
**ASUNTO MOOT.
ARBITRAJE INTERNACIONAL EN
CONTRATOS DE MÁSTER
FRANQUICIA**

Trabajo Fin de Máster realizado por Paula Is Antuña.

**MÁSTER EN ABOGACÍA. ESCUELA DE PRÁCTICA JURÍDICA DEL PRINCIPADO DE
ASTURIAS Y UNIVERSIDAD DE OVIEDO**

ÍNDICE

1. Planteamiento de los objetivos a conseguir. Contexto.	Págs. 2 a 5
1.1. ¿Qué es el MOOT Madrid?	Págs. 2 a 3
1.2. Motivación personal.	Págs. 3 a 4
1.3. Objetivos a conseguir.	Págs. 4 a 5
2. Descripción del caso práctico.	Págs. 6 a 10
3. Redacción de la demanda.	Págs. 11 a 16
3.1. Aportación personal.	Pág. 11
3.2. Plan de trabajo y posicionamiento personal.	Págs. 11 a 16
4. Redacción de la contestación.	Pág. 17
4.1. Aportación personal.	Pág. 17
4.2. Plan de trabajo y posicionamiento personal.	Págs. 17 a 19
5. Participación en la fase oral.	Págs. 20 a 25
6. Valoración de la actividad.	Págs. 26 a 30
6.1. A nivel personal.	Págs. 26 a 27
6.2. A nivel académico.	Págs. 27 a 29.
6.3. Propuestas de mejora.	Págs. 29 a 30.
Anexo 1. Escrito de demanda.	Pág. I
Anexo 2. Escritos de contestación y reconvencción.	Pág. II

1. PLANTEAMIENTO DE LOS OBJETIVOS A CONSEGUIR. CONTEXTO

1.1. ¿Qué es el MOOT Madrid?

El MOOT Madrid es una Competición Internacional de Arbitraje y Derecho Mercantil Internacional que se celebra cada año en Madrid. Dirigido a profesionales y estudiantes del Derecho, tiene como principal objetivo la formación de futuros abogados con un perfil centrado en el Comercio Internacional y en la resolución extrajudicial de conflictos mediante el método del arbitraje; modalidad comúnmente utilizada para la resolución de conflictos en el ámbito del Derecho Mercantil.

La Competición gira en torno a un caso práctico elaborado por la organización, que trata sobre un tema relacionado con el Derecho uniforme del comercio internacional y el arbitraje. Los hechos sobre los que hay que pronunciarse y las actuaciones procesales desarrolladas, se facilitan en el formato propio de los procedimientos arbitrales, como si de un caso real se tratase. Los equipos, integrados por estudiantes de Derecho o alumnos de Postgrado de todo el mundo, deben defender dos posturas, la de la parte demandante y la de la parte demandada, utilizando a tal efecto los instrumentos legales internacionales y nacionales existentes, relativos a la materia sobre la que versa el caso.

Los equipos tienen a su disposición, en la web de la Competición, un calendario donde se indica el desarrollo temporal del MOOT. En primer lugar, se hace público el caso práctico y se concede a los equipos un periodo de, aproximadamente, dos meses para la redacción del escrito de demanda y la formalización de la inscripción en la Competición. Cada equipo tiene habilitado en la web un espacio propio desde el que se pueden subir los escritos a una plataforma y que permite a la organización identificar su procedencia, pero garantizando siempre el anonimato al resto de participantes. Tanto el escrito de demanda como el de contestación deben enviarse en formato PDF y sin ningún tipo de símbolo o seña que permita averiguar de qué Centro o Universidad procede. Se pretende evitar con ello que, de antemano, puedan existir pactos entre los miembros de los equipos de cara al diseño de la estrategia procesal y la defensa del caso en la fase oral.

Una vez recibidos los escritos, se envía a cada equipo participante el escrito de demanda elaborado por otro. Se abre entonces el plazo para redactar la contestación, que se

basará en el escrito de demanda recibido. Dado que hay muchos equipos participantes, evidentemente se remiten varios escritos, y no solo uno, a cada equipo. Una vez entregado el escrito de contestación, y previamente al desarrollo de la fase oral, la organización remite de nuevo a los participantes el escrito de contestación de aquellos equipos que recibieron nuestra demanda. Así, quedan fijadas las partes que se enfrentarán en las sucesivas rondas de la Fase Oral.

Finalizada la fase escrita de la Competición, se convoca a los participantes a la fase oral, donde cada equipo, representado por dos oradores, defiende su postura como demandante o demandado, según corresponda, frente a los equipos que recibieron sus escritos de demanda y contestación. La referida fase oral se compone de rondas generales, rondas eliminatorias y una ronda final, y en todas ellas los equipos exponen sus argumentos ante un tribunal arbitral, constituido por profesionales nacionales e internacionales del Derecho Mercantil y el arbitraje. En el punto 5 de esta Memoria se ofrece una explicación más detallada del desarrollo de esta fase.

Como colofón, se celebra una ceremonia de clausura en la que se entregan los siguientes premios:

- Premio al mejor equipo en la Fase Oral.
- Premio al mejor orador.
- Premio al mejor escrito de demanda.
- Premio al mejor escrito de contestación.

1.2. Motivación personal.

Cuando el profesor de Derecho internacional privado, Ángel Espiniella, me ofreció la oportunidad de formar parte de un proyecto de este tipo y participar en una competición con tantas posibilidades a nivel académico y profesional, lo tuve claro. Ponderando en la balanza, eran más las ventajas. Era consciente de que había que trabajar duro y que contaba con el principal inconveniente de estar cursando el Máster en Abogacía y a la vez realizando prácticas en un despacho de abogados. El tiempo era limitado, pero también era una oportunidad única para aprender sobre dos materias que no se estudian en la Universidad de Oviedo: El Derecho uniforme del comercio internacional y el arbitraje. Ramas del Derecho

específicas, pero que aportan una formación diferenciada y que ofrecen una visión o perspectiva globalizada del Derecho. Sin duda era una gran oportunidad para añadir un plus a mi currículum y vivir una experiencia distinta, a la que pocos alumnos pueden acceder. En esta ocasión, llegado el caso era mejor arrepentirse de haber participado que de no haberlo hecho. Porque fuera buena o mala la experiencia, estaba segura que de ella sacaría muchas lecciones provechosas.

1.3 Objetivos a conseguir.

Y, aceptado el reto, comenzaron las primeras reuniones con nuestros preparadores, Ángel Espiniella Menéndez, Miguel Iribarren Blanco e Ignacio Fernández Chacón. Desde un primer momento, todos tuvimos claro que el MOOT no era una Competición fácil de ganar. Éramos conscientes de que el nivel del resto de participantes era muy elevado, nunca habíamos participado en un evento similar, las materias eran completamente nuevas para las integrantes del equipo y el resto de universidades participantes, por lo general, ya tenían experiencia en estas competiciones y facilitaban a sus representantes una formación específica de cara a este tipo de eventos.

Sin embargo, en este escenario lo importante era ver, más que un desincentivo, una oportunidad para la superación. Además, la idea de que una universidad pública, con medios económicos evidentemente más limitados que las universidades nacionales e internacionales privadas participantes, pudiera superar la Competición y alcanzar un puesto digno, si no ganar, era muy motivadora. Y precisamente nosotros, los profesores y las alumnas, gracias al patrocinador teníamos la oportunidad de romper con el estereotipo y demostrar que con esfuerzo y trabajo todo es posible.

Con esta idea y en este escenario, los profesores nos transmitieron desde el primer momento una idea realista y con cierto matiz asertivo: había pocas probabilidades de ganar y la victoria en este tipo de competiciones, siendo nuestro primer año, no debía ser nuestro primer objetivo. Debía estar presente, eso sí, como aliciente, como motivación de cara al esfuerzo y al trabajo a realizar. Lo más importante no debía de ser la meta (que también), sino el camino. Se trataba de mejorar nuestra capacidad de trabajo en equipo, expresión oral y escrita, elevar nuestro nivel académico aproximándonos a unas materias específicas, pero

de gran proyección internacional, y comenzar a trabajar desde un perfil más profesional, empleando lenguajes, técnicas y métodos de trabajo propios del ámbito de la abogacía.

Al fin y al cabo, nos sumergíamos en una competición que no dejaba de ser un procedimiento arbitral “ad hoc”, con todas las características propias. Por tanto, los objetivos eran claros: trabajar duro para conseguir un buen resultado, la aprobación de nuestros profesores, mejorar nuestras capacidades y, de paso, vivir una nueva experiencia, relacionarnos con profesionales del mundo del Derecho y buscar oportunidades. Debíamos funcionar como el mejor de los motores pero, a la vez, debíamos de ser esponjas y absorber y aprovechar la oportunidad tan grande que los profesores, el patrocinador y la Universidad, nos estaban ofreciendo.

2. DESCRIPCIÓN DEL CASO PRÁCTICO

El caso práctico sobre el que debíamos trabajar versaba sobre los plurales incumplimientos del clausulado de un contrato de Máster Franquicia. El procedimiento comenzaba por la demanda interpuesta por la sociedad RAYUELA PASTELERÍA, S.A., empresa del sector de la hostelería y franquiciador principal, que acusaba a la demandada, la sociedad PAMEOS, S.A., y Máster Franquiciado, de incumplir los términos del contrato y, en consecuencia, solicitaba la resolución del mismo. A su vez, PAMEOS formulaba reconvencción sobre la base de que sus actuaciones siempre vinieron motivadas por el negligente comportamiento de la demandante, única responsable, a su juicio, de lo sucedido. Entre medias, se añade la intervención de un tercero en el pleito, la entidad DIVERTIMENTO, franquiciada a su vez del Máster PAMEOS, y que se veía afectada por la resolución del contrato solicitado por la demandante RAYUELA, pues la estimación por el Tribunal de la solicitud de resolución extinguiría también su contrato de Franquicia, según lo pactado.

El objeto del litigio consistía en esclarecer o determinar si realmente tuvieron lugar esos incumplimientos, qué grado de responsabilidad incumbía a cada interviniente, y si RAYUELA realmente tenía derecho a resolver el contrato.

La controversia puede resumirse brevemente en lo siguiente:

Tras varias negociaciones, RAYUELA y PAMEOS acuerdan celebrar un contrato de Máster Franquicia consistente en la concesión en exclusiva de los derechos y el modelo de Franquicia de RAYUELA a favor de PAMEOS, en los territorios de Andina y Aztequia. En ese contrato se contempla:

- a) La compraventa de unas máquinas que incorporan una tecnología que permite personalizar los pasteles con colores y formas. Se prevé la cesión de la licencia del software y hardware de las máquinas al Máster Franquiciado (PAMEOS), que a su vez está obligado a no utilizar dicha tecnología para infringir los derechos de propiedad intelectual de terceros. Por ejemplo, estampando dibujos o logos ya registrados, sin previo consentimiento del titular.

- b) También se incluye un pacto de exclusividad territorial a favor de PAMEOS en los territorios de Andina y Aztequia, que conlleva la obligación de no vender los productos fuera de esos territorios. De igual manera, RAYUELA no puede entrometerse en la comercialización de PAMEOS en aquellos lugares.
- c) La cesión a PAMEOS del uso de los signos distintivos propiedad de RAYUELA: La marca de sus pasteles más famosos y el nombre comercial “RAYUELA PASTELERÍA”.
- d) La obligación del Máster Franquiciado de cumplir con unos objetivos mínimos de volúmenes de ventas anuales.

Y en torno a cada una de esas estipulaciones, se producen una serie de hechos que desembocan en sucesivos incumplimientos.

El principal problema surge cuando, al cabo de unos meses, las autoridades sanitarias de Andina prohíben la comercialización de las *Meopas*, el producto estrella de RAYUELA PASTELERÍA, como consecuencia del *fenómeno de la dentadura de pitufo*: Uno de los colorantes empleados por PAMEOS para la elaboración de estos pasteles (colorante empleado por RAYUELA y suministrado por uno de sus proveedores autorizados) dejaba los dientes de los consumidores de color azul, sin que el tinte se eliminase con un cepillado normal. Era necesario recurrir a un tratamiento dental específico para poder limpiarlos. Este fenómeno nunca se había producido con anterioridad y el resto de franquiciados no habían tenido ningún problema con dicho colorante. Se había creado cierta alarma social y la prensa se había hecho eco del caso.

Asimismo, RAYUELA supo que PAMEOS había comercializado otro de los pasteles de la marca, los *Cronopios*, estampando en ellos la imagen de unos dibujos animados cuya propiedad intelectual pertenecían a un tercero, la sociedad ESPERANZA, sin previo consentimiento de ésta (pese a que luego llegaron a un acuerdo y no se emprendieron acciones judiciales por parte de la empresa dueña de los dibujos frente a PAMEOS).

Este tipo de actuaciones perjudicaron la imagen de RAYUELA frente a los consumidores y las medidas tomadas por este franquiciador, con el objetivo de mejorar la situación, provocaron un descenso del nivel de ventas que perjudicó a PAMEOS, con la consecuente imposibilidad de que éste llegara al volumen de ventas pactado.

Además, PAMEOS había comenzado a desarrollar una campaña de fidelización denominada *la Tarta en Casa*, que no solo atendía pedidos reclamados por los ciudadanos de Andina y Aztequia, sino que también suministraba productos a los habitantes de un territorio fronterizo, Pampia, no contemplado en la cláusula de exclusividad territorial.

A todo ello hay que añadirle la problemática jurídica propia de un contrato con vocación de ejecución internacional, firmado por dos empresas domiciliadas en distintos países, tales como: la competencia del tribunal que resolverá el litigio, la ley aplicable al fondo y la procedencia de órdenes cautelares, pruebas periciales y la intervención de terceros en el pleito (el franquiciado DIVERTIMENTO, al que me refería al inicio de este apartado). Concretamente, según Orden Procesal N° 1 adjunta al Caso, en la elaboración de los escritos de demanda y contestación debíamos limitarnos a discutir los siguientes puntos:

- Si el tribunal arbitral es competente para conocer de la totalidad de la presente controversia.

- Determinación de la ley aplicable al fondo de la controversia.

- Si procede la orden cautelar solicitada por RAYUELA.

- Si existió incumplimiento o no por parte de RAYUELA de sus obligaciones de entregar bienes conformes y libres de derechos de terceros, de acuerdo con el contrato y la ley aplicable.

- Si PAMEOS incumplió o no sus obligaciones de acuerdo con el contrato al comercializar las Meopas con el colorante azul C-12, y los Cronopios con las Famas.

- Si PAMEOS incumplió o no la obligación de no infringir derechos de terceros, por cuanto el acuerdo suscrito con ESPERANZA SL elimina dicho incumplimiento.

- Si PAMEOS incumplió su obligación de restringir su actividad al territorio indicado en el contrato, incluyendo las cuestiones relativas a la interpretación y validez de la cláusula.

- Si, caso de existir tal incumplimiento por parte de PAMEOS, el tribunal debe declarar que dicha cláusula sería inaplicable por nula, al ser contraria a lo dispuesto en la Ley sobre Restricciones de Acuerdos Verticales de Andina, de 22 de enero de 2012.

-Si existió incumplimiento, o no, por parte de PAMEOS de su obligación de abstenerse de realizar actos que pusieran en peligro la reputación de RAYUELA, y de cumplir con los objetivos anuales de ventas en Andina, de acuerdo con lo dispuesto en el contrato.

-Si, caso de existir dicho incumplimiento por parte de PAMEOS, ello habría dado lugar al derecho de RAYUELA de suspender el cumplimiento de sus obligaciones, y/o resolver el íntegro contrato de Máster Franquicia, tanto para el territorio de Andina, como para el territorio de Aztequia.

- Si, caso de que no existiese tal derecho a suspender o resolver con respecto al territorio de Aztequia, el tribunal puede y debe emitir una orden cautelar, prohibiendo a PAMEOS la comercialización de productos con el colorante específico (Azul C-12) en el territorio de Aztequia, e imponiéndole el uso de otro colorante específico, indicado por RAYUELA.

- Si procede admitir la prueba pericial solicitada por PAMEOS.

A priori, puede parecer “fácil”, pues los hechos parecen ser favorables a RAYUELA. Sin embargo, los redactores del caso incluyeron una serie de matices que dieron lugar a que fuera perfectamente defendible la postura de ambas partes, demandante y demandada, con la misma fuerza. En ambas líneas de argumentación había puntos fuertes y débiles y todo estaba previsto para que ninguna de las posturas fuera la “ganadora” al 100 %.

Además, junto con los hechos en sí, se nos facilitó una amplia documentación que incluía desde leyes ficticias, vigentes en los territorios (también ficticios) donde ambas empresas estaban domiciliadas o desarrollaban su negocio de Franquicia, hasta cruces de

mails entre el Vicepresidente de Expansión Internacional de RAYUELA y la Consejera delegada de PAMEOS, vinculantes para la controversia y claves para el diseño de la estrategia a seguir en cada punto; notas de prensa, el contrato de Máster Franquicia y todas las actuaciones procesales propias de un procedimiento arbitral, previas a la presentación del escrito de demanda, que definen la línea de defensa a seguir desde la perspectiva de ambas partes.

Asimismo, la organización concedió un periodo de tiempo para enviar todas las preguntas y solicitudes de aclaraciones al caso que los participantes consideraran necesarias y, posteriormente, dentro del plazo concedido para la elaboración del escrito de demanda, remitió un documento contestando a las dudas planteadas y definiendo mejor las posibles lagunas que pudieran existir.

Todo ello era la base sobre la que comenzar a elaborar nuestra estrategia de ataque y defensa. Primero, había que enfrentarse al contrato de máster franquicia y entrar más profundamente en el mundo del Derecho mercantil; después, adoptar la mentalidad de un empresario y su abogado, leer toda la legislación y doctrina relacionada para conformar los argumentos, buscar jurisprudencia que nos respaldara y, finalmente, redactar los escritos.

3. REDACCIÓN DE LA DEMANDA

3.1. Aportación personal.

De los doce puntos señalados en el apartado anterior sobre los que demandante y demandado debían pronunciarse, a mí me correspondió elaborar los que versaban sobre lo siguiente:

- Si PAMEOS incumplió su obligación de restringir su actividad al territorio indicado en el contrato, incluyendo las cuestiones relativas a la interpretación y validez de la cláusula.

- Si, caso de existir tal incumplimiento por parte de PAMEOS, el tribunal debe declarar que dicha cláusula sería inaplicable por nula, al ser contraria a lo dispuesto en la Ley sobre Restricciones de Acuerdos Verticales de Andina, de 22 de enero de 2012.

El reparto de los puntos a desarrollar por cada una lo realizamos atendiendo a aquellas cuestiones con las que nos encontrábamos más familiarizadas o cómodas. Una vez leído el caso y antes de comenzar a redactar el escrito de demanda, tuvimos una serie de reuniones en las que exponíamos nuestro criterio y aportábamos la información que habíamos recopilado sobre cada uno de los doce puntos señalados en la Orden Procesal N° 1, anteriormente transcritos. En ellas ya se puso de manifiesto que aunque todas sabíamos cómo desarrollar los distintos apartados, cada una teníamos unas preferencias. Y, en consecuencia, para hacer más cómodo el trabajo y tratar de conseguir un resultado más eficiente, a esas preferencias nos acogimos a la hora de hacer el reparto de tareas.

3.2. Plan de trabajo y posicionamiento personal.

Como demandante, me correspondía abordar el incumplimiento del pacto de exclusividad territorial que se contenía en la cláusula primera del contrato de Máster Franquicia, con especial pronunciamiento sobre su interpretación y validez. En ella se establecía lo siguiente:

“PRIMERA.- El franquiciador cede por el presente documento al franquiciado, y este a su vez, también por el presente documento, acepta una franquicia como franquiciado de

RAYUELA PASTELERÍA, S.A., según los términos y condiciones contenidos en el mismo, consistente en:

1º La autorización para explotar directamente en Andina y Aztequia el negocio objeto de franquicia.

2º La autorización para celebrar contratos de franquicia con sub-franquiciados de Andina y Aztequia.

La presente autorización se entiende exclusivamente en relación con dichos territorios por lo que el franquiciado principal no tiene autorización para vender los productos fuera de los territorios indicados ni a empresas ni a personas que no formen parte de la red de franquicia (...).

De acuerdo con los hechos, mi representada RAYUELA tenía conocimiento de que PAMEOS estaba comercializando productos de la franquicia a ciudadanos de otros territorios distintos de los autorizados, mediante el envío a domicilio de pedidos solicitados dentro del programa “la Tarta en Casa”. Se trataba de un plan comercial que consistía en animar a los clientes a facilitar sus datos de contacto para remitirles información y ofertas por Internet, aceptándose pedidos realizados por medios electrónicos y haciendo entrega de ellos en el domicilio del cliente.

Para poder elaborar una estrategia de ataque sólida, era necesario analizar cuáles eran los puntos fuertes y débiles de nuestra postura. Por un lado, era evidente que PAMEOS había comercializado los productos de RAYUELA a ciudadanos de Pampia, territorio no incluido en el pacto de exclusividad territorial. Pero, por otro, no estaba claro si las solicitudes de los clientes de Pampia obedecían a una estrategia publicitaria ilícita o si, por el contrario, era la estrategia comercial de las franquicias desarrolladas por PAMEOS y el acierto del programa “la Tarta en Casa”, lo que provocaba esa demanda de productos.

La clave estaba en determinar si las ventas realizadas por PAMEOS eran ventas activas o pasivas, pues ello condicionaría la interpretación y validez de la cláusula primera del contrato de Máster Franquicia. Tratándose de una venta activa, el pacto de exclusividad territorial debía entenderse en términos literales y sin excepciones, siendo perfectamente

válida la cláusula que lo recogía. En cambio, si se trataba de una venta pasiva, debía entenderse que este tipo de ventas estaban excluidas de la prohibición de la cláusula primera, para que pudiera ser válida.

