i) no se realizó una operación de reemplazo; (ii) es posible determinar el precio corriente de mercado al momento de la resolución del contrato (27 de marzo de 2019). El mercado del arte es sumamente estratégico y especulativo. Existen especialistas capaces de determinar el precio de una obras de arte y el incremento que se puede generar con el paso del tiempo. Por tanto, se debe solicitar a un perito que determine el precio que tendría la **Obra** el día de la resolución del **Contrato**.

100. Una Corte de Apelación alemana utilizó un mecanismo similar para probar la existencia de un precio corriente de mercado [*Clout Case No. 505*]; (iii) además, es una práctica común utilizada en las subastas de arte, que se señale un precio de partida o un precio inicial, el cual estima el valor mínimo de la obra. Muralistas conoce dicho precio y por tanto debe exhibirlo ante este **Panel Arbitral** con el fin de que se fije como monto de indemnización; (iv) una vez determinado el precio que tendría la obra, el 30% de dicho monto, más los USD \$2'000,000.00 constituyen el precio del **Contrato**. La diferencia entre estos dos montos da como resultado la indemnización que corresponde.

#### **V. Muralistas incumplió su deber de mitigar de acuerdo con el art. 77 de la CISG**

101. Muralistas incumplió su deber de mitigar el daño, ya que de haber recibido la **Obra**, podía venderla en una subasta posterior y disminuir su pérdida por el 100%. Como prueba de ello, Martínez pudo venderla en una subasta realizada el día 1 de mayo de 2019. En el caso *R. Motor S.N.C. v. M. Auto Vertriebs GmbH*, un tribunal alemán determinó que no se debía pagar indemnización por daños y perjuicios por la falta de mitigación del daño [*Clout Case No. 133*]. En consecuencia, de haber recibido la **Obra**, Muralistas podía haber obtenido una suma superior al precio pactado en el **Contrato**. Al no hacerlo, la indemnización se debe reducir a cero, ya que pudo evitarse el lucro cesante que alega.

#### **IV.El Tribunal debe fallar a favor de nuestro Representado**

102. En la Cláusula Decimoprimer del contrato, las partes eligieron al derecho mexicano como derecho supletorio a la **CISG**. En el **art. 20 del CCF** dice que cuando haya conflicto de derechos, se tiene que fallar a favor de quien evite un perjuicio, y no de quien intente obtener un lucro. Por consiguiente, al Muralistas intentar obtener un lucro y esta representación evitar un perjuicio al Sr. Martínez es que en aplicación supletoria del **CCF** se debe desestimar la pretensión reclamada por Muralistas.

## PETITORIOS

- I. Que este Tribunal se declare incompetente.
- II. Que se determine que la sede es Londres.
- III. Que se resuelva que no se puede exhibir el documento de la compraventa realizada por Martínez.
- IV. Que se absuelva a nuestro representado del pago de daños y perjuicios.

## TABLA DE AUTORIDADES

<b>Citado como</b>	<b>Citado en</b>	<b>Referencia</b>
Born	Citado en: §4	Born, Gary B. (2014) <i>International Commercial Arbitration</i> , 2a. ed., London: Kluwer Law International
Kroll	Citado en: §6	Kröll, Selected Problems Concerning the CISG's Scope of Application, 25 J. L. & Comm. 39, 42 (2005-2006)
Gilliard & Savage	Citado en: §11	Fouchard, Philippe. Fouchard, Gaillard, Goldman On International Commercial Arbitration. The Hague ; Boston :Kluwer Law International, 1999.
Anna	Citado en: §44	Kubalcyk, A., <i>Evidentiary Rules in International Arbitration – A comparative Analysis of Approaches and the Need for Regulation</i> .
Munóz & Guemez	Citado en: §90	Munoz, E., Guemez, D. (2017). <i>Calculation of Damages on the basis of the Breaching Party's Profits under the CISG</i> . JOURNAL OF INTERNATIONAL COMMERCIAL LAW.
Schwenzer	Citado en: §93	Schwenzer, I., (2008). <i>The Scope of the CISG Provisions on Damages</i> . CONTRACT DAMAGES: DOMESTIC AND INTERNATIONAL PERSPECTIVES 91.

## LAUDOS ARBITRALES

<b>País</b>	<b>Citado como</b>	<b>Citado en</b>	<b>Referencia</b>
Reino	Harbour	Citado en: §5	Harbour Assurance Co. V. Kansa General

Unido	Assurance Co. V. Kansa General Internationa l Insurance Co. Peterson Farms Inc. C&M Farming LTD.				International Insurance Co, 31 de julio de 1991, recuperado de: <a href="https://www.trans-lex.org/302700/_/harbour-assurance-co-ltd-v-kansa-general-international-insurance-co-ltd-%5B1992%5D-1-lloyds-lrep-81/">https://www.trans-lex.org/302700/_/harbour-assurance-co-ltd-v-kansa-general-international-insurance-co-ltd-%5B1992%5D-1-lloyds-lrep-81/</a>  Citado en: §5 Peterson Farms Inc. v. C&M Farming LTD., 4 de febrero de 2004, recuperado de: <a href="https://academic.oup.com/alrr/article-abstract/2004/1/573/187882?redirectedFrom=PDF">https://academic.oup.com/alrr/article-abstract/2004/1/573/187882?redirectedFrom=PDF</a>
ICC	ICC Case No. 438	Citado en: §6		ICC Arbitral Award No. 6162 (2016)	
ICC	ICC Case No. 16665	Citado en: §6		NA	
ICC	ICC Case 6162	Citado en: §6		ICC Arbitral Award No. 6162 (2016)	
	Nat'l Iranien Oil Co. V. Ashland Oil Inc.	Citado en: §8		NA	
ICC	ICC Case No. 7929	Citado en: §10		ICC Arbitral Award No. 7929 (1995)	
ICC	ICC Case No. 10623	Citado en: §10		ICC Arbitral Award No. 10623(2001)	
ICC	ICC Case No. 2321	Citado en: §10		ICC Arbitral Award No. 2321 (1976)	

