

X CONCURSO DE ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL

CENTRO DE ARBITRAJE DE MÉXICO

ESCRITO PARTE ACTORA

EQUIPO # 11

ÍNDICE

Definiciones.....	I
Tabla de autoridades.....	II
Referencias de Internet	III
Tesis aisladas	IV
I.- Introducción	1
II.- El derecho aplicable al caso	2
III.- El Tribunal Arbitral es competente para resolver la presente controversia ..	3
(i) La supuesta terminación del Contrato no afecta necesariamente la validez de la Cláusula Arbitral.....	3
(ii) La cláusula arbitral es válida de acuerdo con la ley de la sede	3
(iii) El ámbito de validez de la cláusula arbitral abarca la presente controversia	4
IV.- La garantía fijada por el árbitro de urgencia debe ser modificada	5
(i) La Medida Precautoria es un mecanismo contractual.....	5
(ii) El Tribunal tiene plena competencia para modificar la garantía	6
V.- El contrato sigue vigente.....	6
(i) Web Design incumplió con sus obligaciones contractuales	7
(a) La falla en el sistema no se puede justificar	8
(ii) No se cumplieron con los requisitos exigidos por el Contrato para su terminación	10
(a) Notificaciones	10
VI. Web Design debe ser condenado por la interrupción del servicio	11
VII. Marianela debe ser absuelta del pago de indemnizaciones	12
VIII. Web Design debe pagar los gastos y costas del arbitraje	12
IX. Pretensiones	12

Definiciones

Por	Se entenderá
§	Párrafo
CAM	Centro de Arbitraje de México
Cláusula Arbitral	Acuerdo arbitral que pactaron las Partes
Código Civil	Código Civil Federal de México
Contrato	Contrato celebrado entre Marianela y Web Design el 20 de julio de 2007
Interrupción del Servicio	La interrupción al servicio ocurrida durante los días del 10 al 17 de diciembre de 2009
Partes	Las partes contratantes, es decir, Web Design S.A. y Marianela México S.A. de C.V.
Ley Arbitral	Ley de Arbitraje Comercial del Congreso de la República de Venezuela
Ley Modelo	Ley Modelo sobre Arbitraje Internacional de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional
Lineamientos del CAM	Lineamientos del Centro de Arbitraje de México para el Nombramiento de Árbitros, vigentes a partir del 1 de junio de 2010.
Marianela	Marianela México, S.A. de C.V.
Marianela Venezuela	Marianela Venezuela, empresa subsidiaria de Marianela
Orden Procesal	Orden Procesal que envió el Tribunal Arbitral a las Partes [Agenda del caso §31]
p. / pp.	página / páginas
Página Web	Tienda en línea de Marianela, diseñada y administrada por Web Design
Reglas del CAM	Reglas de Arbitraje del Centro de Arbitraje de México, vigentes a partir del 1 de julio de 2009.
SCJN	Suprema Corte de Justicia de la Nación (México)
ss.	Siguientes

Servicio(s)	Prestación por parte de Web Design de hospedar, administrar y mantener disponible la Tienda en Línea a público en general
Suspensión del Servicio	Suspensión del servicio ocurrida durante los días del 21 al 22 de febrero de 2010.
UNIDROIT	Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado
Principios UNIDROIT	Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales 2004, publicados por UNIDROIT, disponibles en: http://www.unidroit.org/ Consulta: 1 de diciembre de 2010
USD	Dólares de los Estados Unidos de América
Web Design	Web Design, S.A.

Tabla de autoridades

Amuchategui Requena	Griselda Amuchategui Requena, <i>Derecho Penal</i> , Oxford, México, tercera edición, 2008.
Born	Gary Born, <i>International Arbitration and Forum Selection Agreements: Drafting and Enforcing</i> , Kluwer Law, Den Haag, 2006.
Gaillard et al.	Emmanuel Gaillard y John Savage, <i>Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration</i> , Kluwer Law, Den Haag, 1999.
González de Cossío	Francisco González de Cossío, <i>Arbitraje</i> , Porrúa, México, segunda edición, 2008.
Lew, Mistelis y Kröll	Julian Lew, Loukas Mistelis y Stefan Kröll, <i>Comparative International Commercial Arbitration</i> , Kluwer Law, Den Haag, 2003.
Marín	Juan Carlos Marín González, <i>Las Medidas Cautelares en el Proceso Civil</i> . Porrúa, México, 2004.
Redfern & Hunter	Alan Redfern y Martin Hunter, <i>Law and practice of international commercial arbitration</i> , Thomson, cuarta edición, 2007.
Yesilirmak Ali	Yesilirmak Ali, "Provisional Measures", en Loukas Mistelis y Julian Lew, <i>Pervasive Problems in International Arbitration</i> , Kluwer Law, Den Haag, 2006.
Jiménez	Dyalá Jiménez Filgueres, <i>Multi-tiered dispute resolution clauses in ICC arbitration</i> , International Court of Arbitration Bulletin, Vol. 14 No. 1, primavera de 2003.