Para elaborar un fundamento jurídico lo más sólido posible, era necesario acudir a la normativa internacional existente sobre esa materia e indagar en la doctrina y jurisprudencia. La Unión Europea había aprobado en 2010 el *Reglamento n° 330/2010 de la Comisión, de 20 de abril de 2010, relativo a la aplicación del artículo 101, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la unión europea a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas*¹ y, en desarrollo e interpretación de éste, la Comisión Europea había publicado unas *Directrices relativas a las restricciones verticales*², que diferenciaban entre ventas pasivas y activas y ofrecían ejemplos de uno y otro tipo de ventas. Sin embargo, de la lectura de ambos textos y la jurisprudencia relacionada, apenas se extraían argumentos a favor de las pretensiones de RAYUELA. Más bien la información recopilada ofrecía buenos argumentos para reforzar la postura de PAMEOS de cara a la contestación.

La publicidad en Internet es considerada por la Comisión como venta pasiva y, por ende, venta válida, lícita, que no es posible limitar ni prohibir, ya que entonces se estaría atentando contra la libre competencia. Por tanto, para sostener la postura de RAYUELA había que afinar, y mucho, en la redacción del ataque. El objetivo primordial era tratar de reconducir lo que a priori era un claro ejemplo de venta pasiva, hacia la venta activa. Solo así quedaría justificada nuestra postura como demandantes y se lograría salvar tanto la interpretación, como la validez de la cláusula del contrato que contenía el pacto de exclusividad territorial.

La propia organización del MOOT nos había remitido las aclaraciones del Tribunal a las cuestiones planteadas por los equipos participantes. En ellas se decía, literalmente, que “*el plan comercial “La Tarta en Casa” consistía en animar a los clientes a facilitar sus datos de contacto (...)*”. Ahí estaba la clave. El programa “La Tarta en Casa” había sido un invento de PAMEOS, fruto del desarrollo de una publicidad y estrategia comercial legítima, y no teníamos pruebas que acreditasen, de forma fehaciente, que se había diseñado una publicidad dirigida a resultar atractiva a un grupo específico de consumidores situados en un territorio

¹ D.O.U.E. 23.4.2010, L 102/1

² D.O.U.E. 19.5.2010, C 130/1

concreto. Sin embargo, el matiz que introducía la palabra “animar”, unido al resto de hechos probados que se podían extraer del caso y la documentación adjunta, permitían reconducir la cuestión al terreno de RAYUELA y sembrar la duda sobre la calificación de esas ventas.

Asimismo, como documentos anexos se nos habían aportado una serie de mails cruzados entre los directivos de RAYUELA y PAMEOS y, en uno de ellos, la representante de PAMEOS admitía las ventas realizadas fuera de Andina y Aztequia, de forma expresa. Sin embargo, uno de los puntos negros de la postura de la demandante venía como consecuencia de la Ley sobre Restricciones y Acuerdos Verticales de Andina. Ley vigente en el domicilio del franquiciado, que a la vez era territorio donde se ejecutaba el contrato de Máster Franquicia. Concretamente, los artículos 5 y 6 de dicha ley establecían lo siguiente:

“Art. 5: Se consideran prohibidos los acuerdos verticales que impidan, restrinjan o falseen la competencia. Estarán sin embargo exentos de esta prohibición: (...)

i) Los acuerdos que limiten las ventas activas efectuadas por sus compradores directos en un territorio o a un grupo de clientes reservados exclusivamente a otro distribuidor distinto del proveedor.

Se considera que un territorio o grupo de clientes está reservado exclusivamente cuando el proveedor consiente la venta de su producto solamente a un distribuidor para su distribución en un territorio determinado o a un grupo de clientes determinado.

A tales efectos, se entiende por ventas “activas” el activo acercamiento a clientes individuales ya sea mediante correo electrónico directo, o mediante publicidad en medios de comunicación, Internet o cualquier otro vehículo que resulte atractivo para el grupo específico de clientes en ese territorio. (...).

Art. 6: Todo acuerdo contrario a lo establecido en el artículo 5 se considerará nulo”.

Como constaba en las actuaciones seguidas ante el Tribunal, anexas al Caso, PAMEOS se defendía alegando que las ventas de “La Tarta en Casa” eran ventas que obedecían a pedidos solicitados libremente por los consumidores a través de Internet, lo cuál las convertía en pasivas y lícitas. Además, argumentaba que negarles el servicio por la mera razón de su domicilio suponía una discriminación inaceptable y una vulneración de lo

dispuesto en la Ley sobre Restricciones y Acuerdos Verticales de Andina. Por tanto, a su juicio, de la interpretación de la cláusula primera del contrato no se podía entender que estas ventas realizadas por Internet estuvieran también excluidas, pues ello la convertiría en nula e inaplicable.

Ya de entrada se planteaba un problema de Ley Aplicable, pues pese a que existía sumisión expresa a favor del Derecho del Estado de Cervantia, y no de Andina, el tenor literal de esta Ley dejaba ver que tenía carácter de orden público internacional y, por tanto, debía ser tenida en cuenta por el tribunal para resolver el litigio. Sin embargo, ahora tocaba defender lo contrario: el carácter de orden público interno de la norma y su no aplicabilidad por no haber sido expresamente escogida por las partes. Por lo que respecta al tratamiento de las ventas, necesariamente había que buscar indicios que permitieran defender el carácter de ventas activas de aquellas realizadas conforme al programa “La Tarta en Casa”.

La postura de RAYUELA sobre estas cuestiones, recogida en el Fundamento Jurídico Séptimo del escrito de Demanda³, se resume en los siguientes argumentos:

1. PAMEOS incumplió el pacto de exclusividad territorial, pues aprovechando el programa “la Tarta en Casa” contactó directamente con clientes domiciliados en países no contemplados en la cláusula de exclusividad territorial.

2. Lucía Lamaga, Consejera Delegada de PAMEOS, reconoció expresamente, tal y como consta debidamente acreditado en el Caso, que PAMEOS vendió sus productos en el territorio de Pampia, lugar donde RAYUELA ejerce en exclusiva su actividad comercial.

3. Que consumidores de otros lugares demandaran los servicios de PAMEOS y que, a juicio de ésta, RAYUELA sirviera incorrectamente a sus clientes, no justifica su actuación ni sana el incumplimiento en el que incurrió, pues pudo haber puesto en conocimiento de RAYUELA tal circunstancia antes de proceder con las ventas. Ventas que deben calificarse en todo caso como activas, porque:

a) La campaña de la “Tarta en Casa” fue especialmente activa en la ciudad fronteriza de Incaica que, pese a encontrarse en el territorio de Andina, es frecuentada por

³ Páginas 13 a 17 del escrito de demanda.

ciudadanos de Pampia. Ambos estados pertenecen al espacio MERCOUNIÓN, zona de libre circulación de personas, mercancías, servicios y capitales. Que hayan sido los ciudadanos de Pampia y no otros los que demandaran productos de PAMEOS, genera cierta sospecha sobre el tipo de publicidad o estrategia de marketing que se emplea en el programa “La Tarta en Casa”, pues todo apunta a que el plan comercial estaba diseñado para atraer a esa clientela en concreto.

b) En el territorio de Pampia, RAYUELA tiene la exclusiva y comercializa los mismos productos que PAMEOS. Si no se trata de un supuesto de venta activa, ¿cómo se explica que los ciudadanos de un territorio donde RAYUELA ya comercializa sus productos, alcanzando siempre buenos volúmenes de ventas, decidan demandar los servicios de otro franquiciado que se encuentra en otro Estado distinto? Es dudoso que tal resultado se consiga únicamente mediante el uso de publicidad genérica.

4. Las ventas a través de Internet están permitidas por la cláusula primera del contrato, pero siempre y cuando este medio no se utilice para que el Franquiciado sea encontrado en un territorio concreto o por un grupo concreto de clientes que no le pertenecen. Es decir, siempre y cuando no se utilice como instrumento para la consumación de ventas activas.

5. En base a lo anterior, la cláusula primera del contrato es válida de acuerdo con la ley elegida por las partes y, además, no vulnera lo dispuesto en la Ley sobre Restricciones y Acuerdos Verticales de Andina. Ley que, por otro lado, no resultaría aplicable a la controversia porque:

- Hay sumisión expresa de las partes a un Derecho que no es el de Andina.
- En ninguna ley aplicable al caso, ni en el Reglamento de la Corte de Arbitraje de Madrid se recoge la obligación de que el Tribunal Arbitral deba tener en cuenta una ley de orden público de un Estado distinto, cuyo ordenamiento no se haya elegido.

4. REDACCIÓN DE LA CONTESTACIÓN

4.1. Aportación personal.

Una vez recibidos los escritos de Demanda que nos correspondía contestar (escritos anónimos, como requerían las normas), tras la lectura de cada uno de ellos y examinados los argumentos de contrario, procedí a la elaboración de la estrategia de defensa. Las cuestiones sobre las que debía pronunciarme eran las mismas que en la demanda, obviamente desde un punto de vista distinto y con el apoyo que supone recibir un escrito con argumentos e ideas que rebatir. Concretamente mi aportación personal al escrito de Contestación consistió en la redacción de:

- Fundamento Jurídico Cuarto. Ley Aplicable: “C. La aplicación de la Ley sobre Restricciones de Acuerdos Verticales de Andina, de 22 de enero de 2012, como ley de policía”⁴.

- Fundamento Jurídico Séptimo. Cumplimiento de la Cláusula de Exclusividad Territorial⁵.

- Fundamento Jurídico Décimo. Falta de Legitimación de RAYUELA para resolver el contrato. Incumplimiento de la cláusula de territorialidad⁶.

- Escrito de Demanda Reconvencional. Fundamento Jurídico Tercero. Incumplimiento de RAYUELA de su obligación de respetar la Exclusividad Territorial de PAMEOS prevista en el contrato⁷.

4.2. Plan de trabajo y posicionamiento personal.

La elaboración de la estrategia de defensa de PAMEOS resultó ser más sencilla que en el caso de RAYUELA, pues sobre la cuestión del pacto de exclusividad territorial en general, y el tratamiento de las ventas activas y pasivas en particular, existían más

⁴ Páginas 9 a 11 del escrito de contestación a la demanda.

⁵ Páginas 14 a 18 del escrito de contestación a la demanda.

⁶ Página 21 del escrito de contestación a la demanda.

⁷ Páginas 31 a 33 del escrito de contestación a la demanda.

argumentos, legislación, doctrina y jurisprudencia favorable a nuestras pretensiones. Las Directrices de la Comisión sobre las restricciones verticales a las que me referí en el epígrafe anterior, ofrecían ejemplos y criterios de interpretación que apliqué a la hora de redactar el fundamento. En concreto, respecto de los puntos que me correspondían, había que sostener:

a) En primer lugar, que desde las perspectivas de la naturaleza, objeto y consecuencias de su aplicación, la Ley sobre Restricciones y Acuerdos Verticales de Andina era una ley de policía o de orden público internacional que necesariamente debía ser aplicada si se quería evitar que se acabara dictando un laudo claudicante. En términos similares a como se recoge en el Reglamento Roma I, de acuerdo con la legislación aplicable a la controversia, la autonomía de las partes a la hora de elegir la ley aplicable se encuentra restringida o limitada por el orden público del país donde el contrato va a ser ejecutado. En caso de que el Tribunal no atendiera a las disposiciones de la Ley Andina y estimara las pretensiones de RAYUELA, su laudo no podría reconocerse ni ejecutarse en el territorio de Andina, lugar donde debería ser ejecutado.

b) En segundo lugar, que la cláusula primera del contrato se había cumplido y respetado, sobre la base de que las ventas consumadas a través del programa “La Tarta en Casa” eran ventas pasivas, realizadas en el marco de una estrategia de publicidad general, que en ningún caso consistió en la aproximación activa a un grupo determinado de clientes mediante estrategias publicitarias específicas, o envío de correos electrónicos no solicitados. Las ventas se llevaban a cabo en respuesta a las solicitudes que de manera voluntaria realizaban los clientes a través de Internet y no se había aportado por la demandante prueba fehaciente alguna que permitiera concluir que se trataba de un supuesto de captación ilícita de clientela. En este sentido resultaron ser muy útiles y de gran interés las Directrices de la Comisión Europea relativas a las Restricciones Verticales, pues por parte de la Comisión se considera que tener una página web es, por lo general, una forma de venta pasiva que no puede prohibirse, a no ser que se demuestre que existe algún tipo de publicidad en línea dirigida específicamente a determinados clientes. Tampoco es considerada venta activa aquella que se consuma como consecuencia de la información que un cliente solicita que se le proporcione. Sobre esta base, lo principal era poner de manifiesto que la actuación de RAYUELA prohibiendo todo tipo de ventas, según la literalidad de la cláusula primera, implicaba un obstáculo a la libre competencia.

c) En tercer lugar, y por lo que respecta a la Reconvención, sobre la exclusividad territorial había que poner de manifiesto que RAYUELA había sido la verdadera incumplidora de la cláusula primera del contrato. Su carácter sinalagmático obligaba a PAMEOS a abstenerse de comercializar productos fuera de Andina y Aztequia pero, a la vez, surgía la obligación de RAYUELA de no impedir u obstaculizar la comercialización de productos de PAMEOS en esos territorios. Como quiera que RAYUELA exigió el cese inmediato del programa “La Tarta en Casa” (según documental anexa al caso), su conducta supuso una intromisión en la política comercial de PAMEOS y una restricción a la libre competencia que la hace verdadera incumplidora de la Cláusula Primera del contrato de Máster Franquicia.

5. PARTICIPACIÓN EN LA FASE ORAL

Una vez elaborada la contestación y remitida a la organización de la Competición, días después nos enviaron los dos escritos de contestación a nuestra demanda, provenientes de otras dos universidades distintas. Asimismo, nos revelaron la identidad de las universidades/equipos a los que habíamos demandado y contestado, que serían frente a los cuales competiríamos en la Fase Oral del MOOT.

De acuerdo con las bases de la Competición, la Fase Oral del MOOT se desarrollaría en Madrid entre los días 25 y 29 de abril de 2015. A cada equipo le correspondían unos rivales a los que se enfrentaría en las audiencias previamente fijadas por la organización. Como demandantes, nos enfrentaríamos a ICADE y a la Universidad de Asunción, Paraguay. Como demandados, tendríamos de rivales a la Universidad de Miami y la Universidad Pablo Olavide de Sevilla.

Numerosos despachos de abogados patrocinadores e instituciones colaboradoras ofrecían sus oficinas y dependencias para el desarrollo de las correspondientes audiencias.

La fase oral se componía de:

- a) Rondas Generales.
- b) Rondas Eliminatorias.
- c) Gran Final.

Para clasificarse de cara a la Gran Final, primero era necesario superar cuatro audiencias que se incluían dentro de las Rondas Generales. En dos de ellas, la Universidad de Oviedo participaba como parte demandante y en las dos restantes, como demandada. El papel a desempeñar en cada momento dependía del rival correspondiente. Como se ha explicado al inicio de este apartado, según los escritos remitidos tras las fases de elaboración de demanda y contestación, la posición de cada Universidad ya venía fijada de antemano. Así, nosotras actuábamos como parte demandante frente a aquellas universidades que nos remitieron su escrito de contestación y viceversa.

En principio, cada audiencia tendría una duración aproximada de 50 minutos, pero el tribunal tenía la facultad de reducir ese tiempo al que creyera conveniente. Por lo general, en las primeras audiencias se exigía a los participantes que condensaran toda su exposición en 25 o 30 minutos como máximo. Antes de su comienzo, los equipos participantes debíamos pactar el tiempo que emplearíamos en exponer nuestros argumentos y, una vez iniciada la audiencia, someter el acuerdo a la aprobación del tribunal. Sin embargo, esta forma de proceder no se aplicaba siempre. Los árbitros tenían la facultad de reducir o ampliar el tiempo de exposición, o de reservarse los minutos que creyeran oportunos para formular preguntas o interpelar a las partes.

Cada audiencia estaba dirigida por un tribunal distinto, de tal forma que ningún árbitro repetía equipo, y cada uno tenía su criterio. Como es sabido, la flexibilidad es una de las cualidades que caracteriza al arbitraje y, por tanto, la dinámica de la audiencia podía asemejarse a un juicio o vista oral judicial al uso, o podía adoptar la forma que los árbitros creyeran conveniente. Eso sí, en todo momento las audiencias se celebrarían atendiendo a los requisitos procedimentales regulados en el Reglamento de la Corte de Arbitraje de la Cámara Oficial de Comercio e Industria de Madrid⁸, al ser el elegido por las partes en el Convenio Arbitral suscrito⁹.

Una vez celebrada la audiencia, los árbitros se reunirían para puntuar a los miembros de cada equipo participante. Del sumatorio de esas puntuaciones individuales se obtendría la calificación global de cada Universidad y, al final de la fase de Rondas Generales, saldrían los equipos que se clasificarían para las Rondas Eliminatorias. Y así sucesivamente. La fase de Rondas Eliminatorias estaba comprendida por dos audiencias. Al finalizar la fase de Rondas Generales, se hacía un recuento, se convocaba a todos los participantes y los equipos clasificados eran anunciados por la organización. En ese mismo acto se fijaban los rivales y la posición que defenderían los oradores en cada audiencia. Como resultado de las Rondas Eliminatorias saldrían los dos equipos que se enfrentarían en la Gran Final.

En relación a las puntuaciones, la organización no nos remitió ni la puntuación total que había conseguido nuestra Universidad, ni las puntuaciones individuales que los árbitros nos habían dado a cada una de las oradoras, hasta ya pasadas varias semanas desde la

⁸ Artículo 30 del Reglamento de Arbitraje de la Corte de Arbitraje de Madrid.

⁹ Página 3 del escrito de demanda y artículo 8 del Reglamento de Arbitraje de la Corte de Arbitraje de Madrid.

finalización del MOOT. Por tanto, ni siquiera en el acto de clasificación para las Rondas Eliminatorias era posible saber con cuánta puntuación se habían clasificado los equipos ganadores, qué diferencia de puntos había entre unas Universidades y otras, o qué posición ocupábamos hasta ese momento en la competición.

De acuerdo con el calendario facilitado por la organización, la primera audiencia de las Rondas Generales se celebraba en las aulas de la Universidad Carlos III. Las tres restantes, en lo que a la Universidad de Oviedo respecta, tendrían lugar en las sedes de KPMG, ROCA JUNYENT y GARRIGUES, por ese orden.

Los días previos al viaje a Madrid tuvimos varias reuniones con nuestros tutores para hacer simulaciones de audiencias y determinar quiénes iban a ser las oradoras y qué papel desempeñaría cada una. Finalmente, se decidió que mis compañeras Candela Cuetos y Clara Gago actuarían como parte demandada y que mi compañera Paula Álvarez de la Ballina y yo participaríamos como demandantes. Se hizo un reparto de apartados y de mutuo acuerdo con mi compañera se decidió que en la Fase Oral me correspondería defender los siguientes epígrafes del escrito de demanda¹⁰:

- Incumplimiento del demandado en la fabricación y comercialización de los productos.

- Inobservancia del pacto de exclusividad por el demandado.

- Actuación del demandado en perjuicio del prestigio de RAYUELA.

- Incumplimiento del demandado de los objetivos de ventas pactados.

- Derecho de RAYUELA a resolver el íntegro contrato de Máster Franquicia.

Como ya se indicó en el primer apartado de esta memoria, estaba prevista la entrega del premio al mejor orador/a. Para poder concurrir a él, era necesario que el participante interesado alternara su papel de demandante y demandado, en lugar de actuar siempre bajo la misma postura. En nuestro caso, el equipo estaba dividido, pues unas oradoras querían optar

¹⁰ Páginas 10 a 20 del escrito de demanda.

al premio y otras creíamos más conveniente asumir un único rol en la competición. Finalmente se decidió no concurrir a ese reconocimiento y que cada una permaneciera en la misma posición durante toda la competición. En este sentido, cabe recordar que el equipo finalmente ganador también optó por esta estrategia.

Mi experiencia como oradora y demandante comenzó el primer día de la competición, en la Universidad Carlos III. Nos enfrentábamos a ICADE y según lo pactado, cada equipo tendría unos veinte minutos para exponer sus argumentos. De los diez minutos que correspondían a cada oradora, debíamos reservarnos dos o tres para el turno de réplica y dúplica y para responder, en su caso, a preguntas del tribunal. Reconozco que, para mí, esta fue la audiencia más difícil de la competición.

Después de haber trabajado con mucha información y de haber formado una visión tan global del caso práctico, condensar todo lo aprendido y las estrategias desarrolladas en apenas unos minutos me resultaba complicado. Además, había que conseguir que los argumentos siguieran siendo sólidos a pesar del límite de tiempo y las líneas de ataque y defensa debían quedar perfectamente claras con tan solo mencionarlas en un par de frases. Los apartados a tratar eran muchos y aún más los matices del caso. Tenía esa sensación de que todo era importante y, al mismo tiempo, me sentía insegura por no saber cómo se desarrollaban las audiencias.

El resto de equipos había participado días atrás en una simulación denominada “PREMOOT”, donde las Universidades competían para ensayar de cara a la competición oficial. Eso daba tablas a los oradores y la ventaja de saber a qué dinámica de funcionamiento y exigencia del tribunal se enfrentaban.

Y además, a diferencia de las compañeras que actuaban como demandadas, que pudieron presenciar la primera audiencia y tener una toma de contacto con la competición, mi compañera Paula y yo íbamos a ciegas.