ICSID Case No. ARB/81/1	Citado §10	en: 1984 Amco Asia and others v. Republic of Indonesia Disponible en <a href="https://arbitration.org/award/9">https://arbitration.org/award/9</a>	
Enercon GmbH v. Enercon	Citado §13	en: NA	
Great Westerns Railway v. Bristol Corporation	Citado §14	en: Disponible <a href="https://books.google.com.mx/books?id=fWR6BAAAQBAJ&amp;pg=PT186&amp;lpg=PT186&amp;dq=great+westerns+v+bristol+corporation&amp;source=bl&amp;ots=IJ4OFS07O_&amp;sig=ACfU3U2AuecdwZb-haQRHhUjCgDoLlwKYQ&amp;hl=es&amp;sa=X&amp;ved=2ahUKEwijm8y15MrlAhUEaq0KHUP8BpEQ6AEwC3oECACQAQ#v=onepage&amp;q=great%20westerns%20v%20bristol%20corporation&amp;f=false">https://books.google.com.mx/books?id=fWR6BAAAQBAJ&amp;pg=PT186&amp;lpg=PT186&amp;dq=great+westerns+v+bristol+corporation&amp;source=bl&amp;ots=IJ4OFS07O_&amp;sig=ACfU3U2AuecdwZb-haQRHhUjCgDoLlwKYQ&amp;hl=es&amp;sa=X&amp;ved=2ahUKEwijm8y15MrlAhUEaq0KHUP8BpEQ6AEwC3oECACQAQ#v=onepage&amp;q=great%20westerns%20v%20bristol%20corporation&amp;f=false</a>	en:
PT. Garuda Indonesia v. Birgen Air	Citado §19	en: NA	
Shashoua v. Sharma	Citado §19	en: NA	
Dubai Islamic Bank PJSC v. Paymentech	Citado §19	en: 2001 Disponible en: <a href="http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2009/11/25/when-is-the-venue-of-an-arbitration-its-seat/?print=pdf">http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2009/11/25/when-is-the-venue-of-an-arbitration-its-seat/?print=pdf</a>	en:
Virgilio De Agostini v. Milloil SpA	Citado §19	en: NA	

Insignia v. Citado en: NA  
Alstom §31

Paul Revere Citado en: NA  
Variable §35  
Annuity Ins.  
Co. v.  
Kirschhofer

Government Citado en: NA  
of the §39  
Russian  
Federation  
v. I.M.  
Badprim,  
S.R.L.

HKL Group Citado en: NA  
Co. Ltd. v. §40  
Rizq  
Internationa  
l Holdings  
Pte. Ltd

Esso and Citado en: NA  
others v. §62  
Plowman,  
U.S. v.  
Panhandle  
et al.

Alemania CLOUT Citado en: Caso CLOUT 339 [6 O 207/98, Landgericht  
Case No. §81 Regensburg, 24 de septiembre de 1998]

Alemania	Tetracycline HCL	Citado §83	en: CISG-online 368 [271 C 18968/94, Amtsgericht München, 23 de junio de 1995, recuperado de: <a href="http://cisgw3.law.pace.edu/cases/950623g1.html">http://cisgw3.law.pace.edu/cases/950623g1.html</a> ]
Austria	CISG-online 351	Citado §86	en: CISG-online 35, [S 2/97, Schiedsgericht der Börse für landwirtschaftliche Produkte en Viena, 10 de diciembre de 1997, recuperado de: <a href="http://cisgw3.law.pace.edu/cases/971210a3.html">http://cisgw3.law.pace.edu/cases/971210a3.html</a> ]
Alemania	CLOUT Case No. 505	Citado §98	en: Caso CLOUT 505 [7 U 2959/04, Oberlandesgericht München, Alemania, 15 de septiembre de 2004]
Alemania	CLOUT Case No. 133	Citado §133	en: Caso CLOUT 133 [7 U 1720/94, Oberlandesgericht München, Alemania, 8 de febrero de 1995].

### SENTENCIAS JUDICIALES

<b>País</b>	<b>Citado como</b>	<b>Citado en</b>	<b>Referencia</b>
Alemania	Judgment of 24 Januery 2003, 11 Sch 06/01	Citado en: §23	NA
México	AD 658/2017 Noveno Tribunal Colegiado en	Citado en: §57	NA

Materia Civil  
del Tercer  
Circuito p, 30

Suiza X Ltd. V. Y Citado en: §79 NA  
Ltd BGer-  
4A\_240-  
2009/federal  
Suprema Court  
of Switzerland,  
1<sup>st</sup> Civil Law  
Chamber, 16  
Dic 2009

Reino Unido Westcare Invs. Citado en: §5 Westacre Investments Inc v. Jugoimport-SDRP  
V Jugoimport- Holding Co Ltd / QBCMI 1998/0485/3,  
SDPR recuperado de:  
Holdings Co [http://newyorkconvention1958.org/index.php?lvl=notice\\_display&id=546](http://newyorkconvention1958.org/index.php?lvl=notice_display&id=546)

## **CERTIFICACIÓN**

**Por medio de la presente declaramos que este escrito ha sido redactado exclusiva e integralmente ñor los estudiantes miembros del equipo de la Universidad identificada por los organizadores con el número 25 en los términos previstos en las reglas de la competencia.**

**Abogado #1**

**Abogado #2**

**Abogado #3**

**Abogado #4**

**Coach #1**

**Guadalajara, Jalisco, a 01 de noviembre del 2019**

