

Date: 30.11.2006

Country: Arbitral Award

Number:

Court: Centro de Arbitraje de México (CAM)

Parties: Unknown

KEYWORDS

PARTIES' CHOICE OF UNIDROIT PRINCIPLES AS LAW APPLICABLE TO SUBSTANCE OF DISPUTE – ADMISSIBLE WHEN LEX ARBITRI ALLOWS ARBITRAL TRIBUNAL TO DECIDE ACCORDING TO “RULES OF LAW”

NO SPECIFICATION BY PARTIES AS TO WHAT EDITION OF THE UNIDROIT PRINCIPLES REFERENCE IS MADE – APPLICATION OF THE 2004 EDITION

CONCLUSION OF CONTRACT - AGREEMENT SUFFICIENT – NO FURTHER REQUIREMENTS NEEDED (ART. 3.2 UNIDROIT PRINCIPLES)

DEFINITION OF NON-PERFORMANCE – ANY FAILURE BY A PARTY TO PERFORM ANY OF ITS OBLIGATIONS UNDER THE CONTRACT AMOUNTS TO A NON-PERFORMANCE (ART. 7.1.1 UNIDROIT PRINCIPLES) .

RIGHT TO TERMINATE CONTRACT - DEPENDENT ON FUNDAMENTAL NON-PERFORMANCE (ART. 7.3.1(1) UNIDROIT PRINCIPLES)

CRITERIA FOR DETERMINING WHETHER NON-PERFORMANCE IS FUNDAMENTAL - NON-PERFORMANCE SUBSTANTIALLY DEPRIVING OTHER PARTY OF ITS EXPECTATIONS - INTENTIONAL NON-PERFORMANCE - SUFFICIENT REASON FOR NOT RELYING ON FUTURE PERFORMANCE (ART. 7.3.1(2) UNIDROIT PRINCIPLES)

PARTY'S RIGHT TO TERMINATE CONTRACT EXERCISED BY GIVING NOTICE TO OTHER PARTY (ART. 7.3.2 UNIDROIT PRINCIPLES)

NOTICE BY LETTER WITH RETURN RECEIPT APPROPRIATE AND EFFECTIVE (ART. 1.10 (1) (2) AND (3) UNIDROIT PRINCIPLES)

FORCE MAJEURE – DESTRUCTION OF CROPS BY EXTRAORDINARILY HEAVY RAINSTORMS AND FLOODING – NOT AN EXEMPTING EVENT BECAUSE NOT UNFORESEEABLE BY GROWER WITH LONGSTANDING EXPERIENCE IN AGRICULTURE (ART. 7.1.7(1) UNIDROIT PRINCIPLES)

FORCE MAJEURE - PARTY AFFECTED BOUND TO GIVE NOTICE TO OTHER PARTY OF IMPEDIMENT AND ITS EFFECT ON ABILITY TO PERFORM – FAILURE TO GIVE SUCH NOTICE - PARTY AFFECTED LIABLE FOR DAMAGES FOR NON-PERFORMANCE OF CONTRACT (ART. 7.1.7(3) UNIDROIT PRINCIPLES)

HARDSHIP - DESTRUCTION OF CROPS BY EXTRAORDINARILY HEAVY RAINSTORMS AND FLOODING – NOT A CASE OF HARDSHIP BECAUSE GROWER TYPICALLY ASSUMES RISK OF OCCURRENCE OF SUCH METEOROLOGICAL EVENTS (ART. 6.2.2 LIT. D UNIDROIT PRINCIPLES)

HARDSHIP - DOES NOT EXCLUDE DISADVANTAGED PARTY'S LIABILITY FOR NON-PERFORMANCE BUT ONLY ENTITLES TO REQUEST RENEGOTIATION OF CONTRACT

(ART. 6.2.3 (1) UNIDROIT PRINCIPLES)

DAMAGES – AGGRIEVED PARTY ENTITLED TO FULL COMPENSATION FOR HARM, INCLUDING NON-PECUNIARY HARM, SUFFERED AS RESULT OF OTHER PARTY'S NON-PERFORMANCE (ART. 7.4.2 (1) AND (2) UNIDROIT PRINCIPLES)

DAMAGES – BURDEN OF PROOF - AGGRIEVED PARTY BOUND TO PROVE CERTAINTY AND FORESEABILITY OF HARM SUFFERED (ARTS. 7.4.3 (1) 7.4.4 UNIDROIT PRINCIPLES)

AGREED PAYMENT FOR NON-PERFORMANCE (ART. 7.4.13 (1) UNIDROIT PRINCIPLES) – PRECISE AMOUNT TO BE PAID NOT DETERMINED BY PARTIES – DETERMINATION BY COURT ON DISCRETIONARY BASIS (ART. 7.4.3(3) UNIDROIT PRINCIPLES)

ABSTRACT

Defendant, a Mexican grower, and Claimant, a U.S distributor, entered into a one year exclusive agreement according to which Defendant undertook to produce specific quantities of squash and cucumbers and to provide them to Claimant on an exclusive basis, while Claimant had to distribute the goods on the Californian market against a commission.

The contract, which was concluded in September 2004, contained an arbitration clause in which the parties expressly referred to the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts as the law governing the substance of any potential disputes.

Claimant brought an action before the Centro de Arbitraje de México against Defendant arguing that Defendant had breached the contract by not providing the goods referred to in the contract and by violating the exclusivity clause. Claimant asked for termination of the contract as well as damages for the harm suffered as a result of Defendant's failure to provide the goods; it also asked for payment of the penalty stipulated in the contract in case of violation of the exclusivity clause. Defendant objected that its failure to deliver the goods was due to the destruction of the crops by a series of extraordinarily heavy rainstorms and flooding caused by the meteorological phenomenon known as "El Niño". According to Defendant these events amounted to a case of force majeure and/or hardship and therefore any liability on its part was excluded; moreover, Defendant argued that the contract entered into with Claimant was null and void since it had not been formalized or registered before the Mexican authorities.

The Arbitral Tribunal first of all confirmed the validity of the parties' choice of the UNIDROIT Principles as the law applicable to the substance of their dispute in view of the fact that according to Article 1445 of the Mexican Commercial Code the Arbitral Tribunal shall decide the dispute according to the "rules of law" chosen by the parties and the fact that the UNIDROIT Principles have been applied in a great number of international arbitration proceedings. The parties had not specified the edition of the UNIDROIT Principles they were referring to, but the Arbitral Tribunal, after recalling that in 2004 a new edition had been published, applied with no further explanation the 2004 edition of the UNIDROIT Principles.

With regard to the issue of the validity of the distributorship contract, the Arbitral Tribunal pointed out that according to Article 3.2 of the UNIDROIT Principles the mere agreement of the parties was enough for the valid conclusion of the contract, without further requirements. The contract was therefore to be considered valid even though it had not been registered or otherwise formalized before the Mexican authorities.

With respect to the alleged violation of the exclusivity clause, the Arbitral Tribunal held that, although Claimant could demonstrate only one concrete case of Defendant's contracting with a third person, this was sufficient proof of breach by Defendant of the exclusivity clause: indeed, as stated in Article 7.1.1 of the UNIDROIT Principles, any failure by a party to perform any of its obligations under the contract is a non-performance.

Concerning the request for termination, the Arbitral Tribunal pointed out that according to Article 7.3.1 (1) of the UNIDROIT Principles a party may terminate the contract when the non-performance of the other party amounts to a fundamental non-performance. In the Arbitral Tribunal's opinion in the case at hand the non-performance by Defendant was fundamental since at least three of the criteria laid down in Article 7.3.1 (2) were met: first, Defendant's failure to deliver the vegetables deprived Claimant of the goods it was entitled to expect under the contract; second, the Defendant's violation of the exclusivity clause was intentional; and, third, these two circumstances were enough to give Claimant reason to believe that it could not rely on Defendant's future performance.

After recalling that according to Article 7.3.2 (1) of the UNIDROIT Principles the right to terminate is exercised by notice to the other party, the Arbitral Tribunal found that in the case at hand Claimant had given such notice by sending a notice to Defendant requesting Defendant to cure its breach within 15 days of receipt of the notice. By sending this notice in writing by post with return receipt Claimant had fulfilled the conditions required by Article 1.10 (1) and (3) of the UNIDROIT Principles, i.e. to give notice by means appropriate to the circumstances and that are capable of proving that the notice has actually been delivered at the addressee's place of business. As to the period of time set by Claimant for curing by Defendant, the Arbitral Tribunal decided that the official holidays occurring during that period were included in calculating it, and in this respect made express reference to Article 1.12(1) of the UNIDROIT Principles.

Concerning Defendant's argument that the rainstorms and flooding which destroyed the crops amounted to a case of force majeure, the Arbitral Tribunal held that the meteorological events in question did not meet all the criteria set out in Article 7.1.7 (1) of the UNIDROIT Principles defining force majeure: indeed, while the rainstorms and flooding were undoubtedly beyond Defendant's control, their occurrence could not be considered unforeseeable by Defendant who in the course of its long-standing activity in the agricultural sector had already several times experienced similar events. Moreover, according to the Arbitral Tribunal an additional reason for confirming the liability of Defendant for its non-performance was that Defendant failed to give notice to Claimant of the events in question and of their effect on its ability to perform as required by Article 7.1.7 (3) of the UNIDROIT Principles.

The Arbitral Tribunal also rejected Defendant's alternative argument that its liability for non-performance was excluded on the ground of hardship. While agreeing that the meteorological events in question had substantially increased the costs of Defendant's performance, the Arbitral Tribunal found that another essential requirement for the occurrence of hardship as defined in Article 6.2.2 of the UNIDROIT Principles was missing, i.e. that the risk of the event fundamentally altering the equilibrium of the contract was not assumed by the disadvantaged party: in fact, especially in the context of a distributorship agreement concerning specific quantities of goods to be delivered a vegetable grower typically takes on the risk of crop destruction by rainstorms and flooding. Yet even if the events in question were to be considered a case of hardship, according to Article 6.2.3 of the UNIDROIT Principles the effect would not be the exclusion of Defendant's liability for its non-performance, but only the right to ask for renegotiation of the distributorship agreement with a view to adapting it to the changed circumstances.

With respect to Claimant's request for damages for the harm sustained as a result of Defendant's failure to deliver the goods, the Arbitral Tribunal awarded compensation for the pecuniary harm, sufficient proof of which was given by Claimant as to amount, certainty and foreseeability and its direct connection with Defendant's failure to deliver, as required by Articles 7.4.2 (1), 7.4.3 and 7.4.4 of the UNIDROIT Principles. The Arbitral Tribunal also awarded payment of the contractually stipulated penalty for violation of the exclusivity clause: however, since in the case at hand the precise amount to be paid could not be established with a sufficient degree of certainty the Arbitral Tribunal determined it on a discretionary basis according to Article 7.4.3 (3) of the UNIDROIT Principles. On the other hand, the Arbitral Tribunal rejected Claimant's request for compensation for loss of reputation on the Californian market as a result of its inability to

distribute the vegetables in question: though recognising that according to Article 7.4.2 of the UNIDROIT Principles the aggrieved party was entitled to compensation also for non-pecuniary harm suffered as a result of the other party's non-performance, the Arbitral Tribunal held that in the case at hand Claimant had failed to prove both the existence and amount of such harm.

FULL TEXT

I. EL PROCEDIMIENTO ARBITRAL

[...]

II. EL CONTEXTO CONTRACTUAL Y LOS HECHOS

A. LA RELACIÓN COMERCIAL

38. Del intercambio documental y la audiencia se observa que las partes buscaron entablar una relación que prometía ser mutuamente benéfica: procuraba juntar la oferta con la demanda para atacar el (lucrativo) mercado de Los Ángeles. Para ello el 29 de septiembre de 2004 las partes firmaron un Contrato de comercialización (el "Contrato") que establecía los términos que regirían el actuar de cada uno a efecto de procurar el objetivo indicado. En esencia, el Contrato establece el deber de el "Y" a suministrar productos diversos (los "Productos") y la obligación de EL ACTOR de canalizar los mismos al mercado indicado, pagando un precio por los mismos y obteniendo a cambio una comisión.