Por mi parte, los nervios fruto de las inseguridades mencionadas y de la gran responsabilidad que me correspondía como oradora representante de mi Universidad, en lugar de convertirse en un estímulo, me jugaron una mala pasada. Un despiste en el cálculo del tiempo de exposición de mi compañera hizo que su exposición durara unos pocos

minutos más de lo esperado. Y al no haber actuado yo en consecuencia, reduciendo más mis argumentos de tal forma que pudiera cuadrar el tiempo que restaba, el presidente del tribunal interrumpió mi exposición para advertirme de que debía terminar cuanto antes. Reconozco que ante ello debería haber reaccionado con rapidez, recomponiendo el discurso y finalizando correctamente. Sin embargo, su advertencia me bloqueó, hizo que me pusiera más nerviosa y a partir de ahí mi intervención no fue todo lo brillante que hubiera deseado.

Cuando finalizó la audiencia quedé disgustada. Consideré ese error como un fracaso y no podía dejar de pensar en que había fallado a mi equipo al no haber podido solucionar el problema de la distribución del tiempo. No contaba con ello y debía haber reaccionado de otra forma. Pero a pesar de ello, tenía claro que no podía venirme abajo y que debía aprender de esa mala experiencia de cara a la audiencia del miércoles. Precisamente esta competición, además de un escaparate para la Universidad de Oviedo, se había convertido en un reto personal que superar, por muchos obstáculos que vinieran y por mucha inseguridad que tuviéramos a la hora de afrontarlos, como consecuencia de la inexperiencia. Lo hecho, hecho estaba y no quedaba más remedio que adaptarse, venirse arriba e intentar compensar el error del lunes en la exposición del miércoles.

Y así fue. Llegó el miércoles y, con él, la última audiencia de las Rondas Generales de la Universidad de Oviedo como parte demandante. Mi compañera y yo nos enfrentábamos a la Universidad de Asunción en la sede de la firma ROCA JUNYENT.

A medida que avanzaba la competición, los árbitros se volvían más exigentes e introducían dinámicas distintas para desconcertar a los participantes y poner a prueba sus capacidades. Yo, con la lección aprendida, ya iba mentalizada de que podían exigirme resumir mi postura en un minuto. Por tanto, llevaba los tiempos muy controlados y la mente fría para reaccionar ante lo que se me planteara. Sin embargo, ese día a nosotras nos tocó un tribunal que decidió conceder libertad a cada orador/a para que expusiera sus argumentos en un tiempo máximo de media hora. Al hilo de su exposición, los árbitros le interrumpirían cuando creyeran conveniente y le formularían las preguntas y observaciones que quisieran. De esta manera, la exposición de cada equipo se acabó convirtiendo en una especie de diálogo o discusión jurídica entre los árbitros y los oradores y duró alrededor de unos 50 ó 60 minutos aproximadamente.

Reconozco que en esta ocasión disfruté, y mucho, la audiencia. La mala experiencia del lunes, las ganas de remediar y compensar mi primera exposición y el haber presenciado otras audiencias, hicieron que en esta ocasión la exposición fuera muy bien. También ayudó la metodología seguida por el tribunal, porque llevaba tan trabajado el caso que no temía ningún tipo de pregunta. Además, me sentía muy cómoda con esa dinámica porque las preguntas que me formularon fueron muy interesantes y me permitieron lucirme y exponer con detalle la postura de la demandante, obteniendo en esta audiencia la puntuación más alta de todo el quipo en la competición: 49/50 puntos. Cuando finalizó la audiencia, uno de los árbitros se acercó a felicitarme por la exposición, la claridad y calidad de las respuestas, lo que me enorgulleció al ver que había terminado mi participación en el MOOT contribuyendo a dejar en buen lugar a la Universidad, a mis profesores y a mis compañeras.

6. VALORACIÓN DE LA ACTIVIDAD

De la experiencia fruto de haber participado en el MOOT Madrid 2015 me llevo muchas cosas buenas y muy pocas realmente “malas”. Si tuviera una balanza y pudiera pesar cada sensación, aprendizaje y sentimiento que me llevo de haber participado, sin duda se inclinaría más hacia el lado positivo que hacia el negativo.

Aunque la fase oral solamente dura cuatro fugaces días de abril, el MOOT empieza en septiembre, al día siguiente de la publicación del caso práctico, con las presentaciones, las primeras reuniones entre compañeras, el aluvión de información y todo el trabajo de investigación que a continuación se desarrolla. Y ahora, echando la vista atrás, el balance que hago de todo lo vivido dentro de esta actividad es más que positivo; no solo porque participar en este tipo de competiciones aporte un plus en mi currículum y mi formación académica (que también), sino porque he comprobado a nivel personal que hasta de las cosas que no salieron del todo bien, de los roces y de la presión, hay un aprovechamiento positivo.

6.1. A nivel personal.

Los inicios fueron complicados. Estábamos inmersas en pleno Máster de la Abogacía, con prácticas y exámenes inminentes que condicionaban nuestro plan de trabajo. Apenas teníamos tiempo efectivo para el estudio del caso y la redacción de la demanda como exigía un comienzo en este tipo de actividades.

El primer escrito no fue del agrado de los tutores y tras la primera redacción, antes de Navidad, el grupo sufrió una crisis a causa del agotamiento y la presión. A punto estuvimos de abandonarlo todo y dejar de lado nuestra participación en la competición. Las distintas formas de trabajar y enfocar la actividad, el miedo a no dar la talla o no estar a la altura de las circunstancias (por imposibilidad objetiva, dadas nuestras circunstancias personales) y el miedo a decepcionar a los profesores y patrocinadores, unido a la repercusión que en nuestras notas del Máster podría tener el esfuerzo que había que hacer, hizo que algunas compañeras nos planteáramos seriamente la viabilidad de seguir adelante con el MOOT. Tras conversar con nuestros tutores y gracias a la iniciativa de dos compañeras, conseguimos superar esa barrera y el equipo salió más reforzado en lo que a ilusión se refiere, de cara a afrontar los retos de la actividad. Precisamente ese mal trago me enseñó, entre otras cosas, que no hay

que rendirse nunca y que es mejor no dejarse llevar por los impulsos que genera una mala racha.

Tener la capacidad de trabajar en equipo es esencial. Desde un punto de vista laboral las empresas valoran muchísimo integrar a personas que sean asertivas, responsables, respetuosas y que sepan liderar y también ser liderados. Las actividades tipo MOOT fomentan estas habilidades y desarrollan, en aquellos que no la tienen, la capacidad para integrarse en un conjunto y abandonar el individualismo al que nuestro sistema educativo nos suele tener acostumbrados.

En el epígrafe anterior relataba la mala experiencia que viví en la primera audiencia. A día de hoy, considero positiva esta incidencia, porque a raíz de ese episodio conseguí superar mis inseguridades y aprendí a gestionar las emociones cuando hablo en público o me enfrento a un tribunal. Aprendí a buscar recursos para salir de ese tipo de situaciones y a controlar los nervios. Pero sobre todo aprendí a confiar más en mis capacidades y a no ser tan excesivamente exigente conmigo misma, porque tal nivel de exigencia en ocasiones es contraproducente.

Por lo que respecta al contexto de la competición, que se corresponde con el viaje a Madrid, a nivel personal también reportó ventajas, ya que es una excelente oportunidad para conocer a todo tipo de profesionales del Derecho y también a compañeros de otras universidades de España y del mundo de los que se pueden aprender, entre otras cosas: estilos de exposición, formas de dirigirse al tribunal, pautas de comportamiento, etcétera.

6.2. A nivel académico.

A nivel académico o, si se prefiere, profesional, el MOOT no sólo aporta unos conocimientos extra en materias específicas y de proyección internacional sino que, además, ofrece una visión global del Derecho, muy necesaria en los alumnos que, acostumbrados a estudiar esta disciplina por segmentos, a veces mostramos dificultades para interrelacionar los conceptos y las materias.

El arbitraje no es una institución que se estudie en detalle en la facultad de la Universidad de Oviedo. Apenas se menciona en la teoría básica del Derecho procesal como

método extrajudicial de resolución de conflictos, y no se entra a analizar sus características, aplicación y dinámica de un modo exhaustivo. Ello hace que nos acabemos olvidando de él y que nos parezca algo extraño, casi ajeno al Derecho. Sin embargo, gracias al MOOT descubrí la gran importancia que tiene esta figura y lo curioso que es su funcionamiento. El arbitraje es dinámico, flexible, especializado y muy útil para aquellas personas que estén interesadas en la asesoría empresarial o en la proyección internacional de su carrera profesional como abogado.

La redacción de dos escritos en los que hay que defender, previa argumentación jurídica, una postura determinada, mejora la expresión escrita. Además, las capacidades de análisis y síntesis se potencian más que nunca, porque hay que trabajar con mucha información, filtrándola y sintetizándola de tal forma que se comprenda y de respuesta efectiva a lo que se necesita.

Por otro lado, la necesidad de prepararse para una audiencia y enfrentarse por primera vez a un tribunal “de verdad”, integrado por profesionales que no conoces y que evalúan como si de un caso real se tratase, contribuye a mejorar notablemente la expresión oral y da tablas. La necesidad de persuadir y expresar con claridad los argumentos e ideas hace que necesariamente cambiemos nuestro registro habitual y adoptemos un papel más dinámico y, si se quiere, más agresivo a la hora de exponer. La entonación, el énfasis en según qué frases, el uso de expresiones para captar la atención del tribunal o la distribución de los tiempos, son solo algunos de los muchos detalles que se aprende a valorar y tener en cuenta, tanto en la Fase Escrita como en el desarrollo de la Fase Oral del MOOT.

Además, el MOOT ofrece una visión muy útil de cara a saber en qué consiste realmente la profesión de abogado. Durante el estudio de la carrera, si una persona no tiene familiares o allegados que se dediquen profesionalmente al ejercicio profesional de la abogacía, pudiendo ver su día a día, difícilmente podrá hacerse una idea que sea fiel reflejo de lo que implica ser abogado y qué se siente al subir a un estrado. Gracias al MOOT yo he podido tener una primera aproximación a esa experiencia y a día de hoy reconozco que me ha servido de mucho.

En el apartado negativo, si bien es cierto que durante el desarrollo de la competición hay partes menos agradecidas o pequeños detalles que no gustan, analizados en perspectiva

son solamente aspectos intrínsecos al trabajo que se realiza durante meses y lo que implica aventurarse en una actividad de tal calibre por vez primera.

De hecho, si tuviera la oportunidad de volver atrás, a septiembre del año pasado, habría apostado por otra organización a la hora de distribuir y trabajar el caso con mis compañeras y habría fijado más reuniones con los profesores. Pero esta apreciación la hago ahora, una vez vivido el MOOT, cuando todo se ve más fácil desde el sitio del público y no desde el escenario. Y no dejan de ser “gajes del oficio”, es decir, pequeños problemas propios de la inexperiencia que tampoco calificaría como aspectos negativos.

Por lo que respecta al trabajo, evidentemente hay que esforzarse y privarse de horas de estudio, ocio o descanso durante varias semanas. Pero eso es algo inherente a cualquier actividad académica de este nivel. Sin esfuerzo no se obtiene ninguna recompensa y a día de hoy puedo decir que merece la experiencia vivida merece mucho la pena.

6.3. Propuestas de mejora.

Lo que es importante es utilizar este balance para mejorar de cara a una futura participación.

En mi opinión, considero fundamental que tanto profesores como alumnos lean y analicen el caso práctico tan pronto como sea posible y creen una agenda o calendario de trabajo donde se fijen reuniones periódicas y temas concretos a tratar. Por supuesto, la iniciativa y el trabajo deben correr a cargo de los alumnos participantes, pero es básico que ambas partes conozcan bien el caso y que se establezcan estrategias comunes que faciliten la labor de investigación, tutela y desarrollo de las distintas líneas que se vayan fijando.

También sería interesante que el grupo estuviera integrado por buenos investigadores, buenos redactores y buenos oradores. Es posible que una misma persona reúna las tres cualidades, pero no necesariamente ha de ser así. Evidentemente la carga de trabajo ha de estar bien repartida para que no haya desigualdades entre los integrantes del grupo, pero siempre hay personas a las que no les gusta hablar en público y que, sin embargo, son muy eficaces aportando un trabajo escrito de calidad. Y al revés, personas que quizás no se expresan por escrito adecuadamente, en cambio tienen buena oratoria y consiguen exponer

un argumento de forma brillante y con buenos recursos dialécticos. Además, aunque parezca que el trabajo de “orador” puede ser más liviano que el de aquella persona que redacta, por experiencia propia puedo asegurar que no es así. Las personas encargadas de defender a la universidad tienen una gran responsabilidad y también tienen que desarrollar unas capacidades específicas para ser perfectos en la exposición. La síntesis y la transformación de argumentos complejos a simples, amoldándolos a un lenguaje más dinámico y directo a la par que técnico, también conlleva un trabajo importante. Por no hablar de la presión, los nervios, así como la rapidez mental y la preparación adicional que han de tener para enfrentarse a las preguntas del tribunal.

Si se consigue un equilibrio entre los miembros del equipo el trabajo fluye mejor, y si cada uno tiene clara cuál es su responsabilidad desde el principio, es más sencillo detectar de forma rápida si esa persona es válida o no para defender ese papel, si le corresponde mejor otro, pudiendo intercambiar los roles, o si directamente no debe participar en la actividad.

Asimismo, de cara a facilitar la preparación de los alumnos para la fase oral, quizás sería interesante que se realizaran reuniones periódicas una vez entregados los escritos de demanda y de contestación. Así, se podría examinar su expresión oral, sus capacidades y su evolución. De esta manera, una vez concluida la fase escrita de la competición, los ensayos que se programen serán de mayor calidad y los alumnos estarán mejor preparados en lo que a síntesis de argumentos y tiempo de exposición se refiere.

ANEXO 1. ESCRITO DE DEMANDA

CASO MOOT 2015

ESCRITO DE INTERPOSICIÓN DE DEMANDA

ÍNDICE

I.	HECHOS	1
II.	FUNDAMENTOS JURÍDICOS	
-	PRIMERO. COMPETENCIA.	3
-	SEGUNDO. LEGITIMACIÓN.	5
-	TERCERO. IMPROCEDENCIA DE LA INTERVENCIÓN DE TERCEROS.	5
-	CUARTO. LEY APLICABLE.	6
-	QUINTO. PLENO CUMPLIMIENTO DEL ACTOR Y ENTREGA DE BIENES CONFORMES.	8
-	SEXTO. INCUMPLIMIENTO DEL DEMANDADO EN LA FABRICACIÓN Y COMERCIALIZACIÓN DE LOS PRODUCTOS.	10
-	SÉPTIMO. INOBSERVANCIA DEL PACTO DE EXCLUSIVIDAD POR EL DEMANDADO.	13
-	OCTAVO. ACTUACIÓN DEL DEMANDADO EN PERJUICIO DEL PRESTIGIO DE RAYUELA.	17
-	NOVENO. INCUMPLIMIENTO DEL DEMANDADO DE LOS OBJETIVOS DE VENTAS PACTADOS.	18
-	DÉCIMA- DERECHO DE RAYUELA A RESOLVER EL ÍNTEGRO CONTRATO DE MÁSTER FRANQUICIA.	19
-	DECIMOPRIMERA. COSTAS.	20
III.	SUPLICO AL TRIBUNAL	20
IV.	OTROSÍ DIGO PRIMERO.	21
V.	OTROSÍ DIGO SEGUNDO.	21
VI.	OTROSÍ DIGO TERCERO.	23
VII.	OTROSÍ DIGO CUARTO.	24
	ANEXO I: BIBLIOGRAFÍA	26
	ANEXO II: CITAS JURISPRUDENCIALES.	29

ABREVIATURAS

Artículo(s)	Art (s)
BESTIARIO S.L.	BESTIARIO
Corte de Arbitraje de la Cámara Oficial de Comercio de Industria Convenio regional de Mercounión por el que se establece un Código de Derecho Internacional Privado, de 26 noviembre 1990	CAM CRM
Convención de las NNUU sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, suscrita en Viena el 11 de abril de 1980	CISG
DIVERTIMENTO FRANQUICIA	DIVERTIMENTO
ESPERANZA S. L.	ESPERANZA
Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional	Ley Modelo de la CNUDMI
Ley de Protección de los franquiciados con establecimientos en Andina de 16 de agosto de 1968	Ley de Protección de los franquiciados
PAMEOS S.A.	PAMEOS
Reglamento de Arbitraje de la Corte de Arbitraje de Madrid	Reglamento de la CAM
RAYUELA PASTELERÍA S.A.	RAYUELA

A LA CORTE DE ARBITRAJE DE LA CÁMARA
OFICIAL DE COMERCIO E INDUSTRIA DE MADRID

1. JULIO CORTÁZAR, mayor de edad, como representante de la sociedad RAYUELA PASTELERÍA S.A., con domicilio social en la calle Alifanfarón, núm. 77, ciudad de Barataria, Cervantia y con domicilio a efectos de comunicaciones en la calle Pentapolín 369, ciudad de Barataria, Cervantia, según ha quedado acreditado en el DOCUMENTO núm. 1 adjuntado al efecto en la solicitud de arbitraje, ante la Corte de Arbitraje de la Cámara Oficial de Comercio e Industria de Madrid, comparezco y como mejor proceda en Derecho, DIGO:

2. Que por medio del presente escrito formulo **DEMANDA ARBITRAL** contra la mercantil PAMEOS S.A., con domicilio social en Avda. Atahualpa, núm. 99, ciudad de Yahuarpampa, Andina, al amparo de lo dispuesto en el Art. 24 del Reglamento de Arbitraje de la Corte de Arbitraje de Madrid de 1 de enero de 2009, y con base en los siguientes:

HECHOS:

PRIMERO.

3. RAYUELA PASTELERÍA S.A. -en adelante, RAYUELA-, posee un total de ochenta y un establecimientos propios y ciento cuarenta franquiciados, distribuidos en diferentes Estados. RAYUELA es una reconocida empresa del sector de la hostelería, consolidada en el mercado, que ha desarrollado las citadas operaciones comerciales durante un largo período de tiempo sin ningún tipo de desavenencia con sus franquiciados.

SEGUNDO.

4. Mi representada, en calidad de franquiciador, suscribió en fecha diez de diciembre de 2012, contrato de Máster Franquicia con la sociedad PAMEOS S.A. -en adelante, PAMEOS-, franquiciado principal y parte demandada en el presente procedimiento. Dicho contrato se suscribió sin incidencias, y acto seguido se remitió a PAMEOS el Manual de Franquicia y el Libro de Productos, documentos que forman parte del contrato, siendo todo ello recibido y aceptado por Dña. Lucía Lamaga, Consejera Delegada de PAMEOS.

TERCERO.

5. En el contrato se contempla la compraventa de máquinas Rocamadour, la licencia de uso del software de las mismas con la que desarrollar los productos comercializados por RAYUELA y se pacta el derecho a una utilización exclusiva de los productos y el *know how* de RAYUELA en los territorios de Andina y de Aztequia.

CUARTO.

6. La colaboración entre los contratantes se desarrolló de forma fluida y sin incidencias durante los primeros meses, sin que en ningún momento PAMEOS comunicara a mi representada lo contrario; motivo por el cual esta parte se vio totalmente sorprendida al recibir un correo electrónico de Dña. Lucía Lamaga el día 16 de mayo de 2014, en el que se informaba que por orden de las autoridades sanitarias de Andina, PAMEOS debía dejar de comercializar las *Meopas*, unos pasteles personalizados con colores y formas que constituyen una de las señas de identidad de RAYUELA. Ante esta noticia, mi representada realizó una serie de indagaciones que le llevaron a descubrir que PAMEOS comenzó a utilizar un colorante específico, denominado Azul C-12, lo cual causó una coloración dental a los consumidores de *Meopas* que no podía eliminarse si no se recurría a tratamientos de limpieza dental. Este hecho trascendió a la

prensa, dándose a conocer como "*el fenómeno de la dentadura de pitufo*", lo cual dañó gravemente la imagen de RAYUELA. En consecuencia, mi representada se vio obligada a emitir un comunicado de prensa el día 30 de mayo de 2014, en el que indicó que la comercialización de los productos con colorante Azul C-12 cesaría inmediatamente.

QUINTO.

7. Asimismo, en la citada comunicación del día 16 de mayo de 2014, PAMEOS informó a esta parte que se encontraba cerrando negociaciones con la empresa ESPERANZA S.L. -en adelante, ESPERANZA-, para comercializar *Cronopios*, otro tipo de pasteles asociados a RAYUELA, que incluirían la imagen de los personajes de dibujos animados de la serie *Famas*, cuya propiedad intelectual corresponde a ESPERANZA. Sin embargo, lo comunicado dista mucho de lo ocurrido en realidad, pues PAMEOS tiempo atrás había comenzado a comercializar los *Cronopios* con los dibujos de las *Famas* sin la autorización ni el conocimiento de la titular de los derechos de propiedad intelectual, ESPERANZA, ni, por supuesto, de RAYUELA.

SEXTO.

8. Ante esta situación, RAYUELA solicitó de PAMEOS un cese en los citados comportamientos, así como una actitud de colaboración para evitar mayores perjuicios en su imagen. No obstante, PAMEOS, desoyendo las instrucciones dadas por el franquiciador, siguió comercializando productos que utilizaban el colorante Azul C-12 en el territorio de Aztequia.

SÉPTIMO.

9. De acuerdo con el contrato Máster Franquicia, PAMEOS tenía la obligación de alcanzar al menos unos objetivos de ventas de 2.000.000 € durante el primer año; sin embargo la parte demandada incumplió la citada obligación, pues sólo alcanzó un total de 1.600.000 €.

OCTAVO.

10. Por otro lado, las franquicias de PAMEOS, desarrollaron el programa de fidelización del cliente denominado "*la tarta en casa*", fuera de los límites establecidos por la cláusula de exclusividad territorial del contrato, todo ello sin el conocimiento ni aprobación de RAYUELA. Mediante esta campaña, PAMEOS o sus franquiciados contactaban directamente con clientes cuyos datos reflejaban que su domicilio se encontraba en Pampia, lugar excluido del ámbito de aplicación territorial del contrato Máster Franquicia.