Referencias de Internet

IBM	<p>IBM DB2 Utility Update: Las mejores prácticas (best practices): ftp://ftp.boulder.ibm.com/software/data/db2imstools/db2tools/pdf/db2utilsuite-best_practices.pdf Disponible en: http://www.pdfgratis.org/las-mejores-practicas (pp 48-59). Consulta: 20 /11/10.</p>
Graham	<p>James Graham, “¿Hacia una obligación de resultado en materia de seguridad de redes?”, <i>Revista Alfa-Redi</i>. Disponible en: http://www.alfa-redi.org/rdi-articulo.shtml?x=222. Consulta: 17/11/10.</p>
Parellada	<p>Carlos Alberto Parellada, “Daños en la actividad judicial e informática desde la responsabilidad civil”, <i>Revista Alfa-Redi</i>. Disponible en: http://www.alfa-redi.org/rdi.shtml Consulta: 18/11/10.</p>
Vizcaya López	<p>Grupo Editorial IBM: https://www.ibm.com/developerworks/dwwi/jsp/WSLogin.jsp Consulta: 18/11/10.</p>
Natan	<p>Ron Ben Natan, Ph.D., IBM, Best practices for database security, information governance and compliance. Disponible en: http://events.techtarget.com/DatabaseSecurity/ Consulta: 18/11/10.</p>
Fragoso Rodríguez	<p>Entrevista realizada al Dr. Uciel Fragoso Rodríguez el 20 de Noviembre de 2010. El Dr. Fragoso es Coordinador de Redes y Telecomunicaciones del Centro de Cómputo de una Universidad Privada. Sus datos curriculares son:</p> <ul style="list-style-type: none"> * Ingeniería electrónica con especialidad en Sistemas Digitales, Universidad Autónoma Metropolitana, México (1986) * Maestría en Ciencias de la Computación, Colegio Imperial, Londres Inglaterra (1990) * Doctor en Informática, Instituto Nacional de Telecomunicaciones, Francia (2010) <p>Tel. 56284137. El currículum completo del Dr. Fragoso está disponible en: http://www.corporatet.com/masterict/uciel-fragoso-rodriguez.php</p>

Tesis aisladas

<i>Tesis 246,205</i>	Tesis aislada emitida por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Sala Auxiliar, visible en el <i>Semanario Judicial de la Federación, Séptima Época</i> , Séptima Parte, página 17. El rubro de la tesis es: “CASO FORTUITO Y FUERZA MAYOR. LAS DIFICULTADES DE ORDEN TÉCNICO Y LA INCOSTEABILIDAD DE LA OPERACIÓN NO CONSTITUYEN CASO FORTUITO NI FUERZA MAYOR Y, POR LO TANTO, SI EL ACTOR, ESTIMANDO LO CONTRARIO, DEMANDO LA RESCISIÓN DEL CONTRATO RESPECTIVO, LA ACCIÓN EJERCITADA RESULTA IMPROCEDENTE” .
<i>Tesis 183,068</i>	Tesis VI.2o.C.360 C emitida por los Tribunales Colegiados de Circuito, disponible en el <i>Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta</i> , Novena Época, Tomo XVIII, Octubre de 2003, página: 1002. El rubro de la tesis es: “DOCUMENTOS TRANSMITIDOS VÍA FAX. AL SER SUSCEPTIBLES DE ALTERACIÓN, MERECE EL VALOR PROBATORIO DE UN INDICIO” .

1. En cumplimiento a la Orden Procesal, en el presente escrito se precisa la posición de Marianela respecto de: 1) la competencia del Tribunal Arbitral para resolver acerca de la terminación del Contrato y sus consecuencias; 2) la procedencia de un cambio de la garantía fijada por el árbitro de urgencia; 3) la vigencia del Contrato; 4) la procedencia de una indemnización a favor de Marianela por la interrupción del servicio; y, 5) la improcedencia de la indemnización a Web Design por el supuesto incumplimiento del Contrato.