B. LA CONTROVERSIA

39. Por motivos diversos, cuya existencia y peso serán analizados, lo que prometía ser una relación comercial fructífera para ambas partes, no prosperó. Dentro del universo de circunstancias que se hacen valer se aluden a eventos extraordinarios, como lo son el clima y el impacto que eventos meteorológicos tuvieron en la relación comercial y jurídica de las partes. Entre los mismos destaca el fenómeno meteorológico conocido como "El Niño", y el (aparente) desastroso efecto que tuvo en la producción del Demandado.

C. LA MISIÓN DEL ÁRBITRO ÚNICO

40. Entendidas las circunstancias descritas la misión del árbitro es determinar los motivos por los que una relación comercial que prometía ser mutuamente benéfica fracasó, y si de dichos motivos se deriva responsabilidad legal o contractual.

III. EL ACUERDO ARBITRAL Y EL DERECHO APLICABLE

41. La cláusula vigésima tercera del Contrato contiene el acuerdo arbitral, mismo que establece (sic):

VIGÉSIMA TERCERA.- SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS.- En caso de cualquier controversia y/o reclamación de cualquier naturaleza que surja de este contrato derivada de su incumplimiento, terminación o validez, las partes convienen en resolverla mediante arbitraje obligatorio y

definitivo administrado de acuerdo con las Reglas de arbitraje del Centro de Arbitraje de México (CAM), como derecho aplicable en cuanto al fondo se verá regido por los Principios UNIDROIT Aplicables a los Contratos Comerciales Internacionales, y el idioma del arbitraje el Español. El árbitro será único, y será designado por el CAM. El arbitraje deberá llevarse a cabo en la ciudad de Tijuana, Baja California, México renunciando las partes a cualquier otra competencia que por razón del domicilio o de cualquier otra pudiera corresponderles. El laudo emitido por el (los) árbitro (s) podrá ser ejecutado en cualquier tribunal competente.

42. Dicho acuerdo arbitral (el "Acuerdo Arbitral") merece un comentario preliminar.

El artículo 1445 del Código de Comercio establece:

"El tribunal decidirá el litigio de conformidad con las normas de derecho elegidas por las partes. (...)"

43. El precepto no hace alusión al "derecho" elegido por las partes, sino a las "normas de derecho". Ello obedece al acogimiento por derecho arbitral mexicano de la postura más moderna que existe sobre el tema de derecho aplicable: el 'derecho' aplicable para resolver una controversia no tiene que ser 'derecho positivo mexicano', ni 'derecho positivo' de jurisdicción alguna. Pueden ser normas que no teniendo dicho carácter las partes hayan escogido en ejercicio de su libertad contractual. Así lo permiten las Reglas CAM.

44. Ello es congruente no solo con el principio de autonomía de la voluntad, sino con la postura adoptada en el Código Civil Federal, del Distrito Federal, del Código de Comercio y las convenciones internacionales de las que México es parte.

45. Al contemplar dicha posibilidad se deseó permitir la utilización de lo que se conoce doctrinalmente como el *jus mercatorum* o *lex mercatoria*. Si bien los ejemplos de dicho género de normas abundan, el ejemplo más notorio de los mismos son precisamente los Principios de la UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales aprobados en Roma en mayo de 1994, y que fueron modificados en 2004 (los "Principios UNIDROIT"), los cuales las partes han pactado como el 'derecho' aplicable a este caso.

46. Si bien es cierto que los Principios UNIDROIT han mostrado ser poco utilizados en México, su utilización no debe asombrar. Una de las controversias más grandes de la historia los utilizó, e innumerables laudos arbitrales, particularmente europeos, han sido emitidos y ejecutados en base a los mismos.

47. Por consiguiente, es perfectamente lícito bajo derecho mexicano utilizar los Principios de la UNIDROIT como las normas en base a las cuales se dirima esta controversia.

IV. PUNTOS CONTROVERTIDOS A RESOLVER

48. De conformidad con la Sección VII del Acta de Misión, los puntos litigiosos a resolver en este asunto son los siguientes:

- a) La validez del Contrato y los compromisos asumidos por las partes;
- b) El supuesto incumplimiento del Contrato por el Actor;
- c) El supuesto incumplimiento del Contrato por el Demandado;
- d) La validez y fecha efectiva de la resolución del Contrato por el Actor;
- e) La posible aplicabilidad de la teoría de la imprevisión como excluyente de responsabilidad;
- f) La existencia de daños y perjuicios en detrimento del Actor resultado de los supuestos incumplimientos por el Demandado;
- g) La existencia de daños y perjuicios en detrimento del Demandado como resultado de los supuestos incumplimientos por el Actor;
- h) La asignación de los costos del procedimiento arbitral a una o a ambas partes en el procedimiento; y
- i) Cualquier otra reclamación que se derive de los escritos de las partes de reclamación principal y reconventional.

49. Cada uno será tratado en forma independiente.

A. LA VALIDEZ DEL CONTRATO Y LOS COMPROMISOS ASUMIDOS POR LAS PARTES

50. La Demandada ha cuestionado la validez del Contrato. Ello en base a tres géneros de argumentos: (1) por su firma en Los Ángeles, California y no en Tijuana; (2) por la falta de notariación; y (3) por la falta de inscripción del mismo. Abordaré cada argumento en forma separada.

1. Firma en Los Ángeles

a) Argumentos de la Demandada

51. En opinión de la Demandada, es inconsistente que el Contrato haya sido firmado en Los Ángeles, California y no en Tijuana. De allí su nulidad.¹³

b) Argumentos de la Actora

52. La Actora contesta aseverando que el Contrato es válido en virtud de lo establecido por el artículo 3.1 de los Principios Unidroit. Dado que los Principios no se ocupan de la invalidez que surja “debido a la falta de capacidad, inmoralidad o ilegalidad, cualquier ilegalidad deberá referirse a una norma de orden público y el DEMANDADO no ha hecho valer dicha violación”.

c) Análisis y Opinión del Tribunal

53. El Tribunal concuerda con la postura adoptada por la Actora. De los argumentos presentados por la Demandada, el Tribunal no percibe motivo alguno que vicie la validez del Contrato. Los Principios Unidroit como derecho mexicano adoptan el consensualismo como la regla de forma de los Contratos. Y la forma que reviste el Contrato sobrepasa la misma: fue por escrito y contempla la firma al puño y letra de cada una de las partes, y la autenticidad de la misma no ha sido cuestionada.

2. Ausencia de formalización ante notario

a) Argumentos de la Demandada

54. La Demandada argumenta que la falta de notariación del Contrato lo hace no obligatorio. Para ser exactos, dice que “el Contrato regiría la relación entre las partes una vez que el mismo fuera formalizado ante notario público”.

b) Argumentos de la Actora

55. En torno a este argumento la Actora contesta que el Contrato ya es válido, de nuevo con fundamento en lo dispuesto en el artículo 3.1 de los Principios Unidroit.

c) Análisis y Opinión del Tribunal

56. El Tribunal considera que el principio de consensualismo de los Principios Unidroit hace que la excepción no prospere. Si bien la Demandada le ha dedicado muchas páginas y líneas a este punto, lo que falta es encontrar el fundamento legal para aseverar que un contrato de comercialización tenga que elevarse a escritura pública para que sea válido. En opinión del Tribunal, dicho requisito es inexistente por lo menos bajo el derecho aplicable a esta controversia.

3. Falta de inscripción

a) Argumentos de la Demandada

57. La Demandada asevera que el Actor incumplió con su obligación de inscribir el Contrato en el Registro Público de Comercio, por lo que considera que el mismo carece de validez. Como consecuencia de lo anterior la Demandada argumenta que no se encontraba obligada al cumplimiento de sus obligaciones (tales como la entrega del Programa de Producción y Venta de productos), y por tanto tampoco resulta procedente la rescisión del Contrato.

b) Argumentos de la Actora

58. Lo único que sobre este argumento contesta la Actora es que el Contrato es válido no obstante no haberse inscrito en el Registro Público de Comercio.

c) Análisis y Opinión del Tribunal

59. En opinión del Tribunal el argumento de la Demandada carece de sustento legal.

60. La Demandada asevera que la Actora tenía la obligación de registrar el contrato y que dicho incumplimiento lo libera de la obligación. En opinión del Tribunal, tanto la premisa como la conclusión es equivocada.

61. En relación con la premisa, no se esgrimió sustento alguno de la obligación de inscripción. Lo más cercano que uno llega a ello es la cláusula vigésima sexta del contrato que dice:

VIGÉSIMA SEXTA.- PAGOS DE GASTOS Y HONORARIOS.-

Todos los gastos y honorarios que originen el otorgamiento del presente instrumento, así como en su caso, los de su inscripción en el Registro Público del Comercio y los de su cancelación en su caso, serán por cuenta del Actor.

62. Como puede observarse, dicho pacto no establece que es obligación de la Actora registrar. Establece que, en caso de registrarse, la Actora cubrirá los gastos que de ello se generen. Pasar de obligación de sufragar gastos a requisito de validez es un paso no anclado en dispositivo legal alguno.

63. Y aunque fuera cierto que existiera la obligación de registrar, la consecuencia jurídica de la falta de registro no es la invalidez del acto pues el Registro Público de Comercio no es constitutivo de derechos sino la inoponibilidad a terceros. Luego entonces, aún suponiendo que fuera cierto que la Actora hubiera incumplido su deber de registrar lo cual se ha determinado que no es el caso ¿porqué acarrearía la invalidez del acto? La respuesta es clara: no la acarrea.

4. Conclusión

64. El Tribunal determina que las excepciones en torno a la validez del Contrato esgrimidas por la Demandada son improcedentes, y por ende son rechazadas. El Contrato es jurídicamente válido, razón por la cual se procederá a analizar el cumplimiento de las obligaciones bajo el mismo.

B. EL SUPUESTO INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO POR EL ACTOR

1. Argumentos de la Demandada

65. La Demandada sostiene que EL ACTOR incurrió en dos incumplimientos que le imposibilitaron al DEMANDADO cumplir y que liberaron al DEMANDADO de sus obligaciones bajo el Contrato: (a) el deber de dar US\$15,000 adicionales; y (b) el deber de contratar un seguro.

a) Financiamiento adicional

66. La Demandada argumenta que no pudo continuar cumpliendo con los compromisos asumidos debido a que solicitó de la Actora la cantidad de US\$15,000 a efecto de poder continuar con la producción. Al no recibirlos, la paralizó. Ello pues los \$29,000 dólares fueron utilizados para la construcción inicial y reconstrucción de invernaderos en virtud de las lluvias, por lo que se solicitó la cantidad adicional establecida en el contrato para continuar con la producción. También argumenta la Demandada que los \$29,000 dólares se entregaron únicamente para la inversión directa en los invernaderos, materia prima y habilitación de las hectáreas contratadas, por lo que la entrega de US\$15,000 resultaba indispensable para continuar con la producción.

b) Seguro

67. La Demandada argumenta que era responsabilidad de EL ACTOR contratar un seguro para cubrir los posibles riesgos que se pudieran suscitar. Añade que siempre fue la intención de la Demandada incluir dicha cláusula en el Contrato, y que el DEMANDADO fue insistente en la contratación del seguro.²¹

2. Argumentos de la Actora

a) Financiamiento adicional

68. La Actora sostiene que es cierto que el DEMANDADO podría solicitar hasta US\$15,000 adicionales a los US\$29,400 entregados a la firma del Contrato para un lote adicional de producto. Sin embargo, nunca lo hizo. Más aún, la entrega de dicha cantidad quedaba condicionada a que se solicitara más pepino persa, lo cual no ocurrió.

b) Seguro

69. El Tribunal no detecta que este argumento haya sido abordado en la parte escrita de este caso. Sin embargo, el mismo fue mencionado durante la audiencia. Al respecto la Actora negó la existencia de dicha obligación.

c) Notificación

70. El 10 de marzo de 2005 se envió, mediante Servicio postal de los EEUU, una carta al DEMANDADO notificándole del incumplimiento incurrido, otorgándole un plazo de 15 días para subsanar el mismo. La Demandada hizo caso omiso de dicha notificación.

3. Análisis y Opinión del Tribunal

a) Financiamiento adicional

71. La parte relevante del tercer párrafo de la cláusula Primera del Contrato establece:

“Queda acordado que el Persian Cucumber se producirá cada dos meses.

En su caso, y de solicitarlo el AGRICULTOR, podrá (sic) requerirle la cantidad adicional de \$15,000 dolares (sic) para un lote adicional de dicho producto. (...)”