NOVENO.

11. Esta suma de hechos constituyó una prueba definitiva de que PAMEOS es una contraparte en la que no se puede confiar y que ostenta actitud abiertamente hostil, algo que impide llevar a cabo una relación como la que tiene por objeto un contrato de Máster Franquicia. Por ello, en fecha 18 de julio de 2014, RAYUELA remitió una comunicación a PAMEOS en la que indicaba que debido a todos los incumplimientos contractuales en que había incurrido el franquiciado principal, era su intención poner fin a la relación contractual que les unía, dando a PAMEOS un mes para liquidar el negocio, momento a partir del cual RAYUELA cesaría en el suministro de ingredientes y materiales. No se obtuvo respuesta de PAMEOS a tal comunicación, simplemente se recibió una notificación de su abogado que indicaba que la terminación del contrato era ilícita. Ante esta situación mi representada ha continuado suministrando productos a PAMEOS hasta la fecha, pero se precisa poner fin a esta situación. Por ello, se viene a interponer la presente demanda ante este Tribunal Arbitral.

Que a estos hechos les son aplicables los siguientes,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- COMPETENCIA.

12. La Corte de Arbitraje de la Cámara Oficial de Comercio e Industria de Madrid –en adelante CAM–, es competente para la resolución de la presente controversia porque le viene atribuida, de forma exclusiva y excluyente al amparo del convenio arbitral suscrito por las partes de este procedimiento. En efecto, existe competencia del Tribunal Arbitral, dadas la validez y eficacia del convenio arbitral relativo a la resolución de los conflictos que puedan surgir a raíz del Contrato de Máster Franquicia¹.

13. El acuerdo arbitral está recogido en la **Cláusula V del Manual de Franquicia** entregado por RAYUELA a PAMEOS que estipula literalmente: *“Toda controversia derivada de este contrato o que guarde relación con él, incluida cualquier cuestión relativa a su existencia, validez o terminación, será resuelta definitivamente mediante arbitraje de Derecho, administrado por la Corte de Arbitraje de la Cámara Oficial de Comercio e Industria de Madrid [...]. La sede del arbitraje será Matrice, Madre Patria”*².

14. El carácter contractual queda acreditado, de un lado, por el encabezamiento del Manual de Franquicia, en el que literalmente se indica que: *“El presente documento forma parte del contrato de franquicia suscrito entre el franquiciador (Rayuela Pastelería, S.A.), y el franquiciado principal (Pameos, S.A.)”*, adjuntado como DOCUMENTO núm. 5 de la solicitud de arbitraje. Y de otro lado, la validez y aceptación del mismo por la comunicacón expedida por la Consejera Delegada de PAMEOS con fecha de 14 de diciembre de 2002 dirigida a mi representada en la que manifiesta lo siguiente; *“Acuso recibo del Manual y del Libro de Productos. **No dudes que cumpliremos a rajatabla con todas las indicaciones, requisitos y formalidades ahí indicadas**”*³. En consecuencia, no existe ninguna duda sobre la existencia y aceptación por ambas partes litigiosas del convenio arbitral.

15. Una vez afirmado lo anterior, existen fundamentos de peso para acreditar la validez del convenio de arbitraje. El Estado de Madre Patria, lugar de la sede del Tribunal Arbitral elegido por las partes y, para mayor abundamiento, los Estados donde se hallan domiciliadas las sociedades integrantes de la *litis*, han incorporado a su Derecho Interno la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional –en adelante Ley Modelo de la CNUDMI–. A tal efecto, el Art. 1.2) de la citada norma dispone: *“Las disposiciones de la presente Ley [...] se aplicarán únicamente si el lugar del arbitraje se encuentra en el territorio de este Estado”*. En consecuencia, queda acreditado que nos encontramos dentro del ámbito espacial de la norma. La aplicación material de dicha Ley resulta además evidente, por estar ante un supuesto de arbitraje comercial internacional⁴, al tener las partes, en el momento de celebrar el acuerdo de arbitraje, sus establecimientos en diferentes Estados [Art. 1.3.a)].

¹Vid. FERNÁNDEZ ROZAS, J. C., *Tratado del Arbitraje Comercial Internacional en América Latina*, Madrid, 2008 (pp. 588 y ss.).

² En el momento en que las partes insertan una cláusula de arbitraje en un contrato existe una presunción de que su intención ha sido la de establecer un mecanismo eficaz para solucionar los litigios previstos en la misma. ARENAS GARCÍA, R., DE MIGUEL ASENSIO, P. A., FERNÁNDEZ ROZAS, J. C., *Derecho de los negocios internacionales*, Madrid, 2011 (p. 653).

³ Sobre la validez y formalidades del convenio arbitral contenido en un contrato vid. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J. Y VIRGÓS SORIANO, M. *Derecho procesal civil internacional. Litigación internacional*. Navarra, 2007 (pp. 318 y ss.).

⁴ Con ello se evita, como indica ROQUE J. CAIVANO (*La Cláusula Arbitral: Evolución Histórica y Comparada*, Cámara de Comercio de Bogotá, Universidad del Rosario, 2008, p. 142), que las disparidades entre las legislaciones nacionales creen obstáculos para el comercio internacional. Así, en palabras de la propia Secretaria de la CNUDMI

16. De acuerdo con el Art. 1.5) de la Ley Modelo de la CNUDMI, en conexión con el citado Art. 1.2) se han de tener en cuenta las leyes vigentes en el Estado sede del arbitraje y no en otros Estados. En consecuencia, serán aplicables las Leyes vigentes en Madre Patria en virtud de las cuales determinadas controversias no sean susceptibles de arbitraje o se puedan someter a arbitraje únicamente de conformidad con disposiciones que no sean las de la Ley Modelo de la CNUDMI. Por ello, **en ningún caso, las leyes de terceros Estados pueden desvirtuar la aplicación de una cláusula arbitral.**

17. Por todo lo cual, la arbitrabilidad de la controversia queda confirmada por la Ley de la sede del arbitraje. **No hay norma de orden público internacional** –ni del lugar de la sede del arbitraje ni del Estado donde se ha de ejecutar el laudo arbitral– que limite la arbitrabilidad acreditada por el conjunto de argumentos anteriormente expuestos.

18. Asimismo, el convenio arbitral reúne los requisitos de forma requeridos al amparo del Art. 7 opción II de la Ley Modelo de la CNUDMI. En efecto, Madre Patria, sede del arbitraje, ha incorporado a su Derecho interno la Ley Modelo con las enmiendas aprobadas en el 2006, Opción II del Art. 7, conforme a la cual, el acuerdo de arbitraje no requiere ningún requisito de forma. No obstante, en el caso que nos ocupa, y para mayor seguridad jurídica, dicho convenio consta por escrito, como ha quedado anteriormente acreditado en el Manual de Franquicia – Cláusula V–. Puede decirse, incluso, que el convenio cumpliría con los requisitos de forma que se señalaban en la anterior versión de la Ley Modelo de 1985.

19. A lo anterior podemos añadir que todos los Estados que guardan alguna relación con esta controversia han ratificado la Convención de Nueva York de 1958 sobre reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras, en cuyo artículo II se establece que: *“Cada uno de los Estados Contratantes reconocerá el acuerdo por escrito conforme al cual las partes se obliguen a someter a arbitraje todas las diferencias o ciertas diferencias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto a una determinada relación jurídica, contractual o no contractual, concerniente a un asunto que pueda ser resuelto por arbitraje.”*

20. Por otro lado, es relevante recordar un principio clásico, conocido como **Compétence sùr compétence**⁵ –*competencia de la competencia*– uno de los principios más básicos del arbitraje comercial internacional, al amparo del cual, se faculta al Tribunal Arbitral para decidir sobre su propia competencia. El objeto del citado principio es evitar que la mera invocación sobre la incompetencia del Tribunal Arbitral por una de las partes, retrase o interrumpa las actuaciones arbitrales. Este principio se recoge no sólo en el Art. 16 de la Ley Modelo de la CNUDMI, sino también en los Arts. 8.1.a) y 34.1 del Reglamento de la Corte de Arbitraje de Madrid –en adelante Reglamento de la CAM–, de modo que la propia CAM será competente no sólo para decidir sobre su propia competencia, sino también sobre las excepciones relativas a la validez o a la existencia del acuerdo de arbitraje⁶.

(Nota Explicativa de la Secretaría de la CNUDMI acerca de la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1985, en su versión enmendada en 2006), esta Ley Modelo constituye un instrumento sólido de armonización, modernización y perfeccionamiento para hacer frente a las considerables disparidades existentes entre las diversas leyes nacionales de arbitraje, que son, a su vez, particularmente inadecuadas para regular los casos internacionales por imponer principios locales tradicionales y no ser capaces de satisfacer las necesidades de la práctica moderna.

⁵ UNCITRAL, 2012 *Digest of Case Law on the Model Law on International Commercial Arbitration*, United Nations Publication, Vienna, 2012, p. 78.

⁶ Ejemplos de práctica arbitral internacionalmente aceptada en que los tribunales arbitrales hayan hecho uso de esta facultad para decidir sobre su propia competencia los encontramos, por ejemplo, en el Caso núm. 147, de la Moscow City Court, de 13 de diciembre de 1994, *CLOUT*, en la que se confirmó la facultad del Tribunal arbitral

21. A mayor abundamiento, el hecho de que la normativa de Andina (Art. 1 de la Ley de Protección de los franquiciados) impida el sometimiento a arbitraje de la controversia, antes de nacer la misma, no supone obstáculo alguno a la competencia de este Tribunal Arbitral (Matrice, Madre Patria) para conocer del asunto planteado. Primero, porque el ordenamiento jurídico de referencia del arbitraje es Madre Patria que, como ya se ha manifestado, admite plenamente todo acuerdo de arbitraje de conformidad con la Ley Modelo de la CNUDMI. Segunda, porque la imperatividad de esta Ley es interna y no afecta al orden público internacional. Por lo que el laudo que, en su momento se dicte, será allí reconocido sin que quepa alegar la inarbitrabilidad interna ni la contrariedad con el orden público interno en un supuesto internacional (vid. laudos de la CCI, núms. 6379/1990 y 6752/1991⁷).

22. Recapitulando, la norma del Estado de Andina como norma de orden público interno en nada afecta a la validez del convenio arbitral suscrito por las partes del litigio ni a la arbitrabilidad de la controversia suscitada.

SEGUNDO.- LEGITIMACIÓN.

23. **LEGITIMACIÓN ACTIVA**: ostenta legitimación activa la parte demandante, RAYUELA, al ser titular de la relación jurídica y perjudicada en sus intereses.

24. **LEGITIMACIÓN PASIVA**: PAMEOS como parte demandada ostenta la legitimación pasiva al ser, igualmente, titular de la relación jurídica y causante de los perjuicios irrogados a la demandante.

TERCERO. IMPROCEDENCIA DE LA INTERVENCIÓN DE TERCEROS.

25. No es admisible la participación de DIVERTIMIENTO FRANQUICIA –en adelante DIVERTIMIENTO– en el presente procedimiento arbitral en base a las argumentaciones que se exponen a continuación.

26. En primer lugar, es preciso mencionar que el Art. 9.2 del Reglamento de la CAM atribuye al Tribunal Arbitral la facultad de acordar la admisión de la intervención de un tercero como parte en el presente arbitraje. No obstante, de acuerdo con el tenor literal del precepto, la intervención de un tercero debería acordarse, en su caso, **previa solicitud de cualquiera de las partes**, es decir, mediante solicitud o bien de mi representada o bien de PAMEOS, y no de forma unilateral por la sociedad objeto de intervención.

27. De acuerdo con los documentos que obran en la controversia, ninguna de las partes ha solicitado la intervención de DIVERTIMIENTO. Es más, la conducta de éstas en el inicio del

para decidir sobre su propia competencia o, entre otros muchos, también en el Caso núm. 20 de la High Court of Hong Kong, de 29 de octubre de 1991, *CLOUT*, en que el Tribunal Arbitral señaló que lo que le correspondía hacer en primer lugar era decidir sobre su propia competencia.

⁷ En el laudo de la CCI, caso núm. 6752, ICC, 1991, *Collection of ICC Arbitral Awards 1991-1995*, ante una controversia planteada sobre un contrato de distribución en exclusiva, las partes eligen como Derecho aplicable al contrato el Derecho italiano. El árbitro, siguiendo el criterio amplio de la autonomía de la voluntad, identifica ese Derecho como el que debe regir el convenio arbitral y, en consecuencia la arbitrabilidad, subsumiendo la determinación normativa de todos los elementos del arbitraje a la autonomía de la voluntad elegida por las partes en la *lex contractus*. Ante la casi seguridad de que el laudo sea ejecutado en Bélgica, donde los contratos de distribución en exclusiva son inarbitrables según una normativa imperativa contenida en la Ley Belga de 27 de julio de 1961, modificada por la Ley de 13 de abril de 1971, el árbitro estima que la normativa imperativa alegada de contrario es una norma interna y no afecta al orden público internacional. En consecuencia, el laudo arbitral será allí reconocido sin que quepa alegar su inarbitrabilidad interna ni la contrariedad con el orden público interno en un supuesto internacional.

procedimiento demuestra la irrelevancia de la partición de la solicitante. Con anterioridad a la notificación de la Orden Procesal núm. 2 emitida por el Tribunal Arbitral, no se tenía conocimiento alguno de la existencia de DIVERTIMENTO como sub-franquiada.

28. Pero, incluso si se acordase la posible participación de DIVERTIMENTO al amparo del Art. 9.2 del Reglamento de la CAM, ésta no resultaría admisible en cuanto mi representada no ha tenido **ningún tipo de contacto con la solicitante**. Esta parte ha suscrito un contrato Máster Franquicia con PAMEOS y es en relación a ella con la que deben aclararse las implicaciones de detener el uso del colorante Azul C-12, en ningún caso con otros sub-franquiados como puede ser DIVERTIMENTO. En consecuencia, de la mera posesión del Manual por parte de DIVERTIMENTO no se puede derivar la existencia de derechos contractuales, puesto que para la perfección de un contrato es necesario el **consentimiento mutuo de las partes**, algo que no tuvo lugar entre mi representada y la solicitante, ya que no ha existido conocimiento ni tratos previos.

29. Como se argumentará en la presente demanda, se solicita por esta parte la extinción del contrato con PAMEOS de acuerdo con el **apartado primero de la Cláusula DECIMOSEXTA** del mismo, consecuencia de los sucesivos incumplimientos en los que la parte demandada ha incurrido. No tiene cabida, por ende, la intervención de terceros no contratantes como parte procesal.

30. Cuestión distinta es que la extinción del contrato de Máster Franquicia implique, según lo establecido en el apartado tercero de la Cláusula anteriormente mencionada, la resolución automática de los contratos celebrados entre el franquiciado principal y los sub-franquiados. Por lo tanto, la resolución del contrato entre PAMEOS y DIVERTIMENTO es consecuencia directa del incumplimiento contractual del franquiciado principal y deberá discutirse en su propia *litis*, de acuerdo con las cláusulas de arreglo de controversias pactadas en dicho contrato. No puede, por tanto, imputarse ningún tipo de responsabilidad a mi mandante por los perjuicios que pudieran haber sufrido los sub-franquiados.

31. En conclusión y a la luz de lo expuesto, queda clara la imposibilidad de intervención de la sociedad DIVERTIMENTO en el procedimiento.

CUARTO. LEY APLICABLE.

32. El contrato de franquicia *–franchising–* es un contrato mixto⁸, con un funcionamiento dual y que se compone de dos tipos contractuales diferenciados: la colaboración comercial entre las partes, y la celebración de compraventas en ejecución de dicha colaboración⁹. Partiendo de este dato, es de notar que las partes convinieron como Derecho aplicable al contrato el **Derecho de Cervantia** y los principios generales aplicables a las transacciones comerciales internacionales¹⁰. Todo ello al amparo de la **Cláusula TRIGÉSIMA del contrato de Máster Franquicia**

⁸ Vid. AA.VV. Principles of European Law on Commercial Agency, Franchise and Distribution Contracts (PEL CAFDC), Munich, 2006 (p. 210).

⁹ Vid. STJUE de 19 diciembre 2013, as. C-9/12: *Corman–Collins SA c. La Maison du Whisky SA*.

¹⁰ Las partes pueden restringir el campo de aplicación del Derecho nacional elegida combinándolo con los Principios Generales del Derecho, *cf.*, P. Weil, "Principes généraux du droit et contracts d'Etat", *Le droit des relations économiques internationales. Etudes offertes à B. Goldman*. París, 1982, p. 388, y los laudos arbitrales donde las partes han elegido el Derecho aplicable haciendo uso de dicha combinación, *cf.*, el laudo núm. 2216/1974, *Jur. arb. CCI*, Y. Derains, 1985, pp. 105-108, con observaciones de Y. Derains, *ibid.* pp. 108-110.

También, en los laudos de la CCI, caso núm. 2216, ICC, 1975, *Clunet* y caso núm. 2139, ICC, 1978, *YCA*.

33. La elección de Derecho aplicable es plenamente válida al amparo del Art. 28 de la Ley Modelo de la CNUDMI, por cuanto se establece que para resolver el fondo del litigio el Tribunal Arbitral aplicará “*las normas de derecho elegidas por las partes como aplicables al fondo del litigio.*” Asimismo, “*en todos los casos, el tribunal arbitral decidirá con arreglo a las estipulaciones del contrato y tendrá en cuenta los usos mercantiles aplicables al caso*”, tal como se reconoce en el apartado cuarto del citado precepto. Esta conclusión queda corroborada, de un lado, por el Art. 21 del Reglamento de la CAM y de otro, por el Art. 15 del Convenio regional de Mercosur por el que se establece un Código de Derecho Internacional Privado, de 26 noviembre 1990 –en adelante CRM–, del que es parte Madre Patria.

34. Por otro lado, consecuencia del carácter mixto del contrato de franquicia es la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, suscrita en Viena el 11 de abril de 1980 –en adelante CISG–. Como ha quedado expuesto al inicio de esta cuestión, el contrato de franquicia se compone de dos tipos contractuales: la colaboración comercial y las operaciones de compraventa. Pues bien, en referencia a estas últimas, resulta exigible al contrato de compraventa la aplicación de la CISG de la que es parte Cervantia, tal como establece el **Art. 1.1.b) de la norma**¹¹. En consecuencia, al elegir las partes el Derecho de Cervantia, sin renuncia expresa a la aplicación de la CISG, ésta es aplicable a las operaciones de compraventa.

35. Así pues, el Derecho de Cervantia y la CISG conforman el Derecho rector de la presente controversia arbitral, sin que el Tribunal Arbitral pueda aplicar el Derecho de Andina, ni siquiera a título de ley de policía o de norma de orden público. **Ni en la Ley Modelo de la CNUDMI ni en el Reglamento de la CAM se hace, en ningún momento, referencia a la aplicación por parte del Tribunal Arbitral de las normas de orden público de terceros Estados, in casu Andina, cuyo ordenamiento no ha sido elegido.** El papel del arbitraje responde a una justicia privada que lleva al árbitro a responder, preferentemente, de acuerdo con la voluntad de sus legitimadoras, las partes. El principio rector de esta relación es, por tanto, la **autonomía de la voluntad de las partes**; quienes libremente pactaron la aplicación del Derecho de Cervantia con exclusión, por ende, del Derecho de Andina. Como señala el presidente de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo español, *la voluntad de las partes da lugar al nacimiento del arbitraje*¹².

36. De acuerdo con lo expuesto, resulta evidente que no puede aplicarse al fondo del asunto la Ley de Protección de los franquiciados de Andina, en lo que declara la nulidad de la elección de otra ley menos favorable para el franquiciado (Art. 2). A este respecto, la inaplicación de la norma controvertida está absolutamente justificada porque de lo contrario frustraría todo acuerdo libre entre las partes y conculcaría flagrantemente la Ley Modelo de la CNUDMI y el Reglamento de la CAM. El objeto de esta Ley de Andina contenido en sus considerandos (a saber, la protección de los franquiciados ante los fuertes abusos que las sociedades franquiciadoras ejercen sobre éstos), deja de tener sentido en un litigio que, precisamente, versa sobre los reiterados incumplimientos del franquiciado¹³.

¹¹ Por lo que al ámbito de aplicación de la CISG vid. Muñoz, E. y Schwenzer, I. *Schlechtriem & schwenzer: comentario sobre la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías*, Tomo I, Navarra, 2011 (pp. 187 y ss. y 210 y ss.).

¹² XIOL RÍOS, J. A., *El arbitraje y los tribunales de justicia*. Ponencia en el Club español del arbitraje, 9 de febrero de 2007 p. 11.

¹³ Las normas imperativas y de orden público interno de Estados, como en el caso del Estado de Andina, que cuentan la mayor parte de las veces con normas económicas y sociales demasiado estrictas y poco adaptadas a las transacciones transfronterizas deben ser descartadas. La finalidad que se consigue con la no aplicación de las normas imperativas y el orden público interno es doble: Por un lado, fomentar la tendencia de la aplicación estricta de un

37. Pero, a mayor abundamiento, aun cuando fuese enjuiciable el fondo del asunto de acuerdo con la Ley de Protección de los franquiciados, en nada afectaría, en último término, al hecho de si ha existido un verdadero incumplimiento por la demandada de sus obligaciones contractuales.

QUINTO. PLENO CUMPLIMIENTO DEL ACTOR Y ENTREGA DE BIENES CONFORMES¹⁴.