I. Introducción

2. Marianela es una tienda departamental con presencia en gran parte de Latinoamérica; Web Design es una empresa líder dedicada a prestar servicios de Internet. El objetivo del Contrato ha sido la creación de una Página Web administrada por Web Design, a través de la cual se vendieran los productos de Marianela. La obligación por parte de Web Design ha consistido en prestar los Servicios de forma óptima e ininterrumpida, 24 horas al día, 365 días al año. Como contraprestación se ha pactado un pago de USD \$15,000.00, mensuales.
3. En el mes de diciembre de 2009, la Página Web falló de manera injustificada. La interrupción en el Servicio duró siete días, siete horas y treinta y cinco minutos. Ante tal falla, Marianela solicitó una indemnización conforme a la cláusula décimo tercera del Contrato, por las pérdidas que sufrió. Web Design argumentó que la falla era atribuible a Marianela aduciendo que ésta había enviado un archivo infectado con un virus informático.
4. Marianela, conforme al Contrato, respondió que compensaría sus pérdidas con los pagos mensuales que le debía a la primera. Ante tal respuesta, Web Design envió a Marianela Venezuela, con copia a Marianela, un aviso de la terminación del Contrato sin cumplir las formalidades pactadas en éste. Posteriormente, se llevaron a cabo reuniones entre Web Design y Marianela Venezuela a fin de llegar a un arreglo en cuanto a la indemnización que debía proceder por la interrupción del servicio en el mes de diciembre. En ellas no se discutió la terminación del Contrato.
5. En febrero de 2010, Web Design decidió unilateralmente dar por terminado el Contrato, suspendiendo el Servicio y colocando en la Página Web la leyenda “*suspensión de servicios por causas ajenas a Web Design*”. Al día siguiente, Marianela exigió el restablecimiento del Servicio; Web Design accedió y lo restableció.

6. En marzo de 2010, Marianela recibió una factura por los Servicios recibidos durante el periodo comprendido entre el 22 de febrero y el 31 de marzo del 2010, con un aumento del 25% en relación al monto de la contraprestación establecida en el Contrato, sin explicación alguna en cuanto al porqué de dicho aumento. Marianela rechazó cubrir dicho monto y comunicó a Web Design que iniciaría un procedimiento arbitral en su contra.
7. En su escrito de demanda Marianela solicitó como providencia precautoria que Web Design siguiera prestando los Servicios y que la contraprestación mensual a pagar fuera la establecida en el Contrato, en tanto la controversia quedaba resuelta. Web Design contestó *ad cautelam* que el Contrato había terminado. El árbitro de urgencia ordenó la providencia precautoria solicitada y fijó una garantía consistente en el depósito de USD \$45,000.00, cantidad calculada a partir de la diferencia entre la contraprestación mensual pactada en el Contrato (USD \$15,000.00) y la nueva considerada por Web Design (USD \$18,750.00), es decir, (USD \$3,750.00) multiplicada por 12 meses, según determinación del mismo árbitro de urgencia.
8. En virtud de lo anterior, Marianela solicita que: 1) el Tribunal declare que el Contrato continúa vigente y que, por lo tanto, el precio por los Servicios es el establecido en el mismo; 2) se condene a Web Design a pagar los daños y perjuicios derivados de la suspensión del Servicio durante el mes de febrero; 3) se elimine la garantía fijada por el árbitro de urgencia y se actúe conforme al Contrato; y, 4) se condene a Web Design a cubrir los gastos y costas del presente arbitraje.

II. El derecho aplicable al caso

9. El derecho aplicable al presente caso deriva de la Cláusula Arbitral contenida en el Contrato¹. Derivado de dicha Cláusula Arbitral se estima que el derecho aplicable es el siguiente: 1) las Reglas del CAM vigentes al momento en que inicie el procedimiento; 2) el derecho aplicable al fondo de la controversia es el mexicano; y, 3) la sede del arbitraje es la Ciudad de Mérida, República Bolivariana de Venezuela, razón por la cual serán las leyes venezolanas las que determinen la validez de la Cláusula Arbitral.
10. Asimismo, dado que la materia del presente contrato no se encuentra suficientemente regulada por el derecho nacional, y dado que las partes tienen su residencia en diferentes países, resulta conveniente hacer referencia a los principios UNIDROIT, ya

¹ Cláusula trigésima cuarta p. 6 de la Agenda del caso.

que éstos “establecen reglas generales aplicables a los contratos mercantiles internacionales” y “pueden ser utilizados para interpretar o complementar el derecho nacional” [*Preámbulo, principios UNIDROIT*].

III.- El Tribunal Arbitral es competente para resolver la presente controversia

11. De acuerdo con el principio de *compétence-compétence* este Tribunal Arbitral está facultado para decidir acerca de su propia competencia [Cfr. *Gaillard, et al p. 365*; Cfr. *Redfern & Hunter, p. 30*]. Haciendo uso de dicha facultad, el Tribunal puede resolver que es competente para el presente caso por las siguientes razones: (i) la supuesta terminación del Contrato no tiene incidencia sobre la validez de la Cláusula Arbitral; (ii) la Cláusula Arbitral cumple con los requisitos de validez de la ley de la sede; y, (iii) el ámbito de validez de la Cláusula Arbitral abarca la presente controversia.