72. Dicha frase, aunada al párrafo que antecede (que describe que las cantidades a ser otorgadas son dadas para los usos específicos que se describen en la tabla), llevan a concluir al Tribunal que la interpretación más acertada del contenido obligacional del Contrato con respecto a los US\$15,000 no era que la entrega de los productos estaba sujeta a la recepción del financiamiento adicional, sino que

se trataba de una segunda cantidad que podía ser solicitada por el DEMANDADO, sin que ello se contemplara como un prerequisite de la entrega del producto. Por ende, la obligación era lisa y llana. No estaba condicionada a la entrega de cantidades adicionales.

73. Y aunque hubiera sido el caso, no existe prueba alguna de que la Demandada haya solicitado dicha cantidad de la Actora. Lo único que la Demandada ofrece para soportar su dicho es una declaración unilateral carente de soporte alguno, sea documental o fáctico.

Presumiblemente, si la falta de dicho financiamiento en verdad fuera la razón por la que no fue posible cumplir, esfuerzos diversos hubieran tenido lugar para procurar los mismos. Y ello hubiera necesariamente dejado algún rastro, mismo que hubiera sido presentado por la Demandada para defender su postura. Al no ocurrir, la inferencia natural es que ello no tuvo lugar.

b) Seguro

74. En relación con el deber de obtener un seguro, la Demandada asevera que dicho deber le correspondía a la Actora. ¿ Pero de dónde surge dicho deber? La demandada no cita, y el Tribunal no encuentra fundamento alguno para apoyar la aseveración que le correspondía a la

Actora obtener un seguro de daños. Por la misma razón, no se encuentra motivo para hacer una determinación sobre la consecuencia jurídica de ello.

4. Conclusión

75. El Tribunal determina que la Demandada no ha demostrado los incumplimientos en los que dice incurrió la Actora: el deber de dar un financiamiento adicional ni el deber de obtener un seguro para daños. Por consiguiente, la pretensión es rechazada.

C. EL SUPUESTO INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO POR EL DEMANDADO.

1. Argumentos de la Actora

76. La Actora sostiene que el DEMANDADO incumplió dos obligaciones bajo el Contrato: (a) el deber de proveer las legumbres; y (b) el pacto de exclusividad. Abordaré cada uno por separado.

a) Suministro

77. La Actora sostiene que el DEMANDADO incumplió con su obligación de cultivar pepinos y calabazas para suministrarlos al ACTOR.

78. Explica que la Actora entregó a la Demandada US\$29,400 dólares en calidad de mutuo para poder iniciar la producción. No obstante que la cantidad de dinero fue entregada, el DEMANDADO incumplió con sus obligaciones de cultivar las mercancías acordadas.

79. Continúa aseverando la Actora que, no obstante los incumplimientos de la Demandada, LA ACTORA en todo momento cumplió con sus obligaciones contractuales.

80. De entre las obligaciones incumplidas, la Actora hace alusión al deber del DEMANDADO de entregar a la Actora un programa por escrito de producción y venta de productos. Según la Actora, la expectativa de productos a recibir del DEMANDADO ascendía a 162,000 cajas, de las cuales únicamente se enviaron 3,471 cajas.

b) Exclusividad

81. La Actora indica que el DEMANDADO incumplió con su compromiso de exclusividad al venderle directamente a compradores de la ACTORA. Asegura que el DEMANDADO continúa exportando mercancías a compradores en el Sur de California, violando por tanto el pacto de exclusividad de comercialización.

82. Como contrargumento a la respuesta del DEMANDADO en el sentido que la exclusividad era sólo por 7 hectáreas, la Actora explica que dicha exclusividad no se restringía a 7 hectáreas. La comercialización exclusiva versaba sobre los productos del DEMANDADO en Estados Unidos o Canadá, a efecto de evitar competir con su mismo productor en el mercado.

2. Argumentos de la Demandada

a) Suministro

83. La Demandada argumenta que no pudo continuar cumpliendo con los compromisos asumidos debido a que solicitó de la Actora la cantidad de US\$15,000 a efecto de poder continuar con la producción. Al no recibirla, la paralizó.

84. La Demandada explica que los US\$29,000 inicialmente entregados eran únicamente para la inversión directa de los invernaderos, materia prima y habilitación de las hectáreas contratadas, por lo que la entrega de US\$15,000 resultaba indispensable para continuar con la producción pues mientras los US\$29,000 fueron utilizados para la construcción inicial y reconstrucción de invernaderos en virtud de las lluvias, la cantidad adicional era indispensable para continuar con la producción.

b) Exclusividad

85. La Demandada argumenta que únicamente se encontraba obligada a respetar el pacto de exclusividad respecto de 7 hectáreas, por lo que la venta de los productos cultivados en las hectáreas restantes del Rancho DEL DEMANDADO no viola dicho pacto. En las palabras de la Demandada:

... El señor DEMANDADO nunca incumplió ni con el pacto de exclusividad ni con ninguna cláusula del contrato celebrado con el actor, la empresa ACTORA siempre estuvo enterada de las malas condiciones agrícolas surgidas en el campo y sobre todo de las parcelas contratadas, sus inspectores siempre estuvieron al tanto, pero jamás, hasta la fecha el actor tuvo la mínima intención para con el señor DEMANDADO en adoptar una nueva medida y/o acuerdo ... el señor DEMANDADO siempre ha estado en al mejor disposición de reconsiderar una composición amigable pero no pudo ser posible por la negativa del actor.

86. En sus Alegatos la Demandada menciona que (sic):

... EL AGRICULTOR NO VIOLÓ NINGUN PACTO COMERCIAL, NI NINGUNA DISPOSICION DE EXCLUSIVIDAD, PUES, ESTE TIENE MAS DE 20 ANOS VENDIENDO Y TENIENDO RELACIONES COMERCIALES CON EL L.A. MARKET Y TAMBIEN CON EL U.S. SAVE CITADO POR LA CONTRARIA, ELLO, COMO MENCIONO NO CONSTITUYE UNA VIOLACION PROCESAL, Y, SOBRE TODO NO SE PERJUDICA A NADIE, ES DECIR, A TERCEROS, NO OBSTANTE DE HABERSE SOMETIDO A LA SANCION E IMPOSICION DE UN INSTRUMENTO COMO SE CITA DEBERA CALIFICARSE DE APOCRIFO DESDE SU ORIGEN MISMO. ...

87. La postura de la Demandada es clara: niega por completo el incumplimiento.

3. Análisis y opinión del Tribunal

88. La cláusula primera del Contrato establece:

Por medio del presente Contrato, "EL AGRICULTOR" se obliga a entregar a el ACTOR" la totalidad de los productos agrícolas descritos en el inciso D) a "EL AGRICULTOR"; cosechado en "EL RANCHO DEL DEMANDADO", productos que serán exclusivamente comercializados por "EL ACTOR", en los mercados de los Estados Unidos de América, Canadá.(énfasis del Tribunal)

89. La Cláusula Tercera del Contrato establece:

Las partes acuerdan que "EL ACTOR" es el único autorizado para la comercialización de los productos mentioned above (sic), en los mercados de los Estados Unidos de América, o Canadá por lo que en este instrumento "EL AGRICULTOR" se compromete a no circundar a "EL ACTOR" para tratar de comercializar sus productos directamente. Independientemente de lo anterior, "EL AGRICULTOR" reconoce que "EL ACTOR", posee una valiosa cartera de clientes a la cual ésta última ofrecerá y venderá los productos y en atención a esta circunstancia. ...

90. Ante lo claro del texto resaltado de las cláusulas del Contrato es difícil no coincidir con la interpretación defendida por la Actora.

91. Es cierto que la redacción es perfectible. También es cierto que el Contrato pudo haber sido mejor estructurado. Pero ello no le resta claridad a los términos empleados por las partes con respecto a su intención.

92. La cláusula primera no puede ser más clara: "los productos serán exclusivamente comercializados por EL ACTOR en los mercados de Estados Unidos de América".

Por si fuera poco, la cláusula tercera reitera el punto, y en tres ocasiones:

i) “EL ACTOR es el único autorizado para la comercialización de los productos ... en los mercados de Estados Unidos de América”,

ii) “EL AGRICULTOR se compromete a circundar a EL ACTOR para tratar de comercializar sus productos”; y

iii) “EL ACTOR posee una valiosa cartera de clientes a la cual ésta última ofrecerá y venderá los productos”.

93. Dicho texto hace que la carga de la prueba de la Actora con respecto a la existencia del deber de exclusividad quede satisfecha. El argumento en el sentido que la exclusividad versaba “sobre 7 hectáreas del rancho” es improcedente.

Pasemos ahora a sondear si dicha obligación fue incumplida.

94. Para soportar la pretensión de violación de dicha obligación, la Actora ha presentado un comprobante de compra de pepinos de la tienda “U-Save - Wholesale Fruits and Vegetables” de fecha 15 de marzo de 2005 (la “Nota USave”).

Dicha prueba fue objeto de un intercambio de observaciones durante la audiencia arbitral en la que el Árbitro Único expresamente solicitó a la Actora explicaciones sobre la Nota U-Save, los motivos por los que tuvo lugar y el significado del documento adjunto a la misma que contempla el nombre del señor DEMANDADO. En esencia, la respuesta fue que la adquisición obedeció a la intención de demostrar que el DEMANDADO canalizaba productos amparados por el Contrato al mercado de Los Ángeles.

95. El Árbitro Único solicitó su postura al respecto a la Demandada. Su respuesta fue que ‘el señor DEMANDADO tiene mucho tiempo de tener presencia en el mercado de Los Ángeles, inclusive en forma previa a la celebración del Contrato’. Ello fue corroborado en los Alegatos, en donde se menciona (sic) :

... EL AGRICULTOR.... TIENE MAS DE 20 AÑOS VENDIENDO Y TENIENDO RELACIONES COMERCIALES CON EL L.A. MARKET Y TAMBIEN CON EL U.S. SAVE....

96. En opinión del Tribunal la presentación de la Nota U-Save, con su consecuente explicación, satisface la carga de la prueba de la Actora de demostrar su aseveración, por lo que la carga pasa a la Demandada para demostrar, con un mayor nivel de prueba, si ello era falso o alguna excepción. Ninguna de las opciones tuvo lugar. La Demandada no negó la existencia del suministro a USave, no ofreció algún motivo por el que dicho hecho pudiera ponerse en tela de juicio, ni presentó argumento jurídico alguno que exceptuara su incumplimiento de dicha obligación de no hacer o lo liberara de responsabilidad por falta de cumplimiento. Todo lo contrario, la única explicación realizada al respecto corrobora el hecho que la Actora desea demostrar: que la venta ?y por ende violación del deber de exclusividad?tuvo lugar. Por consiguiente, en opinión del Tribunal: (a) el hecho tuvo lugar; y (b) hacerlo fue en violación de la obligación de no suministrar Productos en el mercado de Los Ángeles.

97. Un aspecto que el Tribunal meditó con detenimiento es la suficiencia de la prueba presentada por la Actora: ¿hasta qué punto un documento aislado puede ser probativo de un (supuesto)incumplimiento continuado?

98. Existen varias razones por las que, en opinión del Tribunal, dicho documento aislado es suficiente en este caso particular. En primer lugar, ante una obligación genérica de no hacer, un solo incumplimiento es suficiente para declararlo violado. Así lo disponen los Principios de Unidroit y si bien no es el derecho aplicable?derecho mexicano.

99. En segundo lugar, el documento proviene de un tercero no relacionado con las partes y su autenticidad no parece ser cuestionable, ni ha sido cuestionada por la parte a quien desfavorece.

100. En tercer lugar, la Demandada ha expresamente corroborado el actuar que la misma busca demostrar.

101. Por todo lo anterior, el Tribunal, de conformidad con el artículo 7.1.1 de los Principios Unidroit, determina que la obligación de exclusividad a cargo de la Demandada fue incumplida por el DEMANDADO, en violación de las cláusulas primera y tercera del Contrato.

D. LA VALIDEZ Y FECHA EFECTIVA DE LA RESOLUCIÓN DEL CONTRATO POR LA ACTORA

1. Argumentos de la Demandada

102. La Demandada asevera que nunca recibió la notificación de rescisión del Contrato. Continúa argumentando que, en virtud de que no se recibió la notificación y por no considerarla válida, el Contrato tendría que calificarse como nulo, por considerar que “lo accesorio sigue la suerte de lo principal”. (La Demandada parece argumentar que la nulidad del aviso de rescisión acarrearía la nulidad del Contrato).