38. RAYUELA **ha cumplido correctamente sus obligaciones contractuales**. Las máquinas Rocamadour necesarias para la fabricación de los pasteles han sido entregadas a PAMEOS tal como se acordó en el contrato Máster Franquicia.

39. Como ha quedado expuesto en el ordinal relativo a la Ley aplicable, el contrato Máster Franquicia es un contrato mixto compuesto de dos tipos contractuales diferenciados; por un lado la distribución comercial y, de otro, el contrato de compraventas. A tal efecto, la entrega de las máquinas ha de efectuarse en los términos exigidos por la CISG –aplicable al amparo del Art. 1.1.b)¹⁵ –.

40. Conforme a lo señalado, el Art. 35 CISG dispone que; “1) *El vendedor deberá entregar las mercaderías cuya cantidad, calidad y tipo correspondan a los estipulados en el contrato y que estén envasadas o embaladas en la forma fijada por el contrato.* 2) *Salvo que las partes hayan pactado otra cosa, las mercaderías no serán conformes al contrato a menos: a) que sean aptas para los usos a que ordinariamente se destinen mercaderías del mismo tipo; b) que sean aptas para cualquier uso especial que expresa o tácitamente se haya hecho saber al vendedor en el momento de la celebración del contrato, salvo que de las circunstancias resulte que el comprador no confió, o no era razonable que confiara, en la competencia y el juicio del vendedor; c) que posean las cualidades de la muestra o modelo que el vendedor haya presentado al comprador; d) que estén envasadas o embaladas en la forma habitual para tales mercaderías o, si no existe tal forma, de una forma adecuada para conservarlas y protegerlas.* 3) *El vendedor no será responsable, en virtud de los apartados a) a d) del párrafo precedente, de ninguna falta de conformidad de las mercaderías que el comprador conociera o no hubiera podido ignorar en el momento de la celebración del contrato”.*

41. La **CLÁUSULA SÉPTIMA del contrato** establece en su apartado cuarto que, entre las obligaciones del franquiciador se encuentra la de “*entregar al franquiciado la maquinaria necesaria para el desarrollo del objeto de la franquicia. La máquina Rocamadour será objeto de compraventa por el franquiciado e incluirá el software y hardware del franquiciador, que es de su propiedad. La máquina se venderá en condiciones DDP, Andina, Incoterms 2010, CCI*”. De acuerdo con lo expuesto, mi patrocinada se obligó a la entrega de las máquinas Rocamadour aptas para la producción de pasteles, sin ningún tipo de requisito relativo a la amplitud de la gama de colores. Esta argumentación queda corroborada, asimismo, por el conjunto de comunicaciones mantenidas entre las partes en noviembre de 2012. De la lectura de las mismas,

orden público internacional en el arbitraje. Como ha quedado expuesto en el ordinal primero únicamente, son las normas internacionalmente imperativas y el orden público internacional, los que entran a formar parte del Derecho aplicable al fondo de la controversia internacional. Por otro, se ayuda a los propios Estados *débiles* para que éstos no se queden apartados del comercio internacional con el pretexto de que la aplicación de sus normas de intervención y órdenes públicos internos, en muchos casos demasiado territorialistas y desfasados, puedan ahuyentar a las posibles inversiones extranjeras y a los acuerdos contractuales con países industrializados que les pueden suponer una importante apertura con el exterior (vid. Laudo de la CCI núm. 5030 de 1992).

¹⁴ Sobre los requisitos de conformidad en la entrega de mercaderías vid. MUÑOZ, E. Y SCHWENZER, I. *Schlechtriem & Schwenger: comentario sobre la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías*, Tomo II, Navarra, 2011 (pp. 1041 y ss.).

¹⁵ Vid. PERALES VISCASILLAS, M^a P., *El contrato de compraventa internacional de mercaderías (Convención de Viena de 1980)*, Pace Law School Institute of International Commercial Law, <http://www.cisg.law.pace.edu>.

se desprende claramente que RAYUELA simplemente propuso a PAMEOS discutir ese extremo con ocasión de la formalización del contrato de compraventa. En consecuencia, **las máquinas entregadas son perfectamente aptas para la fabricación de los pasteles.**

42. En segundo lugar y, al amparo del Art. 35.b) CISG, RAYUELA no aseguró **en ningún momento, que las máquinas pudieran hasta treinta colores.** Por lo tanto, el hecho de que PAMEOS no haya alcanzado el número de colores que deseaba no puede tener relevancia alguna ni suponer una imputación de incumplimiento a esta parte. Prueba de que las máquinas entregadas eran conformes a lo concertado en el contrato es el uso por PAMEOS de las mismas durante un período superior a un año para la elaboración de distintos pasteles. Pero es más, las máquinas Rocomadour son entregadas al resto de franquiciados de RAYUELA a nivel internacional, sin que haya existido controversia alguna a tal efecto.

43. Ahora bien, aun cuando fuera posible acreditar la existencia de un incumplimiento por la entrega de las máquinas, el tiempo transcurrido impediría que el argumento esgrimido del incumplimiento prosperase. No se debe olvidar que la **CISG señala en su Art. 39** que el comprador –PAMEOS– perderá el derecho a invocar el incumplimiento del vendedor en la entrega de las mercaderías si no comunica a éste la falta de conformidad en un plazo razonable desde el descubrimiento del defecto¹⁶. A estos efectos, el Art. 38 CISG establece la obligación del comprador de examinar las mercancías en el plazo más breve posible. La parte vendedora no puede responder del mal funcionamiento de una máquina cuando ya ha transcurrido un tiempo prudencial y no ha tenido ningún problema. Pues, en caso contrario, se la estaría gravando con una carga excesiva; otorgarle la responsabilidad por un funcionamiento defectuoso cuando ya ha transcurrido cierto tiempo en el que han podido suceder acontecimientos y prácticas atribuibles en exclusiva a la parte compradora que han originado el defecto y que nada tienen que ver con la intervención de la parte vendedora.

44. A estos efectos, la jurisprudencia ha respaldado **la necesidad de comunicar al comprador la falta de conformidad de las mercaderías entregadas.** Así, la sentencia del Tribunal Supremo español 359/2014, de 9 de julio, señala la pérdida de oportunidad del comprador de reclamar el incumplimiento del vendedor en caso de que no le comunique en un plazo razonable la existencia de defectos en las mercaderías entregadas.

45. Esta es la filosofía que impregna la CISG, que somete la facultad de alegar el incumplimiento del vendedor por el comprador. De este modo, la comunicación del defecto de conformidad ha de hacerse en un **plazo razonable**, siendo éste un concepto jurídico indeterminado que ha sido matizado por la jurisprudencia a nivel internacional. En la Sentencia 8 de febrero de 1995 OLG Munich, que enjuiciaba el plazo de denuncia de la disconformidad en la compraventa de una maquinaria, el Tribunal llegó a la conclusión de que la denuncia del vendedor, transcurridos tres meses, era extemporánea. Por tanto, en el presente caso, donde ni siquiera ha habido denuncia, es claro que PAMEOS ha perdido toda oportunidad de resolver el contrato por una supuesta falta de conformidad, que en todo caso, debería haber probado¹⁷. El *dies a quo* para la denuncia se computa desde la utilización de la maquinaria y, es de caducidad, por lo que no admite interrupciones.

¹⁶ Sobre la comunicación de la falta de conformidad en la entrega de las mercaderías vid. CALVO CARAVACA, A. L. Y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Curso de contratación internacional* (ed. 2º), Madrid, 2006 (pp. 266 y ss.)

¹⁷ A estos efectos, es preciso señalar que la carga de la prueba en la falta de conformidad en la entrega de las mercaderías, si bien es una cuestión no resuelta de forma expresa en la CISG, la doctrina entiende que corresponde al comprador. YZQUIERO TOLSADA, M., *Contratos civiles, mercantiles, públicos, laborales e internacionales con sus implicaciones tributarias (Tomo XVI). Los Contratos internacionales I, Competencia judicial y ley aplicable. Contrato internacional de mercaderías*, Navarra, 2014.

46. En el mismo sentido, la jurisprudencia¹⁸ ha señalado que “*el momento en que el comprador debe realizar un examen de las mercaderías con arreglo al Art. 38 está íntimamente relacionado con el momento en que el comprador “debiera haber descubierto” una falta de conformidad según el artículo 39, momento en que, según ese artículo, empieza a correr el plazo para que el comprador dé aviso de la falta de conformidad (...). El plazo para el examen por el comprador suele empezar a correr a la entrega de las mercaderías, lo que en general corresponde al momento en que el riesgo de pérdida pasa al comprador*”. Por lo tanto, una vez que el comprador recibe las mercancías tiene dos obligaciones, por un lado, examinarlas en el plazo más breve posible a fin de poder detectar los posibles defectos o disconformidades –Art. 38 CISG– y por otro, en caso de que existan, comunicarlo al vendedor –Art. 39–.

47. Es preciso señalar que la jurisprudencia¹⁹ ha resaltado que “*también se ha considerado que los compradores han renunciado a sus derechos derivados del artículo 39 cuando han dado señales claras de aceptar las mercaderías entregadas o han reconocido la obligación de pagar el precio sin objetar por defectos manifiestos*”. Así, RAYUELA remitió la maquinaria junto con el Manual de Franquicia y el Libro de Productos, habiendo acusado recibo PAMEOS el día 14 de diciembre de 2012 de los mismos, por lo que se puede afirmar que el franquiciado ha aceptado las máquinas entregadas por actos concluyentes.

48. Por todo lo expuesto, esta parte considera que RAYUELA ha cumplido escrupulosamente su obligación de entregar bienes conformes con el contrato y la ley aplicable. No existe ninguna cláusula contractual por la que RAYUELA se haya obligado a entregar unas máquinas que cumplieran con las características exigidas por PAMEOS, ni las máquinas son defectuosas en el sentido que la CISG requiere para dar lugar a un incumplimiento contractual, pues dichas máquinas son aptas para los usos a los que están destinadas. A todo ello se une que PAMEOS no informó del supuesto defecto a través de los cauces que la propia Convención señala al efecto, perdiendo toda oportunidad de hacer valer ese pretendido incumplimiento.

49. Es evidente, en fin, que esta parte ha cumplido, asimismo, **su obligación de entregar bienes libres de derechos de terceros**, pues la CLÁUSULA SÉPTIMA del contrato establece en su apartado cuarto que: “*La máquina Rocamadour será objeto de compraventa por el franquiciado e incluirá el software y hardware del franquiciador, que es de su propiedad*”. Por lo tanto, el software y el hardware son propiedad de la propia RAYUELA, extremo que era conocido por PAMEOS, tal y como demuestra el contrato de franquicia.

SEXTO. INCUMPLIMIENTO DEL DEMANDADO EN LA FABRICACIÓN Y COMERCIALIZACIÓN DE LOS PRODUCTOS

A. COMERCIALIZACIÓN DE LAS MEOPAS

50. PAMEOS incumplió sus obligaciones contractuales al comercializar las *Meopas* con el colorante Azul C-12, poniendo en peligro la reputación de RAYUELA e infringiendo, de este modo, el **Expositivo e) del contrato de Máster Franquicia**. La imagen de mi patrocinada se ha visto seriamente deteriorada ante el público como consecuencia de los incidentes de las,

¹⁸ Caso núm. 123, del Bundesgerichtshof, de 8 de marzo de 1995, *CLOUT*; Caso núm. 48, del Oberlandesgericht Düsseldorf, de 8 de enero de 1993, *CLOUT*; Caso núm. 81, del Oberlandesgericht Düsseldorf, de 10 de febrero de 1994, *CLOUT*; Caso núm. 378, del Tribunale di Vigevano, de 12 de julio de 2000, *CLOUT*. Caso núm. 8247, de la Cámara de Arbitraje Internacional, junio de 1996, *International Court of Arbitration Bulletin*

¹⁹ Caso núm. 337, del Landgericht Saabr, de 26 de marzo de 1996, *CLOUT*.

comúnmente conocidas, “*dentaduras de pitufo*” en el Estado de Andina, hechos que han llevado incluso a las autoridades sanitarias de dicho territorio a prohibir su comercialización.

51. Si bien es cierto que en el Libro de Productos que acompaña al Manual de Franquicia de RAYUELA (DOCUMENTO de la solicitud núm. 5) se incluye una filial de mi representada, BESTIARIO como proveedora de colorantes para uso alimentario como el colorante azul C-12, no es menos cierto que la demandada no debió utilizar ese colorante para la elaboración de las *Meopas* de la manera en que lo hizo.

52. El problema no reside realmente en utilizar el colorante Azul C-12, a nuestro juicio, para la elaboración de las *Meopas*, sino en **el modo en que se ha estado utilizando**. De hecho, en el comunicado emitido por la sociedad que lo produce, PRESENCIA, S.L., se apunta la posibilidad de que los daños causados por las *Meopas* comercializadas por PAMEOS estén relacionados, no con el mero uso del colorante, sino con la cantidad de colorante empleado y la reacción del mismo con los azúcares del pastel.

53. La sociedad antedicha ha dejado claro en su comunicado que el colorante Azul C-12 es utilizado habitualmente en refrescos, gelatinas y *snacks*, pero no en la producción de pasteles o dulces, como ha sucedido en el presente asunto.

54. Asimismo, es cierto que PAMEOS ha cumplido con la normativa sanitaria de Andina, Cervantia, Aztequia y Madre Patria que contempla el uso de colorante azul en proporciones de hasta 300 mg/kg para dulces, productos de cacao y chocolate. Ahora bien, las proporciones anteriormente estipuladas están basadas en el uso de colorantes como la Indigotina o el azul brillante, no en colorante Azul C-12, que, como ha podido ser comprobado, tiene un superior poder de coloración.

55. Conviene recordar que el contrato de Máster Franquicia comporta notorias ventajas para los franquiciados, a quienes se les cede el *know how* comercial-técnico al franquiciador²⁰ –*know how* condensado, en este caso, en el Manual de Franquicia de RAYUELA–. Pero a cambio, se les exige que ejerzan la empresa con diligencia, evitando el deterioro de la imagen y reputación adquirida por el franquiciador. Pues bien, no se puede decir que la conducta de PAMEOS se haya ajustado al *standard* mínimo exigible. El demandado tomó la decisión de utilizar el colorante Azul C-12 unilateralmente, sin previa comunicación a mi mandante. RAYUELA nunca había utilizado el citado colorante para la producción de las *Meopas*. Por lo que se desconocían las consecuencias que el mismo podía producir mezclado con los azúcares utilizados para la fabricación de los pasteles. Asimismo, la demandada tampoco conocía las características químicas del colorante y, pese ello, comenzó a producir y comercializar las *Meopas*, sin un estudio previo acerca de sus componentes y consecuencias.

56. Ello, unido a la errónea utilización de las proporciones adecuadas del colorante en las *Meopas*, conduce a la conclusión de que **el franquiciado no ha respetado el know how técnico de RAYUELA ni ha empleado en el ejercicio de la empresa la diligencia mínima exigible para mantener la imagen y prestigio en el mercado ganado por RAYUELA.**

²⁰ El *know how* se caracteriza por tres notas esenciales: en primer lugar, tratarse de un conocimiento o información de carácter empresarial; en segundo lugar, no estar divulgado y, por último, otorgar con fundamento en su carácter confidencial una ventaja competitiva que justifica la voluntad de su titular de mantenerlo oculto. Cfr. YZQUIERDO TOLSADA, M., *Contratos civiles, mercantiles, públicos, laborales e internacionales con sus implicaciones tributarias (Tomo XIII). Contratos sobre bienes inmateriales II*. Navarra, 2014 (p. 395). Sobre esta cuestión vid. también, GÓMEZ SEGADE, J. A., *El secreto industrial (Know-how). Concepto y protección*, Madrid, 1974.

57. No menos importante es el incumplimiento de PAMEOS ante las instrucciones expresas de RAYUELA ordenando el cese inmediato en la importación del colorante Azul C-12, toda vez que las autoridades sanitarias de Andina habían prohibido la comercialización de las *Meopas*. Muy al contrario, PAMEOS continuó comercializando los productos que utilizan el colorante controvertido. A la luz de esta conducta, queda acreditada la voluntariedad de PAMEOS de incumplir el contrato, lo que en términos jurisprudenciales se denomina “**voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento**”²¹.

58. Esa conducta de PAMEOS no sólo supone una infracción contractual, en tanto que debe seguir las instrucciones dictadas por RAYUELA sobre el ejercicio de la empresa. Supone asimismo una reiteración en el incumplimiento, y una quiebra de los deberes de colaboración y de buena fe que presiden este tipo de relaciones de colaboración empresarial. A pesar de la gravedad del problema y de sus eventuales consecuencias, PAMEOS optó por actuar de forma autónoma, haciendo caso omiso de las indicaciones de mi representada.

59. Por último, de acuerdo con el **apartado quinto de la Cláusula SÉPTIMA del Contrato**, RAYUELA está autorizada para introducir cualquier modificación en el Libro de Productos y en el Manual de Franquicia sin necesidad de contar con el consentimiento del franquiciado, siempre que ello no implique alteración sustancial del contenido contractual. Por ello, en base a esta potestad conferida en el contrato, RAYUELA adoptó la prohibición en el uso del colorante Azul C-12. Decisión, en todo caso necesaria, para mejorar las condiciones de la franquicia y de salvaguardar el prestigio de la misma sin cambiar las características esenciales de los productos.

60. A tal fin, una vez comunicada por mi representada la obligación de cesar en la comercialización de productos que utilicen el colorante Azul C-12 con fecha de 30 de mayo de 2014 (DOCUMENTO de la solicitud núm. 12), la franquiciada debía adoptar todas las medidas necesarias para su cumplimiento. Pero lejos de ello, continuó utilizando el colorante Azul C-12, tal como se constata a través de los comunicados remitidos entre las partes (vid. DOCUMENTOS de la solicitud núms. 13 y 14). Ello, además de constituir una infracción contractual, vuelve a ser una actuación incompatible con la buena fe que debe presidir la actuación de las partes, especialmente cuando nos encontramos ante una relación jurídica continuada y basada en la confianza, como es la que deriva de un contrato de colaboración empresarial como el de franquicia.

B. COMERCIALIZACIÓN DE LOS CRONOPIOS CON LAS FAMAS.

61. Una vez ha quedado acreditado el incumplimiento de PAMEOS al comercializar las *Meopas* utilizando el colorante Azul C-12, entendemos que también se ha producido un segundo incumplimiento al no respetar PAMEOS los derechos de propiedad intelectual e industrial de terceros.

62. Cabe comenzar la argumentación haciendo una breve reseña de los *Cronopios*. Éstos son un tipo de pastel muy popular entre la repostería de RAYUELA, idóneos para incluir una decoración de dibujos que los hagan más atractivos de cara al público infantil. RAYUELA incluye una gama de diseños y de colores, pero permite que sus franquiciados introduzcan aquellos que, en su opinión, puedan ajustarse mejor a las preferencias del público en el lugar en el que se distribuyan, siempre **respetando**, se entiende, **la legalidad y en particular los derechos de propiedad industrial o intelectual de terceros**.

²¹ ECHEBARRÍA SÁENZ, J. A., *El Contrato de franquicia. Definición y conflictos en las relaciones internas*, Madrid, 1995, p. 502.

63. En el actuar de PAMEOS no se cumple, pues, el respeto a la legalidad. PAMEOS comienza a comercializar los *Cronopios* incluyendo la imagen de los personajes de dibujos animados de la serie *Famas*, muy popular en Andina, sin el acuerdo previo de la sociedad ESPERANZA, titular de los derechos de propiedad intelectual. A tal efecto, se vulnera la **Cláusula OCTAVA del contrato de Máster Franquicia**, según la cual: “*Es obligación del franquiciado respetar los derechos de propiedad industrial o intelectual concedidos, así como los de terceros, así como la de emprender acciones legales contra los infractores o asistir al franquiciador en cualquier acción legal que decida intentar contra aquellos*”.

64. De conformidad con lo expuesto, PAMEOS ha incumplido la Cláusula OCTAVA del contrato por no respetar los derechos de propiedad intelectual de terceros. El hecho de que ESPERANZA no haya ejercitado acciones judiciales en Andina contra PAMEOS o de que ambas sociedades hayan, posteriormente, negociado y llegado a un acuerdo, no es óbice para eximir de responsabilidad a PAMEOS. Ello no disminuye en modo alguno la importancia del incumplimiento. La infracción de derechos de terceros al ejercer la actividad empresarial objeto de la franquicia perjudica de por sí a RAYUELA, pues daña seriamente su reputación ante sus clientes y restantes operadores del mercado.

SÉPTIMO. INOBSERVANCIA DEL PACTO DE EXCLUSIVIDAD POR EL DEMANDADO.

65. Existe un flagrante incumplimiento por parte de la demandada del pacto de exclusividad territorial asumido. La Cláusula PRIMERA del contrato de franquicia celebrado entre RAYUELA y PAMEOS es clara a los efectos que ahora nos ocupan, pues de forma literal se establece que PAMEOS acepta una franquicia consistente en:

- Por un lado, “1º La **autorización para explotar directamente en Andina y Aztequia** el negocio objeto de la franquicia”;
- Y por otro, “2º La autorización para celebrar contratos de franquicia con sub-franquiciados de Andina y Aztequia. La presente autorización se entiende **exclusivamente en relación con dichos territorios por lo que el franquiciado principal no tiene autorización para vender los productos fuera de los territorios indicados** ni a empresas o personas que no formen parte de la red de franquicia”²².