(i) La supuesta terminación del Contrato no afecta necesariamente la validez de la Cláusula Arbitral

12. Como se argumentará más adelante, Marianela considera que el Contrato sigue plenamente vigente. Sin embargo, si este Tribunal Arbitral llegara a una conclusión diferente, en nada afectaría la competencia del Tribunal, debido a que la cláusula arbitral no ha dejado de ser válida. La doctrina reconoce que aun terminado el Contrato el acuerdo arbitral puede seguir siendo válido, de acuerdo con el principio de autonomía [Cfr. *Gaillard et al p. 209 y ss.*; *Lew, Mistelis y Kröll, p. 101 y ss.*]. En este sentido, el artículo 7° de la Ley Arbitral establece que el acuerdo de arbitraje que forme parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del mismo, disposición que deriva del artículo 1° de la Ley Modelo. Por lo tanto, aún en el caso en que el Tribunal Arbitral llegara a considerar que el Contrato terminó, dicha determinación no necesariamente implicaría que la Cláusula Arbitral fuera inválida [Cfr. *Gaillard et al 210*].

(ii) La cláusula arbitral es válida de acuerdo con la ley de la sede

13. La cláusula arbitral es válida si cumple con los requisitos de los principios generales de los contratos de la ley general venezolana. Además, dicha cláusula debe cumplir con los requisitos que establezca la ley arbitral venezolana. En el presente caso, la cláusula arbitral cumple con ambas leyes. El Código Civil Venezolano, en su artículo 1142, establece los siguientes dos requisitos de validez para los contratos: (1) consentimiento de las partes; y (2) objeto que pueda ser materia de contrato. La Cláusula Arbitral cumple con ambos requisitos. El primero, dado que las Partes se

obligaron voluntariamente y no hubo vicios en el consentimiento. El segundo, ya que en el presente caso, el objeto del Contrato puede ser materia contractual, al no estar prohibida por la ley. Ninguno de estos requisitos ha sido objeto de reclamación por alguna de las Partes.

14. Por otro lado, la Cláusula Arbitral también cumple con los requisitos formales de la Ley Arbitral de Venezuela. De acuerdo con el artículo 6° de la Ley Arbitral, se establece que el acuerdo de arbitraje deberá constar por escrito en cualquier documento que deje constancia de la voluntad de las partes de someterse a arbitraje. En el caso, ello se cumple ya que las Partes voluntariamente firmaron un documento que la contenía: el Contrato [*Agenda del caso §8*].
15. Además, en cumplimiento con el artículo 3° de la Ley Arbitral, la materia es arbitrable. Las cuestiones relativas al arbitraje que no estén expresamente excluidas deben ser resueltas conforme al principio pro-arbitraje, por lo que cualquier interpretación sobre la inarbitrabilidad de la materia, si no es resuelta de manera expresa dentro de la ley, debe interpretarse de manera restrictiva [*Cfr. González de Cossío, p.127*].
16. En virtud de lo anterior, se concluye que la Cláusula Arbitral es válida, dado que cumplió con los requisitos de validez exigidos por la Ley Arbitral.
(iii) El ámbito de validez de la cláusula arbitral abarca la presente controversia
17. La cláusula trigésima cuarta del Contrato establece un mecanismo para la solución de controversias que suele denominarse como “escalonado” [*Cfr. Born, p. 83; Jiménez, p. 71*]. Para la resolución de cualquier controversia derivada del Contrato, las Partes se comprometieron, en primer lugar, a *intentar* resolverlas a través de una mediación. En segundo lugar, en caso de no llegar a un acuerdo, a someter sus diferencias a un procedimiento arbitral. Dado que, por un lado, la presente disputa deriva de un incumplimiento del Contrato [*Agenda del caso §18-20*] y por otro, las partes agotaron la etapa de mediación sin que llegaran a un acuerdo [*Agenda del caso §22*], se concluye que la presente controversia entra dentro del ámbito de validez de la Cláusula Arbitral.
18. Dado que: (i) la supuesta terminación del Contrato no implica que la Cláusula Arbitral sea inválida; (ii) la Cláusula Arbitral es válida; y, (iii) la controversia está relacionada con el incumplimiento del Contrato, el Tribunal Arbitral es competente para conocer de la presente controversia.