2. Argumentos de la Actora

103. La Actora sostiene que sí notificó y presenta una prueba para ello. Además, argumenta que aunque fuera cierto que no conociera de la notificación de incumplimiento, la Demandada se habría enterado en la fecha de presentación de la Demanda Arbitral.

3. Análisis y Opinión del Tribunal

104. El debate sobre la validez de la terminación del Contrato se ha centrado en la notificación de la misma. Ello no es de extrañar pues el tema es importante: bajo los Principios Unidroit la terminación del contrato debe ejercerse mediante notificación. No hacerlo hace que se pierda el derecho a dar por terminado por lo menos sin responsabilidad.

105. El análisis de la validez de la terminación necesariamente exige sondear si existía derecho para ejercerla. Para ello se abordará (a) la existencia del derecho a dar por terminado; y (b) la existencia de la notificación.

a) Derecho a dar por Terminado

106. El artículo 7.3.1 de los Principios Unidroit establece que una parte puede dar por terminado el Contrato cuando el incumplimiento de la otra parte a una obligación del contrato sea tal que sea un “incumplimiento fundamental” (un “fundamental non-performance”). Es decir, no cualquier violación contractual amerita la terminación del contrato; tiene que ser ‘importante’; fundamental; esencial.

107. En la determinación de si una violación contractual llega a nivel de un “incumplimiento fundamental” los Principios Unidroit proveen criterios diversos. En opinión del Tribunal, las violaciones al Contrato descritas en las secciones IV.C de este laudo cumplen las siguientes hipótesis:

i) Privan a la Actora de lo que esperaba bajo el Contrato;

ii) Fueron intencionales o negligentes; y

iii) Dieran motivo a la parte agraviada (la Actora) para dejar de confiar en el futuro desempeño (cumplimiento) por dicha parte.

108. Los motivos por los que el Tribunal considera que los incumplimientos cumplen dichos

criterios obedecen a que :

i) El suministro de los Productos era la razón principal por la que la Actora celebró el Contrato. Al no verse proveído de los Productos, se le privó justamente de lo que esperaba bajo el mismo.

ii) La violación al deber de exclusividad fue intencional. Vender en el mercado de Los Ángeles es un acto que requiere voluntad para realizar. No sucede sin ello; y

iii) La ausencia de cumplimiento en el suministro, aunado a las ventas en el mercado de Los Ángeles pueden ?en opinión del Tribunal? ser suficientes para hacer perder a la Actora la confianza de que el cumplimiento futuro del Contrato ocurriría.

109. Por consiguiente, el Tribunal determina que las violaciones contractuales de la Demandada al Contrato constituyen un “incumplimiento fundamental” del Contrato y generan el derecho de la Actora de dar el mismo por terminado.

110. Pasemos ahora a analizar si la forma de ejercer dicho derecho fue conforme a los Principios de la Unidroit.

b) La Notificación

111. La Demandada niega enérgicamente que la notificación haya tenido lugar. En soporte de ello ha presentado testimoniales del DEMANDADO, Sr. Jesús García Quintero y el Sr. Enrique Mercado. Mientras que el DEMANDADO fue claro en que nunca se le notificó, existió cierta ambivalencia en los otros testimonios.

112. La Actora asevera enfáticamente que la notificación tuvo lugar. Para demostrarlo presentó una copia de una carta de fecha 9 de marzo de 2005 que contiene dos columnas, una en castellano y una en inglés, que dicen:

Ingeniero “Y”:

Como recordará, con fecha del 29 de septiembre de 2004, firmamos un contrato en el que se comprometió a proveerme de diferentes productos agrícolas, para mi empresa, Marcies, Inc., entre los que se incluyen Persian, Cucumber, Italian Squash, Green Summer, Yellow Summer.

En promedio, usted se comprometió a entregarme aproximadamente 1,000 cajas de productos por semana. De acuerdo a nuestra información, únicamente nos ha suministrado 3,471 cajas de productos, valuados en aproximadamente \$68,080.00 a un precio promedio de \$19.61 dólares de los Estados Unidos.

Dicho contrato tendría una vigencia por un año, a partir de su firma, y se comprometió a no realizar ventas de manera directa a cualquiera de nuestros compradores.

Por medio de la presente le notifico que tiene 15 días para subsanar su incumplimiento, una vez recibida la presente comunicación. Si omite responder a este contrato, lo tendremos por resuelto y nos veremos en posibilidad de seguir cualquier remedio legal que tengamos a nuestra disposición.

Quedo de usted,
Mr. “Y”:

As you may recall, on September 29, 2004, we signed a contract under which you agreed to supply us with different agricultural products for my company, Marcies, Inc., including Persian Cucumber, Italian Squash, Green Summer, Yellow Summer.

You agreed to supply us with approximately 1,000 boxes of products per week.

According to our records, you have only supplied us with 3,471 boxes of products, valued at \$68,080.00, at an average price of \$19.61 United States Dollars.

Said contract would be in effect for one year, as of its signing, and you agreed not to effect sales directly to any of our purchasers.

By means of this notice, I am hereby requesting that you cure this breach within 15 days, upon receipt of this communication.

Your failure to reply will deem this contract as rescinded and we will be free to pursue any legal remedies available to us.

Yours truly,

113. La Demandada cuestiona la existencia y validez de dicha notificación (la "Notificación").

114. La cláusula vigésima cuarta del Contrato regula las notificaciones de las partes y establece en su parte relevante:

Todos los avisos, reportes escritos y otra información permitida o que se requiera entregar bajo este contrato deberá (sic) ser hecha por escrito y deberá ser entregada por cualquier medio que permita tener una prueba de la fecha de recepción de la parte respectiva ... cualquier notificación que se haga conforme al presente se tendrá por válidamente hecha al último domicilio conocido por la otra.

(énfasis del Tribunal)

115. Los Principios de la Unidroit establecen que cuando tenga que hacerse una notificación, puede hacerse por los medios apropiados a las circunstancias,⁵¹ y que es efectiva cuando "llegue" a la persona a quien está destinada.⁵²

116. El efecto obligacional combinado de los Principios Unidroit y el Contrato es que las notificaciones, para ser válidas, pueden ser realizadas 'por cualquier medio' siempre que exista prueba de que la notificación haya sido recibida.

117. Existe una frontal colisión de posturas sobre este hecho. Mientras que la Actora asevera que la notificación tuvo lugar; la Demandada lo niega. Cada uno aporta pruebas para soportar su dicho, por lo que el análisis de la calidad y valor probatorio de cada una es necesario para determinar si el hecho tuvo lugar.

118. La carga de la prueba sobre este hecho está a cargo de la Actora. Después de todo, es quien asevera la existencia del hecho. Para satisfacerla ha presentado acusos de envío y de recepción de la Notificación. Las mismas muestran el envío de una carta el día 10 de marzo de 2005, el pago del envío⁵⁵ y la recepción del acuse de recibo de correo certificado (registrado), recibido por la remitente (la Actora) el 5 de abril de 2005. En opinión del Tribunal, dichas pruebas demuestran la existencia del hecho con suficiente contundencia como para pasar la carga de la prueba a la Demandada para demostrar, con un mayor nivel de contundencia, que la Notificación no tuvo lugar.

119. La Demandada ha presentado un solo elemento probatorio para refutar la existencia de la Notificación: testimoniales. A su vez, cuestiona la veracidad del documento como resultado de la inclusión a mano de la fecha.

120. En relación con las testimoniales, todos los testigos ofrecidos por la Demandada han, en unísono, manifestado que la Notificación no tuvo lugar.

121. En opinión del Tribunal, los elementos probatorios presentados por la Actora tienen un mayor valor probatorio que aquellos presentados por la Demandada.

122. Los elementos probatorios de la Actora son objetivos, palpables y su veracidad no ha sido cuestionada. Por ende, el Tribunal arbitral, con fundamento en la facultad contenida en el artículo 1434 del Código de Comercio y 21 de las Reglas CAM, considera y determina que es más probable que el hecho haya tenido lugar a que no.

123. Las pruebas aportadas por la Demandada tienen, en opinión del Tribunal, poco valor probatorio. Ello obedece a dos circunstancias. La primera es que las testimoniales ofrecidas constituyen declaraciones unilaterales que benefician a la parte que las hace y que no están corroboradas por sustento adicional alguno: son ofrecidas por la parte misma a quien favorece y sus dependientes económicos, por lo cual es natural tener ciertas dudas sobre su pertinencia y valor probatorio. En segundo, y como se indicó, existe cierta contradicción entre las mismas.

124. No es que las pruebas se rechacen, sino que, enfrentadas con documentos objetivos derivados de terceros (el Servicio Postal), su valor persuasivo, e impacto sobre la probabilidad que un hecho incierto y controvertido haya tenido lugar, quedan en segundo plano.

125. No pasa desapercibido al Tribunal que la Demandada ha cuestionado la veracidad de las pruebas en base a su inclusión de la fecha a mano. Y mucho ha sido dicho al respecto por la Demandada. Sin embargo, el Tribunal no encuentra elemento alguno para considerar que dicha circunstancia en verdad tenga el efecto de tildar al documento de apócrifo o que nunca tuvo lugar. ¿Porqué? Si la carta hubiera sido hecha a mano sería igual de válida que a máquina. La inferencia de la existencia, autenticidad y credibilidad que el Tribunal otorga a la misma deriva no de su forma, sino de los elementos coetáneos ofrecidos por la Actora y que argumentan en favor de considerar que la misma tuvo lugar. De hecho, el único elemento que milita en contra de considerar que la misma tuvo lugar no ha sido presentado por la Demandada, pero sí considerado por el Tribunal durante sus deliberaciones. Y es doble: la ausencia de reacción de la Demandada y la posibilidad de que la forma pudo haber sido mayor dada la importancia de la Notificación. Aún así el Tribunal no considera que existan circunstancias para restarle valor probatorio. A continuación se explicará porqué.

126. Empecemos con la conducta. No existe un ápice de prueba en el sentido que la conducta de la Demandada cambió en las fechas de la Notificación, y sería natural que ello hubiera ocurrido si la Notificación hubiera tenido lugar.⁶⁰ Sin embargo, la preocupación se disipa si se considera que la ausencia de conducta responsiva de la Demandada es congruente con la reclamación general que motiva este laudo: incumplimiento a obligaciones de hacer.

127. En relación con la forma de la Notificación, dada la importancia de la misma, la práctica mexicana formalista al respecto y el hecho de que probablemente el incumplimiento acabaría en litigio, podría juzgarse que un comunicado por correo es insuficiente, y que una notificación más formal (v.gr., ante fedatario o por lo menos reiterado) hubiera sido conveniente. Sin embargo, existen contestaciones diversas que al respecto pueden hacerse. En primer lugar, se trata de una relación jurídica transnacional que involucra a un extranjero, y en dicho medio la formalidad que revistió la notificación es válida. El segundo y más contundente motivo deriva de la naturaleza propia del acto: las partes mismas así lo pactaron. No establecieron una obligación de método, sino de resultado: recepción. Y dicho hecho ha sido acreditado por la Actora con un mayor nivel probatorio que las excepciones ofrecidas por la Demandada.

128. Por todo lo anteriormente expuesto, el Tribunal concluye que la notificación tuvo lugar y es válida por haber sido realizada de conformidad con los requisitos contenidos en los Principios Unidroit y el Contrato. Y por los mismos motivos, para los efectos legales de la terminación, se

determina que la fecha efectiva de recepción de la Notificación por la Demandada es el 30 de marzo de 2005.

129. Sobre el cómputo del plazo, atendiendo a lo dispuesto en el artículo 1.12 de los Principios Unidroit, el Tribunal concuerda con la fecha sugerida por la Actora: 15 de abril de 2005.

c) Conclusión

130. Por todo lo anteriormente expuesto, el Tribunal determina que (i) las violaciones contractuales de la Demandada constituyen un “incumplimiento fundamental” de conformidad con lo dispuesto en el artículo 7.3.1 de los Principios Unidroit; (ii) por ello nació el derecho de la Actora de dar por terminado el Contrato; (iii) el ejercicio de dicho derecho mediante la Notificación fue conforme a lo dispuesto en los artículos 7.3.2 y 1.10 de los Principios Unidroit y cláusula vigésima cuarta del Contrato; (iv) la fecha efectiva de la resolución es el 15 de abril de 2005.