66. Sin embargo, esta parte supo –y así lo hemos manifestado en nuestro escrito de solicitud– que PAMEOS o sus sub-franquiciados, a través del programa de fidelización “*la tarta en casa*” (mediante el cual **se animaba a los clientes** a facilitar sus datos de contacto para el **envío de ofertas y descuentos en el envío de pedidos por Internet**), contactaban directamente con

²² Entre los requisitos que la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca enumera en el fundamento jurídico cuarto de la Sentencia de 9 de noviembre de 2011, se cita que: “*en cuanto al territorio, debería informarse al franquiciado el que le corresponde con carácter mínimo o el radio mínimo de distancia dentro del cual no podrá ejercer su derecho de establecer un nuevo franquiciado o un nuevo establecimiento propio, pudiendo indicar también el mínimo de población que deberá quedar englobada en el territorio mínimo del franquiciado. Asimismo, deberán figurar las posibles restricciones que pesen sobre los franquiciadores respecto a buscar clientes fuera del territorio contractualmente definido, o respecto de la posibilidad de aceptar encargos realizados por clientes que tengan su domicilio fuera del territorio contractualmente definido*”. De esta manera, se cumple uno de los principios recogidos en la Guía UNIDROIT para los Acuerdos de Franquicia Principal Internacional, Capítulo II, punto titulado “D. Exclusividad vs. No –Exclusividad”, y que consiste en que el sub-franquiciador, en este caso PAMEOS, sea consciente de las exclusiones o limitaciones que existen a los derechos que se le otorgan para que pueda determinar el alcance exacto de esos derechos, de lo cual PAMEOS era plenamente consciente desde el momento en que celebró un contrato en el que se acordaba que fuera de los territorios indicados no tenía autorización para vender los productos.

clientes cuyos datos reflejaban que su domicilio se encontraba en Pampia –territorio no autorizado por mi representada y en el cual ésta cuenta con sus propios establecimientos–, ofreciéndoles diversos descuentos y servicios de entrega rápida.

67. A los efectos de poner fin a dicho incumplimiento RAYUELA exigió, mediante el envío de un correo electrónico, el cese inmediato de esta conducta vulneradora del acuerdo de exclusividad territorial anteriormente descrito (DOCUMENTO núm. 13 de la solicitud), al que PAMEOS contestó:

- Admitiendo sus ventas en el territorio de Pampia, lugar donde RAYUELA ejerce en exclusiva sus actividades comerciales;
- Amparando su conducta en un presunto mal servicio por parte de mi representada a sus clientes de Pampia, y;
- Justificando el incumplimiento con la necesidad de servir correctamente a una clientela que demandaba sus servicios y a la que no estaban dispuestos a discriminar por razón del domicilio, considerando que la cláusula de exclusividad territorial no impedía la comercialización de productos como respuesta a las solicitudes a distancia de clientes situados en Pampia, tal y como se refleja en el **DOCUMENTO núm. 14 de la solicitud de arbitraje**: *“Para seguir, el hecho de respetar una exclusiva territorial es una cosa. El negarnos a servir a una clientela que, como la de vuestros propios establecimientos en Pampia, está mal servida (perdóname pero, a la vista de vuestras decisiones, no me extraña) es otra. Nosotros tratamos de fidelizar a nuestros clientes, y de ofrecerles nuestros mejores servicios. El programa la tarta en casa (idea nuestra, no vuestra) está teniendo mucho éxito, y a vuestros clientes en Pampia parece encantarles. Prohibirnos actuar así n sólo es nuevamente torpe, sino ilegal, así que no pensamos asumirle coste de discriminar entre nuestros clientes en función de su domicilio, y de negarnos a servirles en Pampia sólo porque vosotros hayáis sido incapaces de servirles correctamente”*.

68. Pues bien, a nuestro juicio, esas circunstancias que la contraparte alega en su defensa resultan del todo irrelevantes, por cuanto el hecho de que la clientela de Pampia solicite los servicios de PAMEOS no sana el incumplimiento en el que incurre ésta cuando accede a prestar el servicio a personas cuyo domicilio se encuentra en un territorio para el que no le fue concedida la exclusiva, siendo mi representada la que desarrolla su actuación comercial allí. Ante tales requerimientos, por necesidad de incrementar las ventas o, en caso de considerar que efectivamente RAYUELA estaba desatendiendo a su clientela o sirviéndola defectuosamente, PAMEOS podía haber contactado con RAYUELA a fin de proponerle cualquier mejora o cambio en las condiciones del contrato, tal y como permite el apartado quinto de la Cláusula SÉPTIMA del mismo. Ahora bien, lo que no puede aceptarse es que en un contrato como el de Máster Franquicia, en el que **la confianza y la buena fe** son esenciales²³, una de las partes incumpla las obligaciones que previamente con pleno conocimiento y libre voluntad asumió,

²³ El contrato de franquicia es una modalidad de concesión comercial en la que la actividad de distribución comercial propiamente dicha se complementa con un pacto de exclusiva y con el derecho y la obligación del franquiciado de utilizar signos distintivos y las técnicas comerciales del franquiciador en los términos establecidos en el contrato. Doctrinalmente (MARTÍ MIRAVALLS, JAUME. “El contrato de Master Franquicia”, Thomson Reuters, 2009, páginas 135 a 164) se define como un contrato de naturaleza compleja, consensual, mercantil, bilateral y sinalagmático, oneroso y conmutativo, de duración y de confianza; pero lo que sin duda le caracteriza es su carácter atípico siendo precisamente esta atipicidad legal la que contribuye a dar especial relevancia a los pactos existentes entre las partes, al estar este tipo de contratos íntimamente relacionados con el principio de autonomía de la voluntad, que constituye su razón de ser.

amparándose en juicios subjetivos sobre la profesionalidad de su franquiciador que son totalmente inaceptables.

69. Asimismo, aunque la venta de los productos en Pampia se hubiera realizado por sub-franquiados de PAMEOS y no directamente por ésta, ello no le eximiría de sus obligaciones con RAYUELA, pues ha de responder frente a ella del incumplimiento de sus sub-franquiados²⁴, cuyos contratos tienen las mismas cláusulas y son idénticos al que celebró RAYUELA con PAMEOS, tal y como el Tribunal aclaró en la Orden Procesal núm. 4 de 28 de noviembre de 2014. Rige para los sub-franquiados, en consecuencia, el pacto de exclusividad en los mismos términos descritos anteriormente. Evidentemente, resultaría del todo ilegal que PAMEOS pudiera autorizar a sus sub-franquiados a comercializar productos en un territorio que ella misma tiene vetado, vulnerando así lo dispuesto en el contrato y los derechos de comercialización que RAYUELA ostenta en el mismo.

70. Por tanto, en lo que respecta a la interpretación de la mencionada cláusula, a la luz de su literalidad es claro que entre ambas partes se acordó un pacto de exclusividad que impedía a PAMEOS y por ende, a sus sub-franquiados, comercializar sus productos en territorios o a personas distintas de los indicados, sin estar sujeta dicha prohibición a excepción alguna. Por lo que en consecuencia, toda venta dirigida a otra área geográfica, como es Pampia, aun realizada vía Internet, supuso un claro incumplimiento contractual, que se erige como causa de extinción del contrato, como luego veremos.

71. Ahondando más en esta cuestión, además de negar el incumplimiento, sostiene la contraparte en un burofax de fecha 28 de julio de 2014 (DOCUMENTO núm. 16 de la solicitud) que la controvertida Cláusula PRIMERA del contrato sería inexigible, por ser contraria a la Ley sobre Restricciones y Acuerdos Verticales. Pues bien, sobre la base de los argumentos esgrimidos anteriormente, no cabe duda de que dicha **cláusula es totalmente válida** de conformidad con la ley elegida por las partes (vid. supra FJ. IV), sin que tenga que tenerse en cuenta la Ley sobre Restricciones y Acuerdos Verticales de Andina, de 22 de enero de 2012.

72. Avalan esta postura los siguientes argumentos:

- Las partes suscribieron una elección expresa a favor del Derecho de Cervantia y, de acuerdo con lo establecido de forma expresa en el Art. 28 de la Ley Modelo de la CNUDMI: “*el Tribunal Arbitral decidirá el litigio de conformidad con las normas de derecho elegidas por las partes como aplicables al fondo del litigio*”.
- Ni en la Ley Modelo de la CNUDMI ni en el Reglamento de la CAM se recoge la obligación de que el Tribunal Arbitral deba tener en cuenta las leyes de policía de Estado alguno, es decir, no existe base jurídica para que el Tribunal Arbitral aplique las normas de orden público de un Estado distinto cuyo ordenamiento no se haya elegido. El arbitraje internacional está sometido al principio universal de la autonomía de voluntad, pues, como señala el presidente de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo español, *la voluntad*

²⁴ Como señala UNIDROIT, *Guide to International...cit.*, pág. 93, “para el franquiciador (RAYUELA) y los sub-franquiados de una red, el sub-franquiador (PAMEOS) es el franquiciador efectivo para el sistema en el país anfitrión. El sub-franquiador tiene responsabilidades tanto hacia el franquiciador como hacia los sub-franquiados. Para el franquiciador el sub-franquiador es su “presencia” en el país anfitrión. El franquiciador esperará por tanto que el sub-franquiador dirija el sistema como lo haría el mismo. Para los sub-franquiados el sub-franquiador es su franquiciador y ellos por tanto, esperarán que el sub-franquiador se comporte hacia ellos como un franquiciador responsable. De hecho, si el sub-franquiador dirige eficazmente, los sub-franquiados no considerarán a nadie más franquiciador”.

de las partes da lugar al nacimiento del arbitraje²⁵. El árbitro no está en principio obligado por las normas de orden público estatales por **no ser éste el guardián de ningún orden público estatal en particular**²⁶ y, en ningún caso, en el arbitraje los intereses públicos han de estar por encima de los intereses privados de las partes, debiendo ser **la autonomía de la voluntad**, la máxima que deba ser aplicada con carácter general en el arbitraje privado internacional. Cualquier cuestión relativa a la libre competencia debería ser solventada por las entidades reguladoras de los mercados y no por un Tribunal Arbitral.

- Como Derecho de Cervantia, el CRM prevé en su Art. 17 la toma en consideración – **carácter potestativo**– de las normas de orden público del Estado donde se ejecuta el contrato. En consecuencia, las disposiciones del Convenio no resultarían de obligada observancia, en tanto, se concibe como una potestad, que no deber u obligación, del Tribunal Arbitral. Nótese la dicción literal del referido Art. a que “*también podrá darse efecto*” a las normas de orden público del Estado de ejecución del contrato.
- Pero es más, aún entendiéndose aplicable el Art. 5 de la Ley sobre Restricciones y Acuerdos Verticales, la controvertida Cláusula PRIMERA del contrato donde se establece el **pacto de exclusividad sería perfectamente válida** y no nula como sostiene la contraparte. El propio Art. 5 excluye expresamente la citada prohibición “*los acuerdos que limiten las ventas activas efectuadas por sus compradores directos en un territorio reservado exclusivamente a otro distribuidor distinto del proveedor*”. A la luz de la citada norma, el pacto de exclusividad que recoge el contrato de Máster Franquicia **se integra dentro de la excepción prevista**. De tal forma que la aplicación del mencionado artículo no haría más que reforzar su validez, por cuanto se trata de un acuerdo que efectivamente, impide las ventas activas en un territorio reservado exclusivamente a mi representada.

73. A tales efectos, debe entenderse por **ventas activas**: “*Activo acercamiento a clientes individuales, ya sea mediante correo electrónico directo, o mediante publicidad en medios de comunicación, Internet o cualquier otro vehículo que resulte atractivo para el grupo específico de clientes en ese territorio*”. Pues bien, el programa “*la tarta en casa*” que puso en marcha la demandada consistía en animar a los clientes a facilitar sus datos de contacto para remitirles información, ofertas y descuentos en el envío de pedidos por Internet, haciéndose la entrega en el lugar solicitado por el cliente

74. No cabe duda alguna de que las ventas realizadas a consumidores residentes en Pampia constituyeron un claro incumplimiento contractual originado por la extralimitación de las facultades conferidas por el contrato de Máster Franquicia. De otro lado, implicó una actuación desleal, por cuanto RAYUELA comercializaba en dicho territorio.

75. A la luz de lo expuesto, solicitamos al Tribunal que declare la validez y aplicabilidad de la Cláusula PRIMERA del contrato de Máster Franquicia por la que se establece un pacto de exclusividad territorial que impide la venta de productos fuera de los territorios de Aztequia y Andina, sin excepción, a empresas o personas que no formen parte de la red de franquicia, al no ser aplicable la Ley sobre Restricciones y Acuerdos Verticales y, aun en el caso de serlo, por no

²⁵ XIOL RÍOS, J. A., *El arbitraje y los tribunales de justicia*. Ponencia en el Club español de arbitraje, 9 de febrero de 2007, p. 11.

²⁶ Laudo de la CCI núm. 1512/1971. Jur.arb.CCI, Y.Derains, 1985, pp. 88-95, e

ser contraria a lo dispuesto en el Art. 5 de la Ley, e integrarse dentro de la excepción prevista en el apartado i).

OCTAVO. ACTUACIÓN DEL DEMANDADO EN PERJUICIO DEL PRESTIGIO DE RAYUELA.

76. Uno de los deberes más básicos que recaen sobre todo franquiciado es el de abstenerse de realizar actos que pongan en peligro la reputación del franquiciador. En diversos apartados del propio contrato de Máster Franquicia encontramos manifestaciones de este deber:

- Expositivo c) del DECLARAN del contrato Máster Franquicia celebrado entre las partes, se hace constar expresamente "*...el franquiciador ha alcanzado notorio prestigio comercial dado que sus clientes identifican los servicios y productos de PASTELERÍA RAYUELA como garantía de calidad*".
- Expositivo e) del DECLARAN del contrato Máster Franquicia antes reseñado, dispone que "*el franquiciado reconoce y admite la importancia que para el franquiciador y otros eventuales sub-franquiciados tiene el mantenimiento de las características especiales del negocio descrito a fin de que la imagen de los productos y servicios de RAYUELA PASTELERÍA no se vea deteriorada respecto al público*".

77. En este sentido, la Guía UNIDROIT para los contratos de Franquicia Principal Internacional establece que el uso de una marca es un elemento esencial del contrato de franquicia, por el cual el franquiciador cede al franquiciado el derecho y la licencia al uso de la marca. Asumiendo el franquiciado, como contrapartida, el deber de *salvaguardar la reputación de la red y asegurar que los niveles de calidad se mantengan*. Para mayor abundamiento, PAMEOS reconoce de manera implícita la existencia de esta obligación. De los documentos enunciados se desprende sobradamente la importancia que tiene para RAYUELA el respeto y mantenimiento del prestigio que se ha ganado a lo largo de los años con el *savoir faire* seguido por la misma. Igualmente, queda constatado que el respeto por parte de PAMEOS de **este prestigio constituye una de las obligaciones recogidas en el contrato de Máster Franquicia, sin que la contraparte haya negado tal extremo en ningún momento.**

78. Con su conducta, PAMEOS ha perjudicado efectivamente la reputación de RAYUELA. De ello dan fe los siguientes documentos de la solicitud:

- DOCUMENTO núm. 8 de la solicitud: nota de prensa titulada "*vuelven los pitufos*" donde se hace eco en todo el territorio de Andina, en el que el franquiciado principal desarrollaba su actividad, que la empresa RAYUELA está comercializando unos dulces (*Meopas*) que contienen un colorante que tiñe los dientes de los clientes de color azul, siendo necesaria una limpieza dental para hacer desaparecer la citada coloración.
- DOCUMENTO núm. 12 de la solicitud: donde consta que la propia RAYUELA tuvo que emitir un comunicado pidiendo disculpas públicamente por lo sucedido a sus clientes. A tal efecto, señalamos literalmente: "*Se ha procedido a su retirada [...]. Nos comprometemos a no utilizar nuevamente dicho colorante*".
- DOCUMENTO núm. 13 de la solicitud: Don Horacio Oliveira pone de manifiesto a Doña Lucía Lamaga que RAYUELA "*se encuentra en pleno esfuerzo mediático para paliar el desprestigio que ha ocasionado a la marca su actuación imprudente*", consistente en la mala y unilateral utilización del colorante Azul C-12.

- DOCUMENTO núm. 15 de la solicitud: RAYUELA notifica a PAMEOS, con preaviso, su intención de interrumpir sus relaciones contractuales debido, entre otros, al incumplimiento de no realizar actos que pongan en peligro la reputación de RAYUELA o deterioren el valor de su marca, por ser parte esencial de todo contrato Máster Franquicia, y encontrarse expresamente previsto en el Expositivo e) de dicho contrato. Ante esto, y a través del DOCUMENTO núm. 16 de la solicitud, PAMEOS se limita a imputar la responsabilidad del desprestigio a RAYUELA, de lo cual se desprende implícitamente el pleno reconocimiento por parte de PAMEOS de esta obligación del contrato.

79. Todo ello demuestra que el citado deber ha sido vulnerado de forma grave y reiterada por PAMEOS. La comercialización de *Meopas* haciendo mal uso del colorante Azul C-12, así como la venta de productos que utilizan el colorante Azul C-12, una vez que las autoridades sanitarias de Andina adoptaron la orden de retirada, **ha causado un evidente y grave perjuicio en la imagen de marca de RAYUELA, al asociarse ahora, por el público, los productos de ésta con problemas de salud en la dentadura de los consumidores.**

80. Nuestra postura se ve reforzada por la existencia de dos hechos, que si bien no han tenido tanta repercusión, no hacen sino incrementar la gravedad del incumplimiento por parte de PAMEOS de la citada obligación. De una parte, la puesta en marcha del programa de fidelización “*la tarta en casa*” en un contexto de fuerte alarma social, sin ponerlo previamente en conocimiento de RAYUELA, ha ocasionado una imagen desastrosa para mi representada que, mientras ponía todos los medios posibles para lograr poner fin a dicha situación, se ha encontrado con un franquiciado principal que actuó de forma unilateral **infringiendo** un aspecto fundamental de la relación entre las sociedades; **la confianza.**

81. Por otra parte, no debe olvidarse que PAMEOS comenzó a estampar en los *Cronopios*, dibujos cuyos derechos de propiedad intelectual pertenecían a un tercero, ESPERANZA, con el riesgo de ser demandado por ésta (que no quedó conjurado hasta el acuerdo que alcanzaron muy posteriormente) y el perjuicio (no potencial) sino efectivo que se deriva de actuar en el mercado violando las normas vigentes y los derechos de propiedad intelectual e industrial de terceros.

82. En definitiva, todo lo expuesto conduce a la conclusión de que PAMEOS ha causado un perjuicio muy grave a la reputación de RAYUELA en el mercado, a la de sus marcas y sus productos. Perjuicios además de muy difícil reparación, ya que el prestigio comercial es un valor que cuesta mucho recuperar cuando se ha perdido.

NOVENO.- INCUMPLIMIENTO DE LOS OBJETIVOS DE VENTAS PACTADOS.

83. PAMEOS ha **incumplido igualmente los objetivos de ventas pactados** en el contrato de Máster Franquicia²⁷. A tal efecto, la **Cláusula NOVENA del contrato**, determina los objetivos de ventas para los distintos años: “*Es obligación del franquiciado cumplir con unos objetivos mínimos de ventas que se fijan como siguen:*

- a. *Durante el primer año: 2.000.000€*
- b. *Del segundo al cuarto año: 4.000.000€*
- c. *Del quinto al décimo: 5.000.000€.*”

84. PAMEOS alcanzó sólo un 80% de los objetivos de ventas para el primer año, es decir, 1.600.000€, y por tanto incumplió la citada cláusula contractual.

27. YZQUIERO TOSLSADA, M., *contratos civiles, mercantiles, públicos, laborales e internacionales con sus implicaciones tributarias*, (Tomo XVII) Los contratos internacionales (II) Navarra, 2014, (p. 202).

85. Tal y como consta en el DOCUMENTO núm. 15 de la solicitud, RAYUELA comunicó a PAMEOS el incumplimiento de los objetivos de ventas acordados, a lo que, conforme al DOCUMENTO núm. 16 de la solicitud, PAMEOS respondió que dicho incumplimiento no le era imputable, pues emanaba de la orden de las autoridades sanitarias de Andina de cese en la comercialización de las *Meopas*, que a su vez resultaba imputable a la propia RAYUELA. Esta postura de PAMEOS no se sostiene, tal y como hemos demostrado en los fundamentos anteriores (a los que nos remitimos). Primero, porque no es esta parte sino PAMEOS el responsable de lo sucedido en relación con el colorante Azul C-12. Pero además, en segundo lugar, no debe olvidarse que RAYUELA suministra, en el marco de la relación de franquicia, muchos otros productos además de las *Meopas*, y por tanto la orden de cese en la comercialización de las *Meopas* no es argumento que justifique el incumplimiento de los objetivos de ventas anuales.

86. No está de más dejar constancia, por último, de que PAMEOS tampoco actuó con la diligencia exigible aquí pues no suministró información alguna sobre la evolución de las cifras de ventas, a pesar de que la retirada de las *Meopas* estaba –según la demandada– repercutiendo negativamente sobre las mismas. **En ningún momento PAMEOS informó a RAYUELA del déficit de ventas experimentado, a efectos de buscar una solución alternativa para poder cumplir los objetivos contractuales fijados.**

DÉCIMA- DERECHO DE RAYUELA A RESOLVER EL ÍNTEGRO CONTRATO DE MÁSTER FRANQUICIA.

87. El incumplimiento grave y reiterado por parte de la demandada de las obligaciones derivadas del contrato de Máster Franquicia, tal y como hemos demostrado mediante la presente demanda, justifica la solicitud de resolución del contrato.