IV.- La garantía fijada por el árbitro de urgencia debe ser modificada

19. En la demanda de arbitraje Marianela solicitó como providencia precautoria de urgencia, en tanto la controversia quedara resuelta, que Web Design siguiera prestando los Servicios y que la contraprestación mensual a pagar fuera la establecida en el Contrato [*Agenda del caso* §22]. El árbitro de urgencia fijó una garantía de USD \$45,000.00. Es importante mencionar que Marianela pagó a Web Design el servicio prestado del 22 de febrero al 31 de marzo de 2010, con base al monto mensual fijado en el Contrato. Sin embargo, se considera que al ser la medida precautoria un mecanismo previamente pactado entre las partes, no debería ser necesario que Marianela pague como garantía una cantidad mayor a la contraprestación establecida en el Contrato.
20. Atendiendo a la finalidad de la fijación de una garantía para la procedencia de la medida cautelar, encontraremos que ésta busca evitar los posibles daños y perjuicios que puedan ocasionársele a la contraparte [*Marín, p. 267 y ss.*]. En el presente caso, en cumplimiento a lo ordenado por el árbitro de urgencia, Marianela ha pagado la contraprestación por el Servicio conforme a lo establecido en el Contrato. Por su parte, Web Design aun no ha saldado la deuda derivada de la interrupción del Servicio ocurrida en diciembre [*Agenda del caso* §26], monto que resulta superior a la garantía fijada. Por lo tanto, se estima que resulta innecesaria la imposición de dicha garantía, dado que los daños y perjuicios que se pudieran ocasionar a Web Design podrían ser compensados con dicho adeudo.
21. A continuación se argumentará que debe modificarse la garantía debido a que: (i) la medida precautoria es un mecanismo contractual; y, (ii) el Tribunal tiene plena competencia para modificarla.
 - (i) **La medida precautoria es un mecanismo contractual**
22. La cláusula décima tercera del Contrato menciona que el Servicio deberá prestarse de forma ininterrumpida, inclusive en el supuesto del inicio de un procedimiento arbitral [*Agenda del caso* §28(a)]. La medida precautoria solicitada coincide con el contenido de dicha cláusula ya que se solicitó con la pretensión de que Web Design cumpliera con su obligación de seguir prestando el Servicio. Por ello, la garantía fijada por el árbitro de urgencia es redundante y, por tanto innecesaria, al sólo reafirmar la obligación de Web Design de cumplir con el Contrato.

23. En virtud de lo anterior, desde el punto de vista de Marianela, la imposición de la garantía es una carga extra en contra del procedimiento pactado en el Contrato. Sin embargo, en caso de que el Tribunal Arbitral decidiera que es justificado establecer una garantía, el monto de la misma debe ser modificado para que sea equivalente sólo al monto de la contraprestación establecida en el Contrato por la prestación del Servicio de Web Design y no la establecida por el árbitro de urgencia.

(ii) El Tribunal tiene plena competencia para modificar la garantía

24. La competencia del Tribunal para conceder o modificar medidas precautorias dictadas por el árbitro de urgencia deriva de la incorporación en la Cláusula Arbitral de reglas institucionales [*Cfr. Yesilirmark Ali, p. 191*], en este caso las Reglas del CAM. Éstas establecen en su artículo 30, que el árbitro tiene la capacidad para conceder medidas precautorias. Una vez que el árbitro de urgencia ordena la medida precautoria de urgencia –y en este caso el monto de la garantía– termina su función. Sin embargo, esto no implica que sus resoluciones no puedan ser modificadas por el Tribunal Arbitral que se constituya para resolver el fondo de la disputa. El artículo 30 Bis, fracción IV, de las Reglas del CAM, establece claramente que el árbitro que conozca del fondo podrá modificar o suspender la providencia precautoria otorgada por el árbitro de urgencia. Así, se considera que el Tribunal Arbitral es competente y puede realizar un cambio a la garantía fijada por el árbitro de urgencia.
25. En conclusión, se considera procedente que se realice un cambio a la garantía fijada por el árbitro de urgencia, ya que, como se señaló: (i) la medida precautoria es un mecanismo previamente establecido en el Contrato; y, (ii) el Tribunal Arbitral tiene competencia para conceder un cambio en la garantía fijada por el árbitro de urgencia.

V.- El contrato sigue vigente

26. El Contrato continúa siendo vigente toda vez que la terminación aducida por Web Design contraviene el artículo 1949 del Código Civil². La anterior afirmación encuentra sustento en las siguientes razones: (i) Web Design se encontraba en incumplimiento al momento de iniciar el procedimiento de terminación; y además, (ii) no se cumplieron con los requisitos exigidos por el Contrato para su terminación.

²Código Civil artículo 1949: “La facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas, para el caso de que uno de los obligados no cumpliere lo que le incumbe. El perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y perjuicios en ambos casos. También podrá pedir la resolución aún después de haber optado por el cumplimiento, cuando éste resultare imposible”.