E. LA POSIBLE APLICABILIDAD DE LA TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN COMO EXCLUYENTE DE RESPONSABILIDAD

1. Argumentos de la Demandada

131. La Demandada argumenta que una vez que se enviaron las 3,471 cajas de productos, se presentó un temporal de lluvias ininterrumpido y “fuertes ventarrones”, que provocaron la paralización de la producción agrícola, devastando los invernaderos y erosionando el suelo. Ello hace que el DEMANDADO no sea imputable por la pérdida de ganancias de la Actora, por ser una excluyente de responsabilidad.

132. La parte Demandada argumenta que se notificó dicha situación a LA ACTORA través de su personal autorizado y técnico”, mismos que se argumenta tomaron fotografías y constancia de lo ocurrido.

133. Por ende la Demandada asevera que, por tratarse de un riesgo de mercado, cada parte debe soportar sus propias pérdidas.

2. Argumentos de la Actora

134. La Actora considera que únicamente procede aplicar la Teoría de la imprevisión si la circunstancia en la que se basa el DEMANDADO escapaba su control y no era predecible. Los requisitos no se reúnen pues, en virtud de su actividad como agricultor, dicho riesgo de temporal resulta normal, aparte de contar con invernaderos que aminorarían los daños causados por las lluvias.

135. Continúa explicando que el impedimento derivado del temporal fue provisional, por lo que el cumplimiento con el Contrato debió haber sido suspendido únicamente durante la duración del temporal. Lo anterior aunado a la situación de que el DEMANDADO nunca notificó al ACTOR sobre la imposibilidad de cumplir con sus obligaciones derivado de dichas circunstancias, por lo que no procede la aplicación de la Teoría de la Imprevisión. Enfatiza que el ACTOR debió haber hecho su mejor esfuerzo en continuar con las entregas una vez terminadas las lluvias.

3. Análisis y Opinión del Tribunal

136. Este es posiblemente el tema más espinoso de este caso. Habiendo quedado establecido el incumplimiento por la Demandada de sus obligaciones de hacer bajo el Contrato solicita que se le excluya de responsabilidad contractual como resultado de la existencia de un evento de fuerza mayor.

137. La excluyente de responsabilidad civil genéricamente conocida como caso fortuito o fuerza

mayor es una cuya actualización es extraordinaria, rara y difícil.

El motivo es que toda situación que permita a una parte liberarse unilateralmente de una obligación contractual debe ser considerada excepcional y justificada sólo por circunstancias que, en forma contundente, militen a favor de ello. De lo contrario, la fuerza de ley de una obligación contractual no valdría mucho. Estaría sujeta a vaivenes comunes y cotidianos. Es por ello que es infrecuente encontrar con que la misma se acredite y proceda.

138. Por si fuera poco, el nivel de complejidad de dicha excepción en este caso debe juzgarse bajo (normas de) derecho distintas a las de las partes: los Principios de la Unidroit.

139. El artículo 7.1.7 de los Principios Unidroit establece:

Artículo 7.1.7

(Fuerza mayor) (force majeure)

(1) El incumplimiento de una parte se excusa si esa parte prueba que el incumplimiento fue debido a un impedimento ajeno a su control y que, al momento de celebrarse el contrato, no cabía razonablemente esperar, haberlo tenido en cuenta, o haber evitado o superado sus consecuencias.

(2) Cuando el impedimento es sólo temporal, la excusa tiene efecto durante un período de tiempo que sea razonable en función del impacto del impedimento en el cumplimiento del contrato.

(3) La parte incumplidora debe notificar a la otra parte acerca del impedimento y su impacto en su aptitud para cumplir. Si la notificación no es recibida por la otra parte en un plazo razonable a partir de que la parte incumplidora supo o debió saber del impedimento, esta parte será responsable de indemnizar los daños y perjuicios causados por la falta de recepción.

(4) Nada de lo dispuesto en este Artículo impide a una parte ejecutar el derecho a resolver el contrato, suspender su incumplimiento o a reclamar intereses por el dinero debido.

140. La Actora argumenta que no se reúnen los requisitos contenidos en dicho precepto para liberar de responsabilidad a la Demandada de su incumplimiento.

Cuestiona: (a) el que hubieran escapado su control; (b) el que el riesgo que se actualizó sea uno que no era razonable que ocurriera. Además, asevera que aunque fuera cierto: (c) el evento fue temporal, mientras que el incumplimiento fue total; y (d) nunca se le notificó.

141. La Demandada se limita a esgrimir la existencia de la excluyente, sin brindar muchos elementos que refuten las aseveraciones de la Actora en el sentido que los requisitos no se cumplen.

142. A continuación se analizará cada uno por separado.

a) Control

143. El primer requisito para la acreditación de la excluyente es que el incumplimiento derive de un impedimento fuera del control del obligado. Sin lugar a dudas, el fenómeno meteorológico "El Niño" está fuera del control de la Demandada. Y es indudable que tampoco contribuyó a su existencia. Por ende, en opinión del Tribunal la ausencia de control sobre el impedimento queda comprobada.

b) El riesgo que se actualizó era razonablemente previsible

144. La Demandada sostiene que la gravedad de El Niño es tal que no era previsible que ocurriera, por lo cual se reúne dicho requisito de excluyente de responsabilidad. Para acreditar el

carácter extraordinario del evento ha presentado opiniones periciales sobre el carácter extraordinario del evento.

145. La Actora postula que el riesgo en cuestión no es uno que no era razonablemente previsible, particularmente para un agricultor que cuenta con 30 años de experiencia. Al respecto, haciendo hincapié en el dictamen pericial del Perito ofrecido por la Demandada, hizo ver cómo el evento meteorológico, no obstante que no era habitual, desde 1974 a la fecha en ocho ocasiones ocurrió que la lluvia excedía 400 milímetros de agua, de las cuales tres tuvieron lugar en forma reciente.

146. El Tribunal ha sido persuadido de la existencia del evento y no tiene motivo para cuestionar los efectos desastrosos que tuvo en los plántos de la Demandada. Sin embargo, coincide con la postura de la Actora en el sentido de que no era razonablemente imprevisible. Ello por tres motivos: la extensa experiencia del DEMANDADO en agricultura, aunado a las ocho ocasiones que ha tenido lugar desde 1974, y tres desde 1999); y que, como se mencionó con anterioridad, la convicción de que la causal de fuerza mayor es de interpretación excepcional, sujeta a un contexto extraordinario y condicionado a la satisfacción de un alto umbral probatorio.

c) Temporalidad

147. La Actora ha mencionado que, suponiendo que se acreditara la procedencia de la excluyente, la misma sólo podría justificar un incumplimiento durante el tiempo en que la situación tildada como fuerza mayor dure. Concluido el evento meteorológico, la falta de cumplimiento con posterioridad no podría ser exceptuada de responsabilidad.

148. En respuesta la Demandada da su argumento genérico que el evento meteorológico imposibilitó el cumplimiento del Contrato.

149. El Tribunal considera que el que el evento justifique un incumplimiento parcial o total del Contrato depende del evento y su impacto. En este caso, dado que El Niño destruyó en forma total las instalaciones de la Demandada, de reunirse el resto de los requisitos de la teoría de la imprevisión, podría justificarse un incumplimiento total del Contrato.

d) Notificación

150. La Actora hace ver que los Principios Unidroit establecen como requisito que el impedimento y el hecho que imposibilita cumplimiento sean notificados a la Actora, y ello nunca tuvo lugar.

151. La Demandada no ha demostrado que dicha notificación haya tenido lugar, ni existe aseveración concreta que ello haya ocurrido. Más bien su postura al respecto parece ser que, por ser un hecho notorio, la Actora ya sabía del mismo.

152. En opinión del Tribunal el que sea un hecho notorio no exceptúa la obligación de notificar. La notoriedad de la existencia de un evento no necesariamente implica que el impacto del mismo sobre el deudor sea la imposibilidad de cumplimiento de dicha obligación, y tampoco puede suponerse que el acreedor así lo entendería; ello es justamente lo que motiva la existencia de la obligación de notificar.

153. Por consiguiente, en opinión del Tribunal, la falta de notificación del evento y su impacto en el cumplimiento por la Demandada de sus obligaciones, es per se suficiente para hacer improcedente la excluyente de responsabilidad.

e) Conclusión

154. Por las razones anteriores, el Tribunal determina que (i) el fenómeno meteorológico conocido como El Niño estuvo fuera del control de la Demandada y la afectó negativamente; (ii) que el Niño no es un fenómeno que no podía ser razonablemente esperado por la Demandada; (iii) que la Demandada incumplió con la obligación de notificar a la Actora la existencia del mismo y el que (según ella) imposibilita su cumplimiento de la obligación de suministrar Productos.

155. Dadas las determinaciones del párrafo anterior, Tribunal sostiene que la excluyente de responsabilidad civil contractual consistente en fuerza mayor no se acreditó por lo que no libera de responsabilidad a la Demandada por el incumplimiento de la obligación de suministro de Productos a la Actora.

F. LA EXISTENCIA DE DAÑOS Y PERJUICIOS EN DETRIMENTO DEL ACTOR COMO RESULTADO DE LOS SUPUESTOS INCUMPLIMIENTOS POR EL DEMANDADO

1. Argumentos de la Actora

156. La Actora sostiene que los incumplimientos contractuales de la Demandada le han generado daños y perjuicios y desea que la Demandada lo indemnice por ellos. Los daños incluyen la pérdida de ingresos derivados de la comisión de 17% que, de conformidad con la cláusula octava del Contrato, la Actora recibiría por la venta de los productos agrícolas en el mercado del Sur de California, la pérdida de expectativas de negocios, el daño moral consistente en la disminución de la imagen y descrédito causado al ACTOR y al Sr. "X" en el mercado de Los Ángeles.

157. Además de ello, la Actora desea ejecutar la pena convencional (del 25% de dicha operación) contenida en la cláusula vigésima del Contrato, y el reembolso de los US\$29,400 entregados en calidad de mutuo y como anticipo a la producción de pepinos y calabazas, más intereses.

2. Argumentos de la Demandada

158. La Demandada sostiene que no procede el pago de daños y perjuicios a la Actora en virtud de que no cumplió con su obligación de inscribir el Contrato en el Registro Público de Comercio, porque la Demandada también sufrió pérdidas materiales y económicas como consecuencia de las lluvias, y porque no se probó de manera fehaciente la pérdida sufrida como consecuencia de la paralización en la entrega de los Productos.

3. Análisis y Opinión del Tribunal

a) Introducción

159. Si bien cada uno de los rubros de reclamación monetaria será analizado en forma individual, es importante transcribir el principio contenido en el artículo 7.4.1 de los Principios Unidroit para hacer dos observaciones iniciales. Establece:

Artículo 7.4.1

(Derecho al resarcimiento)

Cualquier incumplimiento otorga a la parte perjudicada derecho al resarcimiento, bien exclusivamente o en concurrencia con otros remedios, salvo que el incumplimiento sea excusable conforme a estos Principios.

160. La primera observación preliminar es que los Principios Unidroit contemplan lo que se

considera como el derecho más aceptado: no hay indemnización sin infracción. Dicho de manera negativa, un daño sin violación a un deber legal o contractual no es indemnizable; y las violaciones legales 'desnudas' (aquellas que no generan daño) tampoco hacen nacer el derecho a obtener una indemnización.

161. La segunda observación preliminar es que los Principios Unidroit expresamente establecen que el derecho a ser indemnizado (resarcimiento) es aditivo a no exclusivo de otras sanciones que apliquen por ley o por contrato. El que exista una base de indemnización expresa no excluye otra; cosa que sucede en otras jurisdicciones.

b) Daños

162. Determinada la existencia de una violación, nace el derecho a ser indemnizado por la misma, sujeto a la demostración de su quantum, mismo que debe estar dentro de los lineamientos que el derecho aplicable permita. Ello necesariamente implica que no todos los daños sufridos son jurídicamente compensables; y siempre deben ser probados por la parte que los demanda. Antes de proceder al análisis in casu de los daños que pueden ser obtenidos, detallaré su régimen bajo los Principios Unidroit, para luego sondear si los mismos fueron demostrados y si reúnen dichos requisitos.

i) Daños resarcibles: reparación integral

163. Los daños resarcibles bajo los Principios Unidroit son aquellos que sitúen de vuelta a la víctima del incumplimiento en la situación que hubiera tenido de no haberse presentado el incumplimiento. En términos más sencillos, los Principios Unidroit permiten restitutio in integrum: la parte agraviada tiene derecho a una reparación integral. Así lo establece el artículo 7.4.2:

Artículo 7.4.2

(Reparación integral)

(1) La parte perjudicada tiene derecho a la reparación integral del daño causado por el incumplimiento. Este daño comprende cualquier pérdida sufrida y cualquier ganancia de la que fue privada, teniendo en cuenta cualquier ganancia que la parte perjudicada haya obtenido al evitar gastos o daños y perjuicios.