88. El propio contrato contempla el incumplimiento de las obligaciones contractuales como causa de extinción del contrato. Concretamente, la **Cláusula DECIMOSEXTA**, dispone que: *“Sin perjuicio de las causas generales de terminación previstas en la legislación aplicable, son causas de extinción del presente contrato las siguientes: 1º. El incumplimiento por cualquiera de las partes de cualquiera de las obligaciones asumidas por la formalización del contrato.”*

89. RAYUELA ha cumplido, por otra parte, escrupulosamente las formalidades exigidas contractualmente para alcanzar la resolución del contrato solicitada. El apartado segundo de la citada Cláusula dispone que se deberá comunicar por escrito a la otra parte la causa de terminación del contrato. Así se hizo por parte de RAYUELA, que con un mes de antelación, comunicó a PAMEOS en fecha 18 de julio de 2014 su intención de interrumpir sus relaciones comerciales, tal y como refleja en el DOCUMENTO núm. 15 de la solicitud. Consta expresamente que PAMEOS recibió el citado documento, pues el día 28 de julio de 2014, este remitió a RAYUELA contestación, poniendo de manifiesto la ilegalidad que a su juicio se desprendía de la actuación de mi representada (vid. DOCUMENTO núm. 16 de la solicitud).

90. Por lo expuesto, ningún argumento se opone a la facultad de mi representada de resolver el contrato, como consecuencia del **incumplimiento grave y reiterado de sus obligaciones contractuales** por parte de PAMEOS.

91. Cabe señalar, por último, que conforme al punto tercero de la Cláusula DECIMOSEXTA del contrato, la extinción del mismo con el franquiciado principal implica también la **resolución automática de los contratos existentes entre éste y los sub-franquiciados**. Esto debe ponerse en relación con la Cláusula PRIMERA, apartados 1º y 2º, los cuales disponen respectivamente:

1º La autorización para explotar directamente en Andina y Aztequia el negocio objeto de la franquicia. 2º La autorización para celebrar contratos de franquicia con sub-franquiciados de Andina y Aztequia.

92. De lo expuesto se infiere que la resolución se extiende al contrato en su integridad. Carecería de fundamento alguno limitar las consecuencias de los incumplimientos a uno u otro territorio (Andina o Aztequia), pues únicamente se celebró un contrato. Máxime cuando se prevé, incluso, como efecto de la extinción la de todos los contratos que el franquiciado principal haya llevado a cabo con sub-franquiciados en los citados territorios.

93. Junto a la resolución del contrato, procede sin duda la indemnización de los daños y perjuicios sufridos a mi representada. Ha quedado perfectamente claro que la conducta de PAMEOS, contraria a la buena fe que es exigible en el marco de relaciones de colaboración empresarial como la derivada del contrato de franquicia y Máster Franquicia, ha causado a RAYUELA daños y perjuicios cuantiosos, manifestados particularmente en el deterioro de su reputación en el mercado, de sus marcas y productos, ante sus clientes y también ante los restantes operadores. No obstante, la determinación y cuantía concreta de los daños y perjuicios corresponde a una fase posterior del procedimiento

DECIMOPRIMERA.- COSTAS.

94. De acuerdo con el Art. 39.6 del Reglamento de la CAM se requiere la imposición de costas a la parte contraria, que deberán integrar cuantos conceptos regula el Art. 46 del citado texto normativo.

A la luz de todo lo expuesto,

95. **SUPLICO AL TRIBUNAL**, Que habiendo presentado este escrito en tiempo y forma se sirva admitirlo, tenerme por parte en la representación acreditada, por ejercitada **ACCIÓN DE RESOLUCIÓN CONTRACTUAL y subsidiariamente, DE CUMPLIMIENTO, y en ambos casos, DE INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS** y previos los trámites pertinentes dicte en su día laudo arbitral por el que, estimando íntegramente la demanda:

- Se declare competente para el conocimiento de la presente controversia.
- Que no admita la participación de **DIVERTIMIENTO** en la presente *Litis*.
- Que declare que PAMEOS incumplió sus obligaciones contractuales al realizar actuaciones en perjuicio de la reputación y la marca de RAYUELA, vulnerar derechos de terceros, incumplir los objetivos anuales de ventas y violar el pacto de exclusividad, al realizar actividades comerciales más allá del territorio designado por el contrato.
- Que declare que los citados incumplimientos constituyen fundamento suficiente para la resolución del contrato por RAYUELA.
- Que, caso de que no existiese el derecho a resolver el contrato, pero constatado el incumplimiento por parte de PAMEOS, el Tribunal condene a PAMEOS a cesar, de manera definitiva, en el uso del colorante Azul C-12, y ajustarse al uso de los colorantes indicados por RAYUELA.

- Que, como resultado de los anteriores incumplimientos, condene a PAMEOS al pago de daños y perjuicios en una cuantía que deberá ser determinada en una fase posterior del presente procedimiento
- Con expresa imposición de las costas procesales a la entidad demandada.

96. **OTROSÍ DIGO PRIMERO**, que interesa al derecho de mi parte se tenga por reproducida la documental adjuntada con la solicitud de arbitraje, a tenor de lo previsto en los Arts. 24.2.c) y 29 del Reglamento de la CAM.

97. Por lo que **SOLICITO AL TRIBUNAL**, tenga por formulada la anterior petición y se sirva admitirlo.

98. **OTROSÍ DIGO SEGUNDO**, que interesa a esta parte la adopción por el Tribunal Arbitral de la medida cautelar consistente en el cese en la comercialización de productos que utilicen el colorante Azul C-12. Este Tribunal tiene competencia para la adopción de la susodicha medida cautelar, de conformidad con los Arts. 36 del Reglamento de la CAM y 17 y ss. de la Ley Modelo de la CNUDMI – no sólo en la versión enmendada del año 2006, vigente en Madre Patria, sede de este arbitraje, sino también en la versión original de 1985–.

99. Es indispensable la adopción de la medida cautelar solicitada, fundando dicha petición en el evidente perjuicio que para la imagen de mi representada ha supuesto el uso del colorante antedicho por la demandada. Es opinión unánime de la doctrina y aceptado por la práctica habitual del arbitraje comercial internacional, que la decisión de las partes de someterse a arbitraje no debe suponer durante el procedimiento para éstas unos daños que no hubiesen sufrido de someter la controversia a la vía contenciosa²⁸.

100. En consecuencia, estamos legitimados para solicitar esta medida cautelar con el objeto de salvaguardar la reputación y proteger la marca de mi representada a la espera de una resolución definitiva sobre el fondo del asunto.

101. Avala esta solicitud los siguientes argumentos:

- **JUSTIFICACIÓN PARA LA ADOPCIÓN DE UNA MEDIDA CAUTELAR.** Las medidas cautelares en el arbitraje garantizan que las disputas se resolverán de una forma justa y eficaz, con la finalidad primordial de proteger los derechos de las partes durante los procesos²⁹. De modo que, la falta de adopción de una medida cautelar cuando se encuentra debidamente justificada puede tener un efecto sustancial o incluso determinante en el resultado de cualquier caso, ya se someta a arbitraje o no³⁰.
- **EXIGENCIA EN EL RESPETO DE LA MARCA DE LA FRANQUICIA.** Uno de los elementos esenciales del contrato de Máster Franquicia y, obligación del sub-franquiciado, es el respeto y la salvaguarda de la imagen de la franquicia. En concreto, en el Expositivo e) del contrato objeto de esta controversia arbitral, PAMEOS reconocía la importancia que tenía *el mantenimiento de las características especiales del negocio descrito a fin de que*

²⁸ Yesilirmak, A., *Provisional Measures in International Commercial Arbitration*, 2005.

²⁹ Carbonneau, supra note 3, at 773-74

³⁰ Raymond J. Werbicki, *Arbitral Interim Measures: Fact or Fiction?*, 57

la imagen de los productos y servicios de RAYUELA no se vea deteriorada respecto al público³¹.

- **NECESIDAD URGENTE EN LA ADOPCIÓN DE LA MEDIDA**. Las autoridades sanitarias de Andina obligaron a cesar en el uso del colorante Azul C-12, comprometiéndose, mi mandante, públicamente a no emplearlo más, poniendo tal decisión en conocimiento de los consumidores. Por ello, ante la adopción de este compromiso, esta parte entiende que se cumple la exigencia de urgencia en la necesidad de adoptar la medida cautelar. La continuidad en la utilización del mismo por la demandada es susceptible de causar perjuicios irreparables en la imagen de mi patrocinada, ya que se acabará identificando su marca no sólo con la causación de daños sanitarios, sino también con la desobediencia de las órdenes adoptadas por la autoridades competentes y con la falta de compromiso con su propia palabra. Ahondando más en la cuestión, es incluso PAMEOS quien expresamente reconoce la necesidad de suspender la comercialización de productos que utilicen el colorante Azul C-12, tal como queda acreditado en el DOCUMENTO núm. 7 de la solicitud de arbitraje. A tal efecto transcribimos: “*Las autoridades sanitarias recientemente han prohibido la comercialización de las MEOPAS. [...] Mientras las circunstancias se aclaran nos vemos obligados a suspender su comercialización*”.
- **CONDICIONES PARA EL OTORGAMIENTO DE LA MEDIDA**–. Finalmente, se cumplen los requisitos exigidos en el Art. 17.A.1) de la Ley Modelo de la CNUDMI para la adopción de la medida cautelar, a saber:

Que el daño que se pretende evitar con la adopción de la medida sea más grave que el que se causaría, en este caso, a PAMEOS de ordenarse cautelarmente el cese en el uso del colorante Azul C-12 –Periculum in mora–. El daño a la imagen de RAYUELA frente a los consumidores es susceptible de afectar de forma grave a su nivel de ventas presentes y futuras, no siendo posible su adecuado resarcimiento mediante indemnización. Además, este daño no sólo afectaría a RAYUELA como franquiciadora principal sino también a PAMEOS –así como al resto de sub-franquiciados– quien desarrolla su actividad comercial bajo la imagen de mi patrocinada. Por ello, la desconfianza se extiende a todos los consumidores de los productos de su marca³².

Que exista una posibilidad razonable de ver satisfechas nuestras pretensiones –Fumus boni iuris–. Como queda fundamentado en la presente demanda, PAMEOS ha incurrido en varias causas de incumplimiento contractual. Esta afirmación se fundamenta en base a que una de las principales características del contrato consistía en la obligación de PAMEOS de no deteriorar la imagen de los productos y servicios de la sociedad franquiciadora. Algo que evidentemente no ha cumplido al haber ocasionado toda una

³¹ Refuerza este argumento lo dispuesto en la Guía UNIDROIT para los Acuerdos de Franquicia Principal Internacional que se establece literalmente que: “*otra obligación importante del franquiciador es el mantenimiento y protección de las marcas (...), que licencie al sub-franquiciado, señalándose del mismo modo en dicha Guía que uno de los derechos-deberes del franquiciador es el de salvaguardar la reputación de la red y asegurar que los niveles de calidad se mantengan*”.

³² Tal como declara HERNANDO GIMÉNEZ, A., la finalidad económica perseguida por las partes al contratar, no es únicamente desarrollar una actividad de comercialización o distribución de bienes o de prestación de determinados servicios, sino que, además, la misma ha de estar dirigida a la consecución de una imagen única en el mercado, de una **verdadera reproducción de la empresa ideada** y puesta en marcha por el franquiciador en los diferentes puntos de explotación. (HERNANDO GIMÉNEZ, A., *El contrato de franquicia de empresa*, Madrid, 2000, (pp. 546 y 547).

crisis sanitaria y de imagen a mi mandante por su decisión unilateral de emplear el colorante Azul C-12 sin consultarlo previamente con esta última.

102. Por consiguiente, solicitamos la adopción de la medida cautelar de cese en la comercialización de productos que utilicen el colorante Azul C-12 al amparo del Art. 17.2.b) de la Ley Modelo de 2006. Medida que, como ha quedado expuesto, pretende impedir que se siga causando un daño grave y de difícil o imposible reparación a la imagen de RAYUELA.

103. Finalmente, interesa a esta parte advertir que, de no ser admitida la pretensión de suspender o resolver el contrato con respecto al territorio de Aztequia, el Tribunal debe, igualmente, emitir una orden cautelar que prohíba la comercialización del colorante Azul C-12 en el territorio señalado durante la pendencia del procedimiento. Resulta evidente que la imagen de RAYUELA se ha visto gravemente afectada por las consecuencias que supuso el uso del colorante en las dentaduras de los consumidores de las *Meopas*, identificando el público tales pasteles azules con un grave problema que no puede prolongarse en el tiempo.

104. Por lo tanto, entiende esta parte que es irrelevante que PAMEOS aduzca que, en el territorio de Aztequia, las *Meopas* no han causado daños y que se ha corregido la composición del colorante, pues ya existe una total y generalizada identificación entre las *Meopas* azules y los perjuicios en las dentaduras de las personas que las consumen. Por ende, es de destacar que si no se elimina del proceso de elaboración de los pasteles el colorante Azul C-12 en todos los territorios donde operen el franquiciado y los sub-franquiciados, la imagen de RAYUELA y el compromiso público que asumió proclamando la retirada de los productos dañosos, se verán gravemente perjudicados, prolongando en el tiempo sus efectos sin fundamento alguno.

105. Por lo que **SUPLICO AL TRIBUNAL**, que se tenga por formulada la anterior pretensión y se adopte la medida cautelar consistente en el cese en la comercialización de productos que utilicen el colorante Azul C-12, tanto en el territorio de Andina como en el de Aztequia.

106. **OTROSÍ DIGO TERCERO**, que si el Tribunal Arbitral no estimare las pretensiones relativas a la resolución del contrato y desarrolladas con anterioridad, se interesa que se adopten, con carácter subsidiario, como medidas definitivas las prohibiciones de uso del colorante Azul C-12 y comercialización de productos que lo empleen.

107. Asimismo, esta parte considera que no sólo es necesaria la emisión de una orden cautelar de retirada del colorante Azul C-12 en los territorios de Andina y Aztequia, sino que, además, el Tribunal ha de compeler a PAMEOS de abstenerse en el futuro de utilizar dicho colorante controvertido en cualquier territorio y para siempre, pues no puede primar el uso de un simple colorante sobre la reputación e imagen de una gran empresa internacional como es RAYUELA

108. La finalidad del colorante controvertido puede verse suplida por uno que no perjudique la salud de los consumidores ni arruine el prestigio de una empresa de alimentación. El fenómeno de las "*dentaduras de pitufo*" no puede seguir vinculándose a nuestra empresa, pues de lo contrario, se estaría lanzando un mensaje a los consumidores de pasividad por nuestra parte ante las consecuencias negativas de los pasteles sobre la salud de las personas, produciendo un total rechazo en el consumo de nuestros productos de forma generalizada. Por todo ello, entiende esta parte que el Tribunal Arbitral ha de obligar a PAMEOS a abstenerse de usar con carácter definitivo tal colorante, y a tal fin, la única que ha de disponer de la facultad decisoria en el empleo de colorantes es la propia RAYUELA, habida cuenta de la negligencia de PAMEOS en el uso de los mismos.

109. Por lo que **SUPLICO AL TRIBUNAL**, tenga por formulada la anterior pretensión y se sirva admitirla, acordando de no estimar la resolución del contrato, subsidiariamente, como medida definitiva las prohibiciones de uso del colorante Azul C-12 y comercialización de productos que lo empleen.

110. **OTROSÍ DIGO CUARTO**, que no procede admitir la prueba pericial solicitada por PAMEOS de acuerdo con los siguientes argumentos.

111. La práctica de la prueba pericial **no es relevante para la resolución del litigio**. PAMEOS solicita una prueba pericial informática consistente en revisar los correos electrónicos entre la empresa BESTIARIO y RAYUELA, con el fin de comprobar si mi mandante conocía la importación del colorante Azul C-12 a través de BESTIARIO. De este modo, la prueba solicitada no solo es irrelevante para la resolución del litigio por los motivos posteriormente aducidos, sino que además supone una intromisión en un derecho tan esencial como el derecho a la intimidad, sin que exista fundamentación suficiente que avale la importancia que, para la resolución del litigio, comprende el conocimiento de las comunicaciones entre empresas integrantes del mismo grupo empresarial.

112. Como ha quedado expuesto, la prueba solicitada no es relevante para la resolución del litigio, provocando, de contrario, una dilación indebida en la resolución de éste que ocasiona un indiscutible perjuicio económico para mi representada.

113. De acuerdo con el Libro de Productos, la franquiciadora permite la adquisición de los colorantes a través de una de sus filiales, BESTIARIO, o bien a través de EL CLUB DE LA SERPIENTE VERDE S.L. En consecuencia, el franquiciador deja una “*media libertad*” a los franquiciados para la adquisición de los colorantes. Nos encontramos pues, ante una decisión unilateral de PAMEOS que no ha sido puesta en conocimiento, en ningún momento anterior al surgimiento de la controversia, a RAYUELA, como queda acreditado por los *emails* adjuntados al efecto –vid. como ejemplo el DOCUMENTO núm. 10 de la solicitud de arbitraje en el que PAMEOS expresamente dispone que: “*El azul C-12 fue la única manera en la que pudimos alcanzar el número deseado de colores (hasta 30) para personalizar las Meopas. [...] Puesto que no queríamos conflictos, solucionamos el problema que vuestras máquinas crearon, y se acabó*”–.

114. Pero, es más, aun cuando mi representada tuviere conocimiento de la importación del colorante Azul C-12, ello no es causa suficiente para entender dispensado el incumplimiento contractual por PAMEOS.

115. De lo reflejado en el Manual de Franquicia y en el Libro de Productos no se desprende que el referido colorante Azul C-12 estuviera prohibido. Es más, a pesar de la escueta mención a los mismos que se hace en el apartado de *colorantes* del Libro de Productos, de ahí se concluye que el colorante era perfectamente válido para su uso por parte de PAMEOS y para su consumo humano.

116. La adquisición del colorante para uso alimentario no ha producido perjuicio alguno a mi representada, su uso no aparece prohibido de manera expresa en ninguna parte y no se trata de un producto tóxico o no apto para la pastelería. El problema recae, por lo tanto, como ya se ha señalado previamente, en el uso que del mismo ha desarrollado PAMEOS.

117. A la luz de lo expuesto, resultan irrelevantes las comunicaciones de mi representada con su filial puesto que el incumplimiento en la comercialización de productos fabricados con el colorante Azul C-12 no se produce por su importación sino, por **el mal uso que del mismo realizó PAMEOS.**

118. Por lo que **SUPLICO AL TRIBUNAL**, se tenga por formulada la anterior pretensión y deniegue la práctica de la prueba pericial solicitada por la contraparte.

En Barataria, Cervantia, a 9 de enero de 2015.

FDO: JULIO CORTÁZAR.

ANEXO I: BIBLIOGRAFÍA

AAVV, MORÁN BOVIO, D. (COORD.), *Comentarios a los principios de Unidroit para los contratos del Comercio Internacional*, Navarra, 1999.

AA.VV. *Principles of European Law on Commercial Agency, Franchise and Distribution Contracts (PEL CAFDC)*, Munich, 2006

ALONSO SOTO, R., *Los contratos de distribución comercial*, Madrid, 1998

ARENAS GARCÍA, R., DE MIGUEL ASENSIO, P. A., FERNÁNDEZ ROZAS, J. C., *Derecho de los negocios internacionales*, Madrid, 2011.

CALVO CARAVACA, A. L. Y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Curso de contratación internacional* (ed. 2º), Madrid, 2006.

DIEZ PICAZO, Y PONCE DE LEÓN, L., *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, Madrid, 1998.

ECHEBARRÍA SÁENZ, J. A., *El Contrato de franquicia. Definición y conflictos en las relaciones internas*, Madrid, 1995.

ESPINIELLA MENÉNDEZ, A., *Las operaciones de compraventa en la distribución comercial internacional*, Anuario español de Derecho Internacional Privado (Tomo XIII), 2013.

FERNÁNDEZ ROZAS, J. C., *Tratado del Arbitraje Comercial Internacional en América Latina*, Madrid, 2008

GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J. Y VIRGÓS SORIANO, M. *Derecho procesal civil internacional. Litigación internacional*. Navarra, 2007.

GÓMEZ SEGADE, J. A., *El secreto industrial (Know-how). Concepto y protección*, Madrid, 1974.

GONZALO QUIROGA, M.

- *Las normas imperativas y el orden público en el arbitraje privado internacional*, Universidad Complutense de Madrid, 2001.

- *Orden público y arbitraje internacional en el marco de la globalización comercial (arbitrabilidad y derecho aplicable al fondo de la controversia internacional)*, Madrid, 2003.

HERNANDO GIMÉNEZ, A., *El contrato de franquicia de empresa*, Madrid, 2000.

EL INSTITUTO INTERNACIONAL PARA LA UNIFICACIÓN DEL DERECHO PRIVADO, UNIDROIT, Roma 2005.

LAMARCA I MARQUÉS, A., *La compraventa internacional: aplicabilidad y aplicaciones de la Convención de Viena de 1980*, Valencia, 1999.

MARTÍ MIRAVALLS, J., *El contrato de Master Franquicia*, Navarra 2009.

MASEDA RODRÍQUEZ, J., *Aspectos internacionales de la concesión mercantil*, De Confictu Legum, Estudios de Derecho Internacional Privado, Núm. 2, Universidad de Santiago de Compostela, 2000.

MUÑOZ, E. Y SCHWENZER, I. *Schlechtriem & schwenzer: comentario sobre la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías*, Tomos I y II, Navarra, 2011.

OLIVA BLÁZQUEZ F., *Compraventa internacional de mercaderías (ámbito de aplicación del Convenio de Viena de 1980)*, Valencia, 2002.

PERALES VISCASILLAS, M^a P., *El contrato de compraventa internacional de mercaderías (Convención de Viena de 1980)*, Pace Law School Institute of Internacional Commercial Law, <http://www.cisg.law.pace.edu>.

RENDELL R.S., *The new U.N. Convention on International Sales Contracts: An Overview*, "Brooklyn Journal of International Law", 1989.

SECRETARÍA DE LA CNUDMI, CENTRO INTERNACIONAL DE VIENA, *Compendio de jurisprudencia basada en la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías*, Viena, 2010.