(i) Web Design incumplió con sus obligaciones contractuales

27. En el §3 del presente escrito se menciona que hubo un incumplimiento por parte de Web Design en diciembre de 2009. De acuerdo con la cláusula décima tercera del Contrato, Web Design se obligó a prestar el Servicio de manera ininterrumpida sin ninguna condición adicional a la contraprestación a la que Marianela se encontraba obligada [*Agenda del Caso §11(b)*]. Sin embargo, Web Design incumplió con dichas obligaciones al interrumpir el Servicio del 10 al 17 de diciembre [*Agenda del Caso §12*].
28. Para comprender el tipo de obligación a la que se sujetó Web Design, el Tribunal Arbitral debe tener en cuenta que la regulación de servicios electrónicos es aún escasa. Por ello, las empresas que ofrecen este tipo de servicios lo hacen utilizando como marco de referencia la doctrina y los estándares derivados de las prácticas del mercado. En este sentido, un proveedor informático asume obligaciones de resultado, mientras que el usuario espera un producto funcional de una aplicación de un equipo o programa [*Parellada*]. Considerar que las obligaciones de un prestador de servicios son de resultado implica imponerle a aquél la carga de acreditar la existencia de una causa ajena a las condiciones y calidad de su propio desempeño, cuando el servicio ha sido prestado de forma defectuosa [*Parellada*].
29. En el presente caso, en la cláusula vigésima del Contrato se estableció que Web Design sería responsable por los daños y perjuicios que ocasionare a Marianela por fallas en el Servicio, salvo que dichos daños fueran resultado de caso fortuito o fuerza mayor [*Agenda del caso §28(a)*]. Es decir, se estableció que el único incumplimiento justificable por parte de Web Design sería tratándose de un “caso fortuito” o de una “causa de fuerza mayor”.
30. El artículo 1194 del Código de Comercio establece que quien realiza una afirmación está obligado a probarla³. Dado que el Contrato establece que el Servicio debe prestarse de forma ininterrumpida, salvo caso fortuito o fuerza mayor, le corresponde a Web Design justificar la razón de su incumplimiento. No obstante lo anterior, a continuación se procederá a explicar porqué el incumplimiento de Web Design no puede justificarse bajo esos supuestos.

³ Código de Comercio, Artículo 1194.- El que afirma está obligado a probar. En consecuencia, el actor debe probar su acción y el reo sus excepciones.

(a) La falla en el sistema no se puede justificar

31. La SCJN ha establecido que por caso fortuito y fuerza mayor deben entenderse los sucesos de la naturaleza o de hechos del hombre que siendo extraños al obligado lo afectan en su esfera jurídica, impidiéndole temporal o definitivamente el cumplimiento parcial o total de una obligación, sin que tales hechos le sean imputables directa o indirectamente por culpa [*Tesis aislada 246,205*]. La diferencia entre ambas figuras radica en que, tratándose de un “caso fortuito”, la afectación se deriva de hechos de la naturaleza y en caso de “fuerza mayor”, de la voluntad de un tercero distinto de los sujetos de la relación jurídica.
32. La doctrina explica que los elementos constitutivos de la fuerza mayor como hecho eximente de responsabilidad contractual y extracontractual son: la inimputabilidad, la imprevisibilidad y la irresistibilidad [*Cfr. Amuchategui Requena p. 98*]. La imprevisibilidad del caso fortuito se juzga tomando como criterio la normalidad o la frecuencia del acontecimiento. Si tal acontecimiento es frecuente no constituye un caso fortuito, porque el obligado razonablemente ha debido preverlo, o bien abstenerse de contraer el riesgo de no creer que podría evitarlo [*Cfr. Amuchategui Requena p. 98*]. En el presente caso, la falla no puede constituir un “caso fortuito” o “caso de fuerza mayor”, debido a que no se cumple con el requisito de imprevisibilidad: Web Design no sólo podía evitar el daño, sino que contractualmente estaba obligado a que el Servicio funcionará correctamente, por lo que no puede ser eximido de culpa.
33. Web Design alega que la falla en su sistema fue ocasionada por un virus *troyano* que contenía uno de los archivos enviados por Marianela [*Agenda del Caso §14*]. Si ello fuera cierto, habría que decir que un virus es un evento común en el mundo cibernético. El hecho de que los virus sean riesgos comunes ha suscitado una literatura abundante sobre el tema, así como el desarrollo de programas de detección y de supresión de los mismos [*Graham*]. Así, las empresas que se encargan de proveer servicios electrónicos deben contar con medidas de seguridad informática que protejan sus sistemas. Por ejemplo, programas antivirus, *firewalls*, etc. [*Natan*].
34. En el último de los casos, empresas como Web Design conocen el riesgo del posible fallo de estas medidas, por lo que deben contar con un protocolo mínimo de seguridad que en caso de un fallo crítico del sistema permita restablecer el servicio de

manera rápida, mediante respaldos de configuración y de restablecimiento de datos [IBM].