(2) Tal daño puede ser no pecuniario e incluye, por ejemplo, el sufrimiento físico y la angustia emocional.

164. Pero la 'reparación integral' no debe enriquecer a la víctima del incumplimiento, sólo compensarla por la merma en su patrimonio derivada del mismo. Es decir, una correcta cuantificación de daños no debe ni empobrecer ni enriquecer a la víctima, sólo propiciar el statu quo que hubiera existido de no ocurrir la violación.

ii) Cuantificación

165. La Actora tiene derecho a la reparación integral, sujeto a que pruebe su monto. Para cuantificar sus daños ha tomado como base la comisión que hubiera obtenido si el contrato se hubiera cumplido: 17% del precio de venta de los productos. Dicha comisión ha sido multiplicada por el número de ventas contractualmente pactadas al precio promedio corriente en el mercado de Los Ángeles, según es publicado por en <http://marketnews.usda.gov/portal/fv>, el cual es un sitio de Internet que refleja los precios del mercado de frutas y legumbres del Departamento de Agricultura de los Estados Unidos.

166. Dado que la Demandada no ha presentado observaciones sobre dicho ejercicio de cálculo, el Tribunal no tendría porqué motu proprio cuestionar el mismo. Sin embargo, por razones de exhaustividad, el Árbitro Único ha visitado la página y verificado los precios, y coincide con los mismos.

167. Las cifras que derivan de los cálculos de la Actora son:

- Pepino persa: US\$135,750.00
- Italian Squash: US\$82,960.0092
- Green Summer: US\$85,000.00
- Yellow Summer: US\$120,360.00

- Total: US\$424,070.00

168. Como se indicó, el Tribunal considera que el método por el cual se derivaron dichos daños es procedente, pero tiene una observación en cuanto a las variables utilizadas: no coincide con la multiplicación del precio de Italian Squash, Green Summer y Yellow Summer por 4,000 cajas. El motivo es que la cláusula primera del Contrato alude a 2,000 cajas por cada uno, no 4,000. En consecuencia, las cifras de la Actora por dichos conceptos han sido ajustados en consecuencia. El resultado es el siguiente:

- Pepino persa: US\$135,750.00
- Italian Squash: US\$41,480.00
- Green Summer: US\$42,500.00
- Yellow Summer: US\$60,180.00
- Total: US\$279,910.00

169. A continuación se analizará si dicho monto reúne los demás requisitos bajo los Principios Unidroit para ser concedidos: certeza en su generación, si existe un vínculo causal entre el incumplimiento y el daño, y si los mismos son previsibles.

iii) Certeza y causalidad 170. Para que el daño sea resarcible, debe derivar del incumplimiento alegado. Es decir, no solo debe ser posible o probable que se genere, sino que tiene que existir certeza de ello.

171. En opinión del Tribunal, no parece existir duda razonable sobre la generación de las cantidades que la Actora reclama. Derivan de comisiones frustradas de ventas que encuentran como origen la obligación contractual de suministrar un volumen determinado, que iban dirigidas a un mercado existente y voraz. Un escenario muy distinto sería que no existiera un contrato que los respaldara,⁹⁵ que se tratara de un producto raro, nuevo o de aceptación cuestionable, o dirigido a un mercado esporádico (v.gr., época navideña) o incierto (de un nuevo producto). En estos casos habría motivos para cuestionar el que el mercado consumiera las ventas por las cuales la comisión se está demandando. Pero tratándose de un producto existente, que es común y de consumo habitual, con una demanda generalizada en un mercado grande (Los Ángeles) y con un historial verificable, en opinión del Tribunal no existe razón alguna (y ninguna ha sido traída a su atención) para dudar que el mercado de Los Ángeles de frutas y legumbres haría las veces de un (poderoso) imán: atraería las ventas que las partes previeron y pactaron. Por ende, no existe elemento alguno de especulación.

172. Por ello, en opinión del Tribunal, las ventas perdidas con toda probabilidad hubieran tenido lugar, y la comisión se hubiera causado.

173. Por las razones indicadas, el Tribunal concluye que los daños generados y cuyo resarcimiento solicita la Actora no son especulativos.

iv) Previsibilidad

174. Para ser recobrables, los daños deben ser 'previsibles'. La previsibilidad de los daños tiene una definición particular bajo los Principios Unidroit; implica que sean 'razonablemente observables por una persona diligente'. La pregunta entonces se torna en si los daños que la Actora dice que sufrió eran razonablemente previsibles para el DEMANDADO al momento de la celebración del contrato.

175. En opinión del Tribunal la respuesta es afirmativa.

176. Todas las cifras que la Actora ha utilizado están expresamente pactadas en el Contrato, y se han limitado al periodo de un año (la duración del Contrato). Ante el pacto expreso en el Contrato que en forma voluntaria negoció y celebró un experto en la materia en cuestión, es difícil pensar que no era previsible que las ventas que el incumplimiento del Contrato frustraría son justamente aquellas por las que se comprometió a suministrar.

v) Facultad subsidiaria del Tribunal para cuantificar los daños

177. El artículo 7.4.3 de los Principios Unidroit otorgan la facultad al Tribunal de cuantificar la indemnización por daños y perjuicios cuando los mismos no puedan establecerse con suficiente grado de certeza.

178. Dado que el Tribunal ha aceptado como correctos, ciertos y previsibles a los daños que la Actora ha solicitado, en este contexto no procede el ejercicio de esta facultad ??lo cual ha sido solicitado por la Actora.

c) Pena Convencional

179. La cláusula vigésima del Contrato establece (sic):

... El AGRICULTOR reconoce y acepta que no podrá vender la producción que de este contrato se deriva a terceras personas incluyendo, a las empresas a las que LA ACTORA pueda comercializar dichos productos. En caso de violar dicha disposición, queda entendido que además de los daños y perjuicios, podrá reclamarse una penalidad equivalente al 25% de dicha operación realizada en contravención de dicha disposición.

180. Como puede observarse, la hipótesis que dicha norma contractual contempla como generadora de la pena convencional es la existencia de un incumplimiento al deber de exclusividad. En la medida en que se ha determinado la existencia de un incumplimiento por la Demandada de dicha obligación, de conformidad con el artículo 7.4.13 de los Principios Unidroit, la Actora tiene derecho a ejecutar en su favor dicha pena convencional.

181. Determinada la existencia del derecho a ejecutar la pena convencional, pasemos a su cuantificación. La pena convencional es una en la que no se establece un monto fijo, sino un porcentaje (25%). Y el porcentaje toma como base "la producción que de este contrato deriva a terceras personas".

182. Al respecto la Actora ha solicitado que sea el Tribunal quien motu proprio cuantifique los daños. Sus palabras exactas fueron:

"En vista de la dificultad que representa determinar las ventas que hizo LA DEMANDADA contraviniendo el pacto de exclusividad, solicitamos a Usted se sirva condenar una cantidad apropiada como penalidad por la violación al pacto de exclusividad previsto en el Contrato conforme a lo previsto en el artículo 7.4.2(3) de los Principios Unidroit 2004."

183. La Demandada no ha hecho aseveración alguna expresa sobre esta solicitud, salvo la negación genérica de los daños y perjuicios.

184. En principio, es obligación de la parte que reclama daños y perjuicios demostrarlos, para lo cual debe cuantificarlos siguiendo los lineamientos descritos en la sección IV.F.3.(b) de este Laudo Final. Ante dicho principio, una primer reacción del Tribunal podría ser rechazar la

pretensión por falta de su demostración. Sin embargo, la solicitud de la Actora se fundamenta en una facultad especial que los Principios Unidroit contemplan a favor del Tribunal: cuando los daños no puedan ser establecidos con suficiente grado de certeza, su determinación corresponderá al tribunal.

185. El requisito para el ejercicio de dicha facultad es la dificultad de establecer con certeza los daños generados. El texto relevante de los Principios Unidroit establece:

(3) Cuando la cuantía de la indemnización de los daños y perjuicios no puede establecerse con suficiente grado de certeza, queda a discreción del Tribunal fijar el monto del resarcimiento.

186. La premisa que da origen a la (extraordinaria) facultad a la que alude la Actora está presente en este caso: la falta de certeza en la cuantificación de daños y perjuicios. Ello es bajo muchas legislaciones razón suficiente para no otorgar los daños y perjuicios en cuestión. Sin embargo, los Principios Unidroit parten de dicho óbice y contemplan lo que puede tildarse de una solución que busca no dejar sin remedio jurídico a quien ha sido víctima de un incumplimiento. Es decir, que no sea el incumplidor, sino la víctima, quien se beneficie de la falta de certeza en la cuantificación de daños.

187. Definida la procedencia del ejercicio de la facultad, se abordará cómo ejercerla.

188. Ello es un tema difícil. Los Principios Unidroit no establecen cómo hacerlo, sólo que puede hacerse.

189. El Tribunal ha reflexionado mucho sobre cómo hacerlo y ha decidido que para ello deben buscarse criterios objetivos. Y qué mejor criterio objetivo que lo pactado por las partes en el Contrato.

190. La cláusula vigésima del Contrato establece (sic):

... EL AGRICULTOR reconoce y acepta que no podrá vender la producción que de este contrato se deriva a terceras personas incluyendo, a las empresas a las que MARCIE´s pueda comercializar dichos productos. En caso de violar dicha disposición, queda entendido que además de los daños y perjuicios, podrá reclamarse una penalidad equivalente al 25% de dicha operación realizada en contravención de dicha disposición.
(énfasis del Tribunal)

191. La pena convencional es por "25% de dicha operación", y 'dicha operación' es "la producción que de este contrato se deriva". Dado que el incumplimiento al pacto de exclusividad está dado, la pregunta se reduce a cómo estimar el monto de la operación por la cual la Demandada violó el Contrato. Determinada la misma, el monto de la sanción puede definirse aplicando la pena convencional pactada por las partes: 25% de su valor.

192. No hay elemento alguno que sirva para determinar cuántas ventas tuvieron lugar por el Sr. DEMANDADO en el mercado de Los Ángeles; pero sí hay razones para pensar que las mismas tuvieron lugar. No solo lo ha demostrado la Actora, sino que lo ha admitido la Demandada.

193. El objetivo de la indemnización (a través de daños y perjuicios) es compensar situando a la parte en la situación que tendría de no haber tenido lugar el incumplimiento. El monto no debe enriquecer, pero tampoco empobrecer.

194. En este caso, dada la determinación que existió incumplimiento, y el mismo necesariamente implica la frustración de ventas que la Actora con toda probabilidad realizaría, la existencia de daño está dada. La duda ahora reside en el quantum. Para determinarlo, el Tribunal ha tomado

como base lo acordado por las partes.

195. El Contrato establece que la Demandada otorgaría la exclusividad sobre la totalidad de su producción por los Productos 106 y que cada dos meses se entregarían entre 7,000 y 8,000 cajas de Pepino Persa, 2,000 cajas de Italian Squash, 2,000 de Green Summer y 2,000 de Yellow Summer. Tomando dicho acuerdo como base, se ha proyectado a un año (la duración del Contrato) y las cifras que da son las siguientes:

- Pepino persa: US\$135,750.00
- Italian Squash: US\$41,480.00
- Green Summer: US\$42,500.00
- Yellow Summer: US\$60,180.00
- Total: US\$279,910.00

196. El 25% de dicho total asciende a US\$69,977.50. En opinión del Tribunal, a dicha cantidad asciende la pena convencional contemplada en la cláusula vigésima del Contrato.

197. No debe pasar desapercibido que no existe una doble base de indemnización. Mientras que los daños descritos en los párrafos 165 a 168 son por concepto de la violación al deber de suministrar los Productos; los montos descritos en los párrafos 179 a 197 obedecen a la cuantificación de la pena convencional contractualmente convenida por la violación al pacto de exclusividad. No existe traslape alguno: los montos derivan de consecuencias distintas.

d) Reembolso e interés

198. La Actora solicita el reembolso de los US\$29,400 que dio a la Demandada. Para aquilatar la procedencia de la solicitud, debe definirse a título de qué fueron dados dichos montos.

199. El segundo párrafo de la cláusula primera del Contrato establece:

Queda acordado que a la firma del presente contrato, EL ACTOR entrega al AGRICULTOR las siguientes cantidades para los usos que se describen en la siguiente tabla: ...

200. A su vez, la cláusula vigésima octava establece (sic):

las partes reconocen que "LA ACTORA" le ha facilitado a "EL AGRICULTOR" la cantidad de \$29,400.00 dólares (veinte nueve mil quinientos dólares (sic) de los Estados Unidos de América) a manera de financiamiento. En caso de que a la terminación del presente contrato dicha cantidad no sea cubierta, LA ACTORA podrá reclamar el pago de dicha cantidad incluyendo un interés moratorio del 5% mensual hasta dicha cantidad sea en su totalidad liquidada.

201. Como puede verse, el título bajo el cual se entregaron los US\$29,400 al DEMANDADO no es claro. Por ende, el Tribunal procederá a interpretar cuál era la intención de las partes al pactarlo. Mientras que la Demandada sostiene que se le dieron para iniciar el proyecto de producción, la Actora indica que fueron en carácter de mutuo o como anticipo.

202. El Tribunal se siente persuadido por la postura de la Actora. Es cierto que el texto de la cláusula primera del Contrato no es diáfano, pero la cláusula vigésima octava dice que se le dan "a manera de financiamiento". Ello, aunado a los siguientes acuerdos contenido en el Contrato, milita a favor de dicha interpretación:

a) La cláusula vigésima octava dice que a la terminación del Contrato dicha cantidad debe ser "cubierta". Ello implica la obligación de devolver dicha cantidad.

b) El Contrato no dice que se le da como “anticipo”, como “pago” o por “arras” (o un concepto similar).

203. Refuerza dicha interpretación el que el DEMANDADO suscribió un pagaré. ¿Cómo conciliar la obligación de pago con la pretensión de la Demandada que, dado que se le da para iniciar un proyecto, no tenía que devolverlo?

204. Determinada la existencia del derecho de obtener reembolso, debe analizarse la posible existencia de derecho a cobrar un interés por el mismo.

205. La Actora sostiene que tiene derecho a recibir un interés del 5%,111 mientras que la Demandada lo niega.

206. La cláusula primera del Contrato, al establecer que se le darán US\$29,400 al DEMANDADO no indica nada sobre intereses. Sin embargo, tanto la cláusula vigésima octava como el pagaré si lo hacen. El pagaré dice:

En caso de no cubrir dicha cantidad en esa fecha, se acumulará un interés del 5% mensual hasta que dicha cantidad sea cubierta en su totalidad.

207. La cláusula vigésima octava establece (sic):

En caso de que a la terminación del presente contrato dicha cantidad no sea cubierta, la ACTORA podrá reclamar el pago de dicha cantidad incluyendo un interés moratorio del 5% mensual hasta dicha cantidad sea en su totalidad liquidada.

208. Como puede verse, sí existe pacto sobre el interés; la pregunta se reduce a desde cuándo debe computarse. Y al respecto existen elementos encontrados: mientras que la cláusula vigésima octava contempla el pago de un interés moratorio del 5% mensual a partir de la terminación del Contrato, el pagaré establece la obligación de pagar interés antes de la terminación del Contrato.

209. Lo anterior suscita dudas sobre jurisdicción: si la competencia del Tribunal abarca el contenido obligacional vertido en el pagaré. De no ser el caso, el Tribunal carecería de competencia para conocer de dicha reclamación.

210. El acuerdo arbitral que rige esta controversia establece:

En caso de cualquier controversia y/o reclamación de cualquier naturaleza que surja de este contrato derivada de su incumplimiento, terminación o validez, las partes convienen en resolverla mediante arbitraje obligatorio y definitivo administrado de acuerdo con las Reglas de arbitraje del Centro de Arbitraje de México (CAM), como derecho aplicable en cuanto al fondo se verá regido por los Principios UNIDROIT Aplicables a los Contratos Comerciales

Internacionales, y el idioma del arbitraje el Español. El árbitro será único, y será designado por el CAM. El arbitraje deberá llevarse a cabo en la ciudad de Tijuana, Baja California, México renunciando las partes a cualquier otra competencia que por razón del domicilio o de cualquier otra pudiera corresponderles. El laudo emitido por el (los) árbitro (s) podrá ser ejecutado en cualquier tribunal competente.(énfasis del Tribunal)

211. Como puede observarse, dicho acuerdo es amplio. El texto resaltado alude a “cualquier controversia y/o reclamación de cualquier naturaleza que surja de este contrato”.

212. De la lectura de dicho precepto se encuentran elementos tanto para decidir que el Tribunal es competente para ventilar y decidir sobre la pretensión del interés pactado en el pagaré, y

motivos para rechazarlo. A favor de ello está el argumento textual y teleológico. El texto es amplio y podría considerarse que bajo el mismo cae la reclamación. El teleológico es el pacto genérico de acudir al arbitraje, aunado a que la Demandada no lo ha objetado, por lo que podría entenderse que ha consentido que ello sea resuelto por el Tribunal.

213. En contra de ello hay dos argumentos. El primero es que el derecho al interés no nace del contrato, sino del pagaré, y la jurisdicción del Tribunal está limitada a las controversias contractuales. El segundo es el principio de autonomía del pagaré, que en este acto opera de tal forma de deslindar dicho derecho fuera del ámbito contractual. Después de todo, el que el pagaré sea autónomo de la operación causal necesariamente implica que el contenido obligacional del Contrato está disociado de aquel del pagaré.

214. Un análisis de arbitrabilidad privada debe ser prudente y conservador. Ante el concurso de argumentos descritos el Tribunal decide que el derecho a cobrar el interés de 5% por los US\$29,400 derivado del pagaré está fuera de la jurisdicción de este Tribunal. Al contemplarlo en un pagaré, el acreedor (la Actora) tiene una acción cambiaria en contra del DEMANDADO, mas no una acción contractual (a la cual se circunscribe la competencia de este Tribunal). Su acción contractual se limita a los US\$29,400 y el interés contractual (no el contemplado en el pagaré) que de ello se derive.

215. Como se indicó, la cláusula vigésima octava del Contrato establece que a la terminación del Contrato, LA ACTORA podrá reclamar el pago de los US\$29,400 más un interés moratorio del 5% mensual hasta su pago total. Dado que el Contrato no establece un interés, el Tribunal considera que no puede otorgarlo por la duración del Contrato, sino solo a partir de la terminación del contrato y la emisión de este Laudo Final.

216. Determinada la procedencia del pago de interés se procederá a cuantificarlo.

217. El monto asciende a US\$28,665.00. Ello deriva de multiplicar la cantidad mensual (US\$1,470.00) por los 19.5 meses que transcurrieron desde la terminación efectiva del Contrato (15 de abril de 2005) hasta la fecha de emisión de este Laudo Final.

218. Un aspecto que el Tribunal ha considerado es lo alto de la tasa. Sin embargo, al tratarse de un interés moratorio expresamente pactado por hombres de negocio expertos en su correspondiente rama de la industria, el Tribunal no ve motivo alguno para no dar efectos al pacto. El objetivo de un interés moratorio a diferencia de uno compensatorio es justamente hacer oneroso el retraso en el cumplimiento de una obligación e incentivar su pronto pago.

219. Por consiguiente, el Tribunal decide y ordena que la Demandada debe pagar la cantidad de \$28,665.00 (Veintiocho Mil Seiscientos Sesenta y Cinco Dólares, Moneda de Curso Legal de los Estados Unidos de América 00/100) por concepto de interés determinado en base a una tasa del 5% (cinco por ciento) mensual a partir de la fecha de terminación del Contrato (15 de abril de 2005) y hasta la fecha de pago efectivo de la totalidad del principal y accesorio.

e) Daño moral

220. Como resultado de los incumplimientos del DEMANDADO, EL ACTOR alega haber sufrido daños y perjuicios y daño moral, en virtud de que no pudo cumplir con diversos compromisos contractuales y perdió expectativas de negocios, causando descrédito a EL ACTOR y al Sr. "X". Ello sin perjuicio de que no ha habido reclamaciones de terceros pues la imagen de EL ACTOR se ha visto disminuida en el mercado de Los Ángeles.

221. A la pretensión aplica la contestación genérica de la Demandada en el sentido de que no procede el pago de daños y perjuicios a la Actora en virtud de que la misma no cumplió con su obligación de inscribir el Contrato en el Registro Público de Comercio, en virtud de que el

Demandado también sufrió pérdidas materiales y económicas como consecuencia de las lluvias, y dado que no se probó de manera fehaciente la pérdida sufrida como consecuencia de la paralización en la entrega de los productos.

222. Si bien el artículo 7.4.2(2) de los Principios Unidroit contempla la posibilidad de obtener indemnización por daños no pecuniarios, lo cual incluye daño moral, le corresponde a la Actora demostrar la existencia del daño y cómo indemnizarlo. Y ello no ha tenido lugar. La reclamación está mencionada mas no probada. No hay elemento probatorio alguno que apunte hacia desprestigio de EL ACTOR o el Sr. "X". El posible imaginar que el mismo haya tenido lugar, pero el Tribunal no está dispuesto a suponerlo en ausencia de prueba alguna de la Actora. Por consiguiente, la reclamación por daño moral es rechazada por carencia de elementos probatorios de la misma y del monto de su indemnización.

f) Conclusión

223. Por las razones indicadas, el Tribunal determina que los daños a los que tiene derecho la Actora son:

- i) Daños por violación de la obligación de suministro: US\$279,910.00
- ii) Pena convencional por violación del pacto de exclusividad: US\$69,977.50
- iii) Reembolso de cantidades dadas en mutuo: US\$29,400.00
- iv) Interés por las cantidades dadas en mutuo: US\$28,665.00
- v) Daño moral: US\$0.0

Total: US\$407,952.50

G. LA EXISTENCIA DE DAÑOS Y PERJUICIOS EN DETRIMENTO DEL DEMANDADO COMO RESULTADO DE LOS SUPUESTOS INCUMPLIMIENTOS POR EL ACTOR.

1. Argumentos de la Demandada

224. La parte Demandada solicita el pago de daños y perjuicios por la cantidad de US\$800,000, derivado de los daños sufridos en los invernaderos, y por la "negligencia de la Actora en formalizar el Contrato y en su negativa de contratar un seguro", así como el pago de los correspondientes gastos y costas.

2. Argumentos de la Actora

225. La Actora alega que no procede el pago de daños y perjuicios al DEMANDADO en virtud de que no probó el daño sufrido.

3. Análisis y Opinión del Tribunal

226. El Tribunal no logra comprender porqué la falta de "formalización" de un contrato que es válido y que no requiere ser elevado a escritura y la no contratación de un seguro por la contraparte, que no estaba obligada, genera el deber de cubrir los daños y perjuicios por US\$800,000 por los supuestos daños sufridos en los invernaderos. Tomemos cada uno de los argumentos.

227. En relación con el 'deber de la Actora de obtener el seguro' la Demandada no apunta al fundamento (legal o contractual) de dicha obligación a cargo de la Actora. Solo lo enuncia. En ausencia de un pacto expreso en el Contrato al respecto, la Actora no está obligada a obtener el seguro. Por consiguiente, dicha petición es rechazada por no ser demostrada.

228. En lo concerniente al deber de 'formalizar' el Contrato, el Tribunal no logra entender el fundamento de dicha aseveración. Como se detalló en la sección IV.A de este laudo, el nivel de formalidad de los contratos de suministro es consensual.

Es decir, son válidos por el mero acuerdo de las partes. Dado que el Contrato fue celebrado por escrito y firmado, el mismo rebasó el nivel de formalidad requerido para su validez. Ante ello, el requisito de que el mismo sea otorgado ante escritura pública o registrado carece de sustento legal alguno. Por consiguiente, la pretensión de la Demandada es rechazada.