SUPRUN, D., *Contratos internacionales de franquicia*, Trabajo Fin de Máster, Universidad Complutense de Madrid, 2009.

VÁZQUEZ LÉPINETTE T., *Compraventa internacional de mercadería. Una visión jurisprudencia*, Navarra, 2000.

WERBICKI, R.J., *AAA Handbook on International Arbitration & ADR. Chapter 8, Arbitral Interim Measures: Fact or Fiction?* JurisNet, LLC, 2010.

XIOL RÍOS, JA., *El arbitraje y los tribunales de justicia. Ponencia de 9 de febrero de 2007 en el Club español de arbitraje*.

YZQUIERDO TOLSADA, M.

- *Contratos civiles, mercantiles, públicos, laborales e internacionales, con sus implicaciones tributarias. (Tomo XVI). Los contratos internacionales (I)*, Navarra, 2014.

- *Contratos civiles, mercantiles, públicos, laborales e internacionales, con sus implicaciones tributarias (Tomo XVII). Los contratos internacionales (II)*, Navarra, 2014.

- *Contratos civiles, mercantiles, públicos, laborales e internacionales, con sus implicaciones tributarias. (Tomo XIII). Contratos sobre bienes inmateriales (II)*, Navarra, 2014.

ANEXO II: CITAS JURISPRUDENCIALES Y ARBITRALES.

A. JURISPRUDENCIA.

STJUE de 19 diciembre 2013, as. C-9/12: Corman–Collins SA c. La Maison du Whisky SA
STS español 359/2014, de 9 de julio.

Sentencia del OLG Munich de 8 de febrero de 1995. SAP
de Palma de Mallorca de 9 de noviembre de 2011.

B. LAUDOS.

– CLOUT.

Caso núm. 20 de la High Court of Hong Kong, de 29 de octubre de 1991, *CLOUT*.

Caso núm. 48, del Oberlandesgericht Düsseldorf, de 8 de enero de 1993, *CLOUT*.

Caso núm. 81, del Oberlandesgericht Düsseldorf, de 10 de febrero de 1994, *CLOUT*.

Caso núm. 147, de la Moscow City Court, de 13 de diciembre de 1994, *CLOUT*. Caso
núm. 123, del Bundesgerichtshof, de 8 de marzo de 1995, *CLOUT*.

Caso núm. 337, del Landgericht Saabr, de 26 de marzo de 1996, *CLOUT*.

Caso núm. 378, del Tribunale di Vigevano, de 12 de julio de 2000, *CLOUT*.

– CCI.

Laudo de la CCI núm. 1512/1971.

Laudo CCI núm. 2216/1974.

Laudo CCI núm. 2216/1975, *Clunet*.

Laudo CCI núm. 2139/1978, *YCA*.

Laudo CCI núm. 6752/1991.

Lauo CCI núm. 5030/1992.

Laudo CCI núm. 8247/1996, *International Court of Arbitration Bulletin*.

ANEXO 2. ESCRITOS DE CONTESTACIÓN Y RECONVENCIÓN

CASO MOOT 2015

***ESCRITO DE CONTESTACIÓN A LA DEMANDA
Y ESCRITO DE RECONVENCIÓN.***

ÍNDICE

A. ESCRITO DE CONTESTACIÓN.

I. HECHOS	1.
II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS	3.
– PRIMERO. INCOMPETENCIA DEL TRIBUNAL ARBITRAL	3.
– SEGUNDO. LEGITIMACIÓN	5.
– TERCERO. PROCEDENCIA DE LA INTERVENCIÓN DE TERCEROS	5.
– CUARTO. LEY APLICABLE A LA CONTROVERSIA	7.
– QUINTO. EFECTO LEGAL EN EL MODO DE PROPONER LA DEMANDA	12.
– SEXTO. CUMPLIMIENTO DEL DEMANDADO EN LA FABRICACIÓN Y COMERCIALIZACIÓN DE PRODUCTOS	12.
– SÉPTIMO. CUMPLIMIENTO DE LA CLÁUSULA DE EXCLUSIVIDAD TERRITORIAL	14.
– OCTAVO. CUMPLIMIENTO DEL DEBER DE RESPETAR LA IMAGEN DE RAYUELA	18.
– NOVENO. CUMPLIMIENTO DE LOS OBJETIVOS DE VENTAS PACTADOS	19.
– DÉCIMO. FALTA DE LEGITIMACIÓN DE RAYUELA PARA RESOLVER EL CONTRATO	21.
– DECIMOPRIMERO. COSTAS	22.
III. SUPPLICO AL TRIBUNAL	22.
IV. OTROSÍ DIGO PRIMERO	22.
V. OTROSÍ DIGO SEGUNDO	24.
VI. OTROSÍ DIGO TERCERO	26.

B. ESCRITO DE INTERPOSICIÓN DE DEMANDA RECONVENCIONAL	
I. HECHOS	27.
II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS	27.
– PRIMERO. ENTREGA POR RAYUELA DE BIENES DEFECTUOSOS	27.
– SEGUNDO. INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN DE ENTREGAR INFORMACIÓN PRECONTRACTUAL	30.
– TERCERO. INCUMPLIMIENTO DE RAYUELA DE SU OBLIGACIÓN DE RESPETAR LA EXCLUSIVIDAD TERRITORIAL	31.
– CUARTO. COSTAS	33.
III. SUPPLICO AL TRIBUNAL	33.
C. ANEXOS.	
ANEXO I: BIBLIOGRAFÍA	34.
ANEXO II: CITAS JURISPRUDENCIALES	37.

ABREVIATURAS

Artículo(s)	Art (s)
BESTIARIO S.L.	BESTIARIO
Corte de Arbitraje de la Cámara Oficial de Comercio de Industria Convenio regional de Mercounión por el que se establece un Código de Derecho Internacional Privado, de 26 noviembre 1990	CAM Convenio Mercounión
Convención de las NNUU sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, suscrita en Viena el 11 de abril de 1980	CISG
Convención de Nueva York de 1958 sobre reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras	CNY
DIVERTIMENTO FRANQUICIA	DIVERTIMENTO
ESPERANZA S. L.	ESPERANZA
Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional	Ley Modelo de la CNUDMI
Ley Modelo sobre la divulgación de la información en materia de franquicia	LMDIMF
Ley de Protección de los franquiciados con establecimientos en Andina de 16 de agosto de 1968	Ley de Protección de los franquiciados
Número (s)	Núm. (s)
PAMEOS S.A.	PAMEOS
Reglamento de Arbitraje de la Corte de Arbitraje de Madrid	Reglamento de la CAM
RAYUELA PASTELERÍA S.A.	RAYUELA

**ALA CORTE DE ARBITRAJE DE LA CÁMARA
OFICIAL DE COMERCIO E INDUSTRIA DE MADRID**

1. ETIENNE MORELLI, mayor de edad, como representante de la sociedad PAMEOS S.A., con domicilio social en Avda. Atahualpa, núm. 99, ciudad de Yahuarpampa, Andina, y con domicilio a efectos de comunicaciones en la calle Perico Romero, núm. 46, ciudad de Yahuarpampa, Andina, según ha quedado acreditado en el DOCUMENTO de respuesta a la solicitud de arbitraje y solicitud de reconversión núm. 1, ante la Corte de Arbitraje de la Cámara Oficial de Comercio e Industria de Madrid, comparezco y como mejor proceda en Derecho, DIGO:

2. Que por medio del presente escrito formulo **CONTESTACIÓN A LA DEMANDA ARBITRAL** contra la mercantil RAYUELA PASTELERÍA S.A., con domicilio social en la calle Alifanfarón, núm. 77, ciudad de Barataria, Cervantia, al amparo de lo dispuesto en el Art. 25 del Reglamento de Arbitraje de la Corte de Arbitraje de Madrid de 1 de enero de 2009, y con base en los siguientes,

HECHOS

PRIMERO.

3. Con carácter previo, interesa al derecho de esta parte **hacer constar su más firme oposición a la versión de los hechos consignada de contrario en todo lo que contradiga, se oponga o simplemente omita cuanto se señalará en el presente escrito de contestación.**

SEGUNDO.

4. PAMEOS S.A. –en adelante, PAMEOS–, es una empresa del sector de la hostelería, con domicilio social en Avda. Atahualpa, no. 99, ciudad de Yahuarpampa, Andina. Mi representada tenía interés en establecer una colaboración empresarial con RAYUELA PASTELERÍA S.A. –en adelante, RAYUELA–, pues había estudiado la imagen y productos de la citada empresa, obteniendo un resultado que se revelaba como prometedor para los territorios de Andina y Aztequia, donde PAMEOS conoce perfectamente los mercados.

TERCERO.

5. Con motivo de la celebración de la feria de la franquicia internacional, a mediados del mes de noviembre de 2012, PAMEOS y RAYUELA iniciaron las negociaciones en aras a la formalización de un contrato de Máster Franquicia en los territorios de Andina y Aztequia, en los que mi representada sería el franquiciado principal.

6. Tras la citada feria, se mantuvieron por ambas partes comunicaciones a través de correo electrónico; de estas cabe destacar que PAMEOS hizo constar expresamente, en su e-mail de fecha 26 de noviembre de 2012, la **condición** de que la **maquinaria** suministrada por RAYUELA pudiera **alcanzar, al menos, 30 colores**, debido a las expectativas del público de Andina y Aztequia (DOCUMENTO de la solicitud núm. 2). A esta petición, RAYUELA respondió que no debían preocuparse por los colores, dando a entender de forma expresa que las máquinas alcanzarían la citada cantidad de colores (DOCUMENTO de la solicitud núm. 3)

CUARTO.

7. Las partes suscribieron el contrato de Máster Franquicia en fecha 10 de diciembre de 2012. Días después, el 14 de diciembre de 2012, esta parte recibió el Manual y Libro de Productos de RAYUELA, y en todo momento mostró una actitud colaborativa y dispuesta. En base a esto, PAMEOS realizó una gran inversión para abrir los primeros establecimientos y adaptarse a la imagen de RAYUELA, pero una vez comenzó a ejecutar las prestaciones convenidas, descubrió que las Máquinas *Rocamadour* proporcionadas por el franquiciador sólo permitían obtener diez colores. Ante esto, mi representada, se vio obligada a utilizar otro de los colorantes contenidos en el Libro de Productos RAYUELA, concretamente el colorante Azul C-12, suministrado por BESTIARIO S.L. –en adelante, BESTIARIO–, filial de la demandante. De esta forma, PAMEOS logró obtener la cantidad de colores deseada, siguiendo para ello, en todo momento, escrupulosamente las instrucciones del franquiciador.

QUINTO.

8. En Mayo de 2014, las autoridades sanitarias de Andina prohibieron la comercialización de las *Meopas*, uno de los pasteles típicos de RAYUELA, pues su consumo provocaba una coloración dental a los clientes que sólo podía eliminarse a través de tratamientos de limpieza dental. No obstante, esto no sucedió en los establecimientos radicados en Aztequia, por lo que allí se continuó con la comercialización de las *Meopas*, que incluso elevaron el volumen de ventas. PAMEOS se vio sorprendido por esta situación, e inmediatamente, el 16 de mayo de 2014, lo puso en conocimiento del franquiciador. Aprovechando para comunicar también las relaciones que habían comenzado con ESPERANZA S.L. –en adelante, ESPERANZA–, titular de los derechos de propiedad intelectual de las *Famas*, unos dibujos muy apreciados por el público infantil de Andina y Aztequia, a fin de decorar con las mismas los *Cronopios*, otro de los pasteles más conocidos de la marca. Resulta palmario que mi representada actuó en todo momento de buena fe, comunicando los acontecimientos al franquiciador, y buscando nuevas colaboraciones comerciales en aras a aumentar la fama de los productos de RAYUELA, y llegar así a incrementar el nivel de ventas, para contrarrestar el efecto negativo de la retirada de las *Meopas*. Pese a todo ello, las actuaciones de mi representada no fueron bien vistas por el franquiciador.

SEXTO.

9. Finalmente, PAMEOS, en aras a la satisfacción de los clientes que habitaban en el territorio de Pampia, puso en marcha el programa de fidelización denominado “*La Tarta en Casa*”, con la finalidad de promocionar, una vez más, la marca RAYUELA e incrementar el nivel de ventas. De nuevo, el franquiciador no ha sabido valorar los esfuerzos realizados por esta parte, y lejos de mostrar una actitud colaborativa, se ha limitado a imputar a esta parte incumplimientos que en ningún momento se han producido y a instar la resolución del contrato.

SÉPTIMO.

10. PAMEOS niega categóricamente todas las acusaciones vertidas por RAYUELA, añadiendo que los únicos incumplimientos acaecidos en esta relación contractual han sido los cometidos por la parte demandante. Por ello, esta parte, viene a contestar y reconvenir la demanda arbitral.

Que a estos hechos les son aplicables los siguientes,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I. De carácter procesal:

PRIMERO.- INCOMPETENCIA DEL TRIBUNAL ARBITRAL.

11. Esta parte sostiene que la Corte de Arbitraje de la Cámara Oficial de Comercio e Industria de Madrid –en adelante, CAM– **carece de competencia para conocer y resolver la presente controversia**, al existir normas de orden público internacional, a las que nos remite la normativa vigente en la sede del arbitraje, que imposibilitan la resolución de este litigio mediante el arbitraje pretendido por RAYUELA, ya que dichas normas convierten en nulo el convenio arbitral contenido en la Cláusula V del Manual de Franquicia.

12. Es la propia legislación vigente en la sede arbitral, Madre Patria, la que nos lleva a la aplicación de la normativa de orden público del Estado en cuyo territorio tendría que ejecutarse el laudo arbitral, en este caso, Andina. Así, Madre Patria es parte de la **Convención de Nueva York de 1958 sobre reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras** –en adelante, CNY–, la cual permite que los Derechos nacionales fijen límites extrínsecos a los convenios arbitrales a través de dos cláusulas generales: la arbitrabilidad de la controversia (ex. Art. II.1 CNY) y el orden público (ex. Art. II.3 en relación con el artículo V.2.b) CNY)¹, que constituyen dos correctivos esenciales para mantener la justicia en el arbitraje². Asimismo, la **Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional** –en adelante, Ley Modelo de la CNUDMI–, aplicable al estar vigente en Madre Patria, permite, en virtud de su Art. 36.1.b).ii), denegar el reconocimiento o la ejecución de un laudo arbitral cuando dicho laudo es contrario al orden público del país en el que el mismo se intenta reconocer o ejecutar.

13. Por lo tanto, al aplicar la normativa de orden público de Andina se está respetando y cumpliendo, en todo caso, con el ordenamiento jurídico vigente en la sede arbitral, cuyas normas son las que nos permiten tener en cuenta dicho orden público andino. Sólo así se evita la emisión de un **laudo “c la u dica nte”**, es decir, **no reconocible ni ejecutable en su día en Andina** y, por consiguiente, carente de efectos prácticos. Prevenir el citado riesgo de “laudo claudicante” obliga al Tribunal Arbitral a tener en cuenta, incluso en esta fase declarativa, el riesgo de no reconocimiento del futuro laudo por vulneración del orden público³.

14. En particular, resulta obligado que la CAM tenga presentes los **Arts. II.3 y V.2.b) de la CNY**, puesto que, si bien este último se refiere al reconocimiento del laudo⁴, se entiende que dicho precepto vale también para el reconocimiento del acuerdo arbitral⁵. El Art. II.3 CNY excluye la posibilidad de celebrar arbitraje cuando el acuerdo arbitral “*es nulo, ineficaz o inaplicable*”; a su vez, el Art. V.2.b) CNY determina que entre en juego el orden público del Estado en el que el posible laudo arbitral tendría que ser ejecutado, operando dicho orden público no sólo frente al laudo arbitral, sino también frente al convenio arbitral. De ahí la importancia de que el orden público de Andina, Estado del domicilio del demandado y lugar

¹ Vid. (VIRGÓS SORIANO, 2006)

² Vid. (FERNÁNDEZ ROZAS, ARENAS GARCÍA, & DE MIGUEL ASENSIO, 2009), cap. IX

³ “El orden público opera también como un límite para el poder decisorio de los árbitros, en el sentido que éstos se convierten en auténticos guardianes de aquél”. (FERNÁNDEZ ROZAS, 2008).

⁴ Sobre el orden público en el contexto del Art. V.2.b) CNY, señala JAN PAULSSON que el mismo podría ser invocado en diferentes estadios del proceso, indicando que: “Se puede pedir a los jueces –en el lugar de arbitraje o en cualquier otro lugar– aceptar que éste cancela el efecto de los acuerdos arbitrales (...) en (TAWIL, 2008)

⁵ Como (VIRGÓS SORIANO, 2006) señala, dicho Art. V CNY “vale como regla de conflicto aplicable por el tribunal nacional en la fase de planteamiento de la declinatoria o reconocimiento de arbitraje” (Op. cit., p. 20).

donde se ejecuta el contrato objeto de la controversia, sea un presupuesto fundamental para determinar la competencia o incompetencia de los árbitros⁶.

15. De acuerdo con los anteriores razonamientos, esta parte sostiene la obligada aplicación de la **Ley de Protección de los franquiciados con establecimiento en Andina, de 16 de agosto de 1968** –en adelante, Ley de Protección de los franquiciados–. Esta Ley aborda situaciones privadas internacionales en las que un franquiciado tiene su establecimiento en Andina. Dicha Ley pretende, de hecho, evitar que una persona física o jurídica extranjera, que actúe como franquiciador, trate de resolver un contrato de Franquicia con su franquiciado andino cuando éste ha consolidado un mercado rentable. No hay duda, pues, de que la situación que se da en la presente controversia se encuentra dentro del ámbito material de dicha Ley, tanto si se está a una interpretación literal como teleológica. La Ley andina recoge un valor esencial del ordenamiento jurídico de dicho Estado, como es el de protección de los franquiciados⁷, a los que se trata de asegurar su protección internacional en cuanto al acceso a los Tribunales frente a actuaciones individuales que atentan contra los valores esenciales de la comunidad de Andina. Se trata, por tanto, de una norma de orden público internacional, como su propio ámbito espacial indica, por lo que carece de fundamentación alegar que esta Ley es una mera norma de orden interno.

16. Afirmado el carácter de orden público internacional de la Ley andina de Protección de los Franquiciados, la CAM debe valorar que su **Art. 23** establece que: **“S ólo es posible el sometimiento a arbitraje una vez surgida la controversia. Los convenios arbitrales contenidos en las con di ci on es gen eral es del con t rat o serán n ul os”**. De este modo, dicho precepto implica la nulidad de la cláusula V del Manual de Franquicia y, por tanto, del pretendido convenio arbitral alegado por RAYUELA, ya que el mismo se había recogido en el Manual de Franquicia con carácter previo al surgimiento de controversia alguna entre las partes. Por lo expuesto, el convenio arbitral deberá ser declarado nulo por su contrariedad con el orden público procedente de la inarbitrabilidad de la controversia en las circunstancias que se dan en este caso. De acuerdo con lo anterior, y no habiendo una sumisión tácita de esta parte al Tribunal Arbitral, el mismo deberá declararse incompetente por no contar con ningún criterio competencial a su favor.

17. A mayor abundamiento, el **Art. 1º de la Ley de Protección de los franquiciados** establece literalmente que *“las disposiciones de la presente Ley son de orden público y no pueden por consiguiente, ser derogadas, ni modificadas por acuerdo en contrario entre las partes”*; por lo que resulta irrelevante la alusión que RAYUELA hace en su escrito de demanda a la autonomía de la voluntad de las partes⁸. Es evidente que la protección que se otorga por una norma de orden público internacional no se puede desvirtuar por acuerdo

⁶ Como GONZALO QUIROGA, M. señala, el orden público se convierte *“en la auténtica llave de paso de la competencia de los árbitros (...) Los límites que impone éste a la autonomía de la voluntad, por ejemplo, se convierten en límites a la jurisdicción de los árbitros (...) El orden público se erige, pues, como un límite a los presupuestos por lo que también lo es a la propia existencia del arbitraje”* En esa misma línea, señala también que *“El orden público siempre es, en última instancia, la llave definitiva que abre o cierra el paso a la arbitrabilidad, en cualquier sistema legal en el marco universal (...) El orden público es la condición suficiente de la arbitrabilidad internacional”*. (GONZALO QUIROGA, 2001).

⁷ *“Podemos caracterizar a los principios de orden público como aquellos que inspiran un ordenamiento jurídico determinado, reflejando los valores esenciales de una sociedad en un momento dado. La idea general –observa Carbonnier– responde a una supremacía de la sociedad sobre el individuo, y el orden público traduce la voluntad comunitaria, amenazada por determinadas iniciativas individuales en forma de contrato. Trátase, en suma, de un mecanismo mediante el cual el Estado reprime las convenciones particulares que puedan atentar contra sus intereses esenciales”*. (MORENO RODRÍGUEZ J. A., 2007)

⁸ Como indica MORENO RODRÍGUEZ J. A., en el orden público se pueden encontrar importantes límites a la autonomía de la voluntad. (MORENO RODRÍGUEZ J. A., 2007)

alguno de las partes. En otras palabras, el orden público internacional no es disponible por las partes⁹.

18. Por otro lado, y en contra de lo que RAYUELA indica en su escrito de demanda, no es cierto que el principio *compétence sùr compétence* otorgue a los árbitros la obligación de declararse competentes, sino que simplemente les faculta para decidir sobre su propia competencia o incompetencia, como se puede extraer de la literalidad del **Art. 16.1) de la Ley Modelo de la CNUDMI**. En consecuencia, esta parte entiende que, al hacer uso de tal facultad, la CAM deberá estimar la impugnación de la competencia del Tribunal Arbitral formulada en las líneas anteriores y declararse incompetente en base a la nulidad del