35. De acuerdo con el artículo 1.9 UNIDROIT, las partes están obligadas por cualquier uso que sea ampliamente conocido y regularmente observado en el comercio internacional por los sujetos participantes en el tráfico mercantil de que se trate. Coincidentemente con dicha disposición, el artículo 1796 del Código Civil dispone que las partes se obligan no sólo a lo expresamente pactado, sino a las consecuencias que deriven de la buena fe, la ley y las costumbres.
36. Así, debido a que estas medidas de seguridad son un estándar en la industria, las empresas pueden obligarse, a pesar de los riesgos, a brindar un servicio óptimo e ininterrumpido, como lo hizo Web Design. Un ejemplo de este uso comercial son las mejores prácticas de servicios electrónicos, las cuales establecen que las empresas deben tener programas de seguridad. Por ejemplo, la empresa IBM adopta la práctica de garantizar un monitoreo de la calidad del servicio y análisis de impacto, esto para anticipar problemas y degradaciones en los servicios, como los provocados por un virus [Vizcaya López].
37. En caso de que el Tribunal Arbitral llegara a concluir que efectivamente se trató de un caso de fuerza mayor, ello no explica el prolongado periodo de la Interrupción del Servicio. De acuerdo el artículo 7.1.7 UNIDROIT, *“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”*. De acuerdo con el §3 de este escrito, el tiempo del restablecimiento del Servicio fue de más de siete días, lapso no razonable, ya que ciertos expertos consideran que un máximo aceptable para restablecer cualquier servicio debe oscilar entre 4 y 6 horas [Fragoso Rodríguez].
38. En conclusión, dado el tipo de obligación al que se sujetó Web Design, así como lo pactado en el Contrato, esta empresa tiene la carga de probar que la falla de diciembre se trató de un caso fortuito o de fuerza mayor. Al no poder comprobar lo anterior, es indudable que Web Desing se hallaba en incumplimiento de las obligaciones contractuales al momento de la supuesta terminación del Contrato y por lo tanto, de acuerdo con el artículo 1949, no podía dar por terminada dicha relación contractual.

(ii) No se cumplieron con los requisitos exigidos por el Contrato para su terminación

39. La cláusula vigésima primera del Contrato establece que la parte que busca dar por terminado el Contrato necesita cumplir con dos requisitos para que ésta sea procedente: 1) realizar una notificación de terminación, de acuerdo con lo establecido en el mismo; y, 2) que previo a darlo por terminado, las Partes realizaran negociaciones que versaran sobre dicha terminación. A continuación, se analizará cómo Web Design no cumplió ninguno de los requisitos cuando intentó dar por terminado el Contrato.

(a) Notificaciones

40. La notificación de terminación realizada por Web Design no cumplió con la forma establecida por las Partes en el Contrato: la notificación debía ser entregada por una parte a la otra de forma personal o por servicio de mensajería especializada con acuse de recibo [*Agenda del Caso §28(d)*]. Sin embargo, Web Design notificó personalmente a Marianela Venezuela y posteriormente, vía fax a Marianela [*Agenda del Caso §16*]. Si bien es cierto que Marianela Venezuela es una subsidiaria de Marianela, la legislación Venezolana reconoce que dicha relación no implica que sean la misma persona jurídica [*Código de Comercio Venezolano artículo 354*]. Es decir, una y otra –matriz y subsidiaria– son personas jurídicas distintas.
41. El envío de un fax a las oficinas centrales de Marianela no puede considerarse como una prueba de notificación según el Contrato. Un fax es susceptible de fácil manipulación por lo que únicamente puede considerarse como un indicio y no como un hecho cierto [*Tesis aislada 183,068*]. En este sentido, no se puede tomar como legítimo un documento enviado por un medio que no ha sido previamente pactado por las partes y que adicionalmente puede ser susceptible de manipulación.
42. Finalmente, este Tribunal Arbitral debe desechar cualquier pretensión de Web Design que aluda al establecimiento de una práctica entre las Partes, pues en todo caso, se requiere reiteración para ser considerada como tal en una determinada relación jurídica [*artículo 1.9 UNIDROIT*]. En el presente caso, nunca antes se había utilizado a Marianela Venezuela como intermediario de ninguna clase. Ello quiere decir que la notificación a Marianela Venezuela por parte de Web Design no constituye una práctica entre las Partes, sino una decisión unilateral de ésta de involucrar a

Marianela Venezuela en una decisión de relevancia considerable, como lo es la terminación de un contrato celebrado con una entidad jurídica distinta.