H. CUALQUIER OTRA RECLAMACIÓN QUE SE DERIVE DE LOS ESCRITOS DE LAS PARTES DE RECLAMACIÓN PRINCIPAL Y RECONVENCIONAL

229. La única reclamación adicional a la lista contemplada en el acta de misión es la procedencia de la 'excesiva onerosidad' como excluyente de responsabilidad. A continuación se ventilará, y luego se motivará el interés contemplado en este Laudo Final.

1. Excesiva Onerosidad (Hardship) a) Argumentos de la Demandada

230. La Demandada ha esgrimido a su favor la teoría excesiva onerosidad, aunque la forma en que lo ha hecho ha sido ambigua. Para respetar la fidelidad de sus pretensiones, se transcribirá su postura al respecto.

231. En la Contestación argumenta que (sic):

De lo narrado de este correlativo se deduce: Que si existió siempre un impedimento natural insuperable provocado por los fenómenos climatológicos en el campo agrícola, y, a el actor le consta, no solo por lo que respecta a las temporadas y estaciones de lluvias en la región diciembre de 2004 y primer trimestre de 2005, sino también por las excesivas erogaciones del señor DEMANDADO para hacer frente a las mismas, lo cual rebaso por mucho no solo su patrimonio sino las expectativas mismas del contrato de comercialización de 29 de septiembre de 2004, y, que, hasta el momento, dichos estragos e impedimentos no los ha logrado superar dicho agricultor, y, no sería factible ni judicial o extrajudicial, adoptar una actitud o medida contraria a dicha tesitura.

232. Continúa aseverando que (sic):

previo anterior, pido sea reproducido en este acto, íntegramente, por lo que cabe concluir señalando que: no podrá existir una relación armoniosa comercial en igualdad de circunstancias, cuando una de las partes en el caso concreto el actor, pretende obtener un beneficio por medio de una actitud dolosa, desafiando por completo las prerrogativas y contenido de un pacto privado de comercialización, que en principio contemplo expectativas de mercado optimas para ambas partes.

233. E insiste que (sic):

Tocante al tema de los invernaderos, estos fueron necesariamente que ser reconstruidos por cuenta exclusiva del señor DEMANDADO, con un costo excesivo tan incosteable como lesivo.

234. En Alegatos menciona que (sic):

POR OTRA PARTE, Y EN ESE MISMO ORDEN DE IDEAS, LA ACTORA, DESDE EL INICIO DEL JUICIO Y A PARTIR DEL IMPULSO DE SU ESCRITO O SOLICITUD DE INICIO, DENOMINADO DICHO ACTO PROCESAL COMO 'DEMANDA ARBITRAL', LA MISMA, FUE PREVENIDA PARA QUE, FUERA CORREGIDA POR DEFECTUOSA E IRREGULAR, COMPARECIENDO POSTERIORMENTE, PARA CON TODO GOCE DE CIERTOS DERECHOS Y PRIVILEGIOS LA ENMENDARA Y ASI DE ESA MANERA VENIR A JUICIO RECLAMANDO SUS INANVERTIDAS, INFUNDADAS, TEMERARIAS Y DESMEDIDAS PRETENCIONES PRINCIPALES Y ACCESORIAS, LO CUAL, CONSTITUYE A

LA FECHA UN ACTO INMINENTE Y NOTORIO DE EXCESIVA CONCESION, HONORABILIDAD, Y, DESDE LUEGO DE EXCESIVA ONEROSIDAD (HARDSHIP), LO CUAL, ES DESDE LUEGO UNA INMOTIVADA ACTITUD DEL ACTOR EN SU DEMANDA, ASI COMO UNA VIOLACION RECURENTE A LO ESTABLESIDO POR EL NUMERAL 6.2.1, DE LOS PRINCIPIOS REGULADORES DEL JUICIO CONOCIDOS COMO UNUDROIT. (énfasis del Tribunal)

b) Argumentos de la Actora

235. La Actora sostiene que no procede invocar la teoría de Excesiva Onerosidad pues el DEMANDADO continuaba obligado al cumplimiento con sus obligaciones no obstante el Contrato se hubiera tornado más oneroso para él, en virtud de los riesgos que conlleva su profesión. Además resulta improcedente invocar dicha teoría, pues es alternativa (no aditiva) a la invocación de Fuerza Mayor, como lo hizo el DEMANDADO.

c) Análisis y Opinión del Tribunal

236. La teoría de excesiva onerosidad está regulada en tres artículos de los Principios Unidroit. Mientras que el artículo 6.2.1 establece la regla, el 6.2.2 establece la excepción y el 6.2.3 contempla sus efectos. Procedamos a considerar cómo se conjugan en este caso.

237. El artículo 6.2.1 establece:

Artículo 6.2.1

(Obligatoriedad del contrato)

Cuando el cumplimiento de un contrato llega a ser más oneroso para una de las partes, esa parte permanece obligada, no obstante, a cumplir sus obligaciones salvo lo previsto en las siguientes disposiciones sobre “excesiva onerosidad” (hardship).

238. Como puede verse, dicho precepto contempla el principio de obligatoriedad de los Contratos, e incluye como excepción a la excesiva onerosidad, misma que está regulada en el artículo 6.2.2, al disponer:

Artículo 6.2.2

(Definición de la “excesiva onerosidad” (hardship))

Hay “excesiva onerosidad” (hardship) cuando el equilibrio del contrato es alterado de modo fundamental por el acontecimiento de ciertos eventos, bien porque el costo de la prestación a cargo de una de las partes se ha incrementado, o porque el valor de la prestación que una parte recibe ha disminuido, y:

- (a) dichos eventos acontecen o llegan a ser conocidos por la parte en desventaja después de la celebración del contrato;
- (b) los eventos no pudieron ser razonablemente tenidos en cuenta por la parte en desventaja en el momento de celebrarse el contrato;
- (c) los eventos escapan al control de la parte en desventaja; y
- (d) el riesgo de tales eventos no fue asumido por la parte en desventaja.

239. Los elementos que dicho precepto requiere para estar en presencia de la excluyente son:

- a) Que eventos afecten fundamentalmente el equilibrio contractual ya sea porque (i) incrementen el costo de cumplimiento del contrato; o (ii) se reduzca el valor de la prestación a la que tenga derecho.
- b) Que sean sobrevenientes: ocurran después de celebrado el Contrato;
- c) Que sean imprevisibles: no era razonablemente posible que la parte en desventaja los tomara en cuenta al momento de celebrar el Contrato;
- d) Que sean incontrolables: que los eventos estén fuera del control de la parte en desventaja; y
- e) Que el riesgo de los eventos no haya sido asumido por la parte en desventaja.

240. El Tribunal valorará si en este caso debe aplicarse la excepción, o si debe permanecer la regla.

i) Afectación fundamental del Equilibrio Contractual

241. La alteración fundamental del equilibrio contractual puede manifestarse de dos maneras: incremento sustancial en el costo de cumplir con la obligación; y la reducción sustancial del valor de la contraprestación. En opinión del Tribunal el evento meteorológico encarece el cumplimiento por la Demandada de la obligación de suministrar los Productos. Ante ello, la duda se torna en si dicho cambio es “fundamental”. La respuesta es afirmativa, por dos motivos: afecta el corazón del contrato (el suministro de Productos), y lo hace dramáticamente. Este adjetivo es importante pues si la afectación no fuera dramática, fundamental, no se estaría en presencia de ‘excesiva onerosidad’.

ii) Imprevisibilidad

242. Es indudable que el evento meteorológico era, a la fecha de celebración del Contrato, imprevisible.

iii) Ausencia de Control

243. También está fuera de duda que el evento meteorológico estaba fuera del control de la Demandada.

iv) Asunción de Riesgo

244. El Tribunal opina que la Demandada asumió el riesgo.

245. El motivo por el cual las partes celebran un contrato de suministro es doble: del lado de la oferta, para garantizar un comprador y que el productor no se quede sin la posibilidad de canalizar su producción. Del lado de la demanda, para garantizar que el volumen deseado de abasto estará disponible. En ausencia de dicho deseo, la celebración de un contrato de suministro carecería de sentido: las partes pueden simplemente ofrecer el producto como habitualmente sucede, o realizar órdenes de compra. ¿Para qué vincularse contractualmente?

246. Entendido así, el contrato de suministro es, en esencia, un acuerdo por el cual se disipa el riesgo. La parte oferente ya no tiene que preocuparse de la situación del mercado, pues dicho riesgo ahora es a cargo del comprador (quien se ha comprometido a adquirir un volumen determinado); y la parte compradora ya no tiene que preocuparse de la existencia del producto, pues dicho riesgo es a cargo del vendedor (quien se ha comprometido a producir (u obtener, de ser necesario) el producto y volumen en cuestión). Entendido lo anterior, el riesgo de la ocurrencia de un evento que afecte la producción del Producto recae sobre el productor. Para entender porqué, contémplese el otro lado de la moneda contractual: si hubiera existido una disminución de la demanda del Producto en el mercado de Los Ángeles, LA ACTORA no hubiera podido (válidamente) argüir dicha circunstancia como motivo para no cumplir con su obligación de pagar por el Producto suministrado por el DEMANDADO.

247. Por consiguiente, el Tribunal opina que el riesgo del evento meteorológico era bajo el Contrato? a cargo de la Demandada.

v) Conclusión

248. En opinión del Tribunal, no se actualizan todos los elementos de la excepción de excesiva onerosidad. Dado que los mismos deben de ser interpretados en forma estricta pues son una excepción al principio de obligatoriedad de los contratos, la excepción se tiene por no actualizada. Por consiguiente, los efectos jurídicos no proceden.

249. El Tribunal no desea dejar de hacer ver una contradicción: aun suponiendo que se

actualizara la excepción, es cuestionable que el resultado sea el que la Demandada postula.

250. La Demandada desea que se le excluya de responsabilidad por la excesiva onerosidad que cumplir el Contrato hubiera significado dado El Niño. Pero la consecuencia jurídica que el artículo 6.2.3 de los Principios Unidroit contemplan para el caso de actualizarse la 'excesiva onerosidad' es que da derecho a la parte en desventaja de iniciar negociaciones con miras a contractualmente solucionar el desequilibrio. Si las mismas no prosperan, se puede, previa solicitud y una vez transcurrido un plazo razonable, acudir a un tribunal y solicitar ya sea (1) la terminación del contrato; o (2) la adaptación del contrato para restaurar el equilibrio.

251. Ninguna de dichas opciones está siendo ejercida, y no existe aseveración o prueba alguna que la Demandada haya solicitado a la Actora una negociación con miras a restaurar el equilibrio contractual. Como ha sido esgrimida y (lacónicamente) litigada, se busca que la excesiva onerosidad funja como una excluyente de responsabilidad contractual. Dado que los Principios Unidroit no le otorgan dicho efecto, aunque hubiera estado presente, no tendría el efecto jurídico deseado.

252. Por lo anterior, el Tribunal rechaza la pretensión en el sentido de liberar de responsabilidad a la Demandada por concepto de excesiva onerosidad.

2. Interés del Laudo Final

253. Dado que el dispositivo de este Laudo Final contempla un interés, a continuación se motivará el origen del mismo.

254. Los Principios Unidroit establecen que:

Artículo 7.4.9

(Intereses por falta de pago de dinero)

(1) Si una parte no paga una suma de dinero cuando es debido, la parte perjudicada tiene derecho a los intereses sobre dicha suma desde el vencimiento de la obligación hasta el momento del pago, sea o no excusable la falta de pago.

(2) El tipo de interés será el promedio del tipo de préstamos bancarios a corto plazo a favor de clientes calificados y predominante para la moneda de pago en el lugar donde éste ha de ser efectuado. Cuando no exista tal tipo en ese lugar, entonces se aplicará el mismo tipo en el Estado de la moneda de pago. En ausencia de dicho tipo en esos lugares, el tipo de interés será el que sea apropiado conforme al derecho del Estado de la moneda de pago.

255. Dado que el Contrato no establece lugar de pago pero la moneda de pago es dólares de los Estados Unidos de América, el Tribunal siguiendo lo dispuesto por el artículo 7.4.9(2) de los Principios Unidroit ha utilizado la tasa 'prime rate' para préstamos en dólares de Estados Unidos de América, misma que para noviembre de 2006 asciende a 8.25%. Dicha tasa será aplicable a partir de la emisión de Laudo Final y hasta la fecha de pago efectivo de la totalidad del principal y accesorio.

[...]

<http://www.unilex.info/case.cfm?pid=2&do=case&id=1149&step=Abstract>