43. Aún en caso de que este Tribunal Arbitral considere que la notificación es válida, no debe perderse de vista que ella es un requisito necesario más no suficiente para válidamente dar por terminado el Contrato. De acuerdo a la cláusula vigésima primera del Contrato, para que proceda la terminación del mismo, además de que la notificación cumpla con ciertas formalidades, es requisito indispensable que las partes hayan celebrado negociaciones sobre la terminación del Contrato y que éstas hayan resultado infructuosas [*Agenda del Caso §28*].
44. Como se desprende de los hechos probados del caso, las únicas negociaciones llevadas a cabo entre Web Design y Marianela Venezuela versaron *exclusivamente* sobre la indemnización que Marianela reclamaba por la interrupción del servicio en diciembre de 2009 y en ellas nunca se hizo “mención alguna del tema de la terminación del Contrato” [*Agenda del caso §17*].
45. En conclusión, dado que: 1) Web Design se encontraba imposibilitado para dar por terminado el Contrato, debido a que incumplió sus obligaciones; y, 2) no se cumplieron los requisitos que el mismo establecía para su terminación, el Contrato sigue vigente.

VI. Web Design debe ser condenado por la interrupción del servicio

46. De acuerdo a lo establecido en la sección V del presente escrito, derivado de la ilegalidad de la terminación del Contrato se debe condenar a Web Design al pago de una indemnización por la segunda interrupción del servicio, ocurrida en febrero [*Agenda del caso §18*]. Como se señaló previamente, el Contrato continúa vigente por lo que todas sus cláusulas continúan siendo válidas y vinculantes para las Partes. Por lo tanto, Web Design debe indemnizar a Marianela por el monto establecido en la cláusula décima tercera del Contrato, debido a los daños y perjuicios ocasionados por la Suspensión del Servicio ocurrida en febrero de 2010.
47. Cabe resaltar que Web Design no puede ser eximido del pago de indemnizaciones que la cláusula décima tercera plantea, ya que como se ha demostrado en los §31-38 del presente escrito, las razones por las que Web Design cesó de ofrecer el servicio no obedecen a cuestiones de caso fortuito o fuerza mayor.

VII. Marianela debe ser absuelta del pago de indemnizaciones

48. En el marco de una relación contractual, la indemnización sólo procede en caso de que una de las partes incumpla sus obligaciones [*Art. 2104 del Código Civil, contrario sensu*]. La obligación principal de Marianela consistía en pagar por el Servicio [*Agenda del caso §11*]. Por ello, si de los hechos del caso no se advierte que Marianela haya incumplido con sus obligaciones, le corresponde a Web Design probar cualquier incumplimiento por parte de Marianela.
49. Aún en caso de que se considera que Marianela no ha cumplido con la obligación de pagar por el Servicio, debe recordarse que Web Design tiene un adeudo con Marianela [*Agenda del caso §26*], que ésta podría utilizar para compensar el incumplimiento que se le imputare. Por tal razón, no existe algún motivo para condenar a Marianela al pago de daños y perjuicios.

VIII. Web Design debe pagar los gastos y costas del arbitraje

50. Como ya se señaló, Web Design incumplió con sus obligaciones. Por tal motivo, el Tribunal Arbitral debe condenarlo al pago de los gastos y costas provocadas por el presente procedimiento arbitral. Dichos gastos y costas incluyen: 1) honorarios y gastos de los árbitros; 2) la tasa administrativa del CAM; 3) honorarios y gastos de los peritos; 4) los gastos para la defensa; y, 5) cualquier otro gasto en que haya incurrido Marianela hasta el momento en que este Tribunal Arbitral dicte el laudo definitivo.

IX. Pretensiones

51. Analizados los hechos y el derecho aplicable al presente caso, se han expuesto los argumentos que demuestran las siguientes afirmaciones hechas por Marianela: 1) el Tribunal Arbitral es competente para resolver la presente controversia; 2) la garantía debe ser modificada; 3) el Contrato sigue plenamente vigente; 4) Web Design debe ser condenado por la interrupción del Servicio; 5) Marianela cumplió con sus obligaciones contractuales; y por último, 6) Web Design debe pagar los gastos y costas del arbitraje.

Andrea de la Brena, Alberto Domenzain, Diego Pedraza y Sergio Plata, en representación Marianela de México, Sociedad Anónima de Capital Variable
Ciudad de México, D.F., a 6 de diciembre de 2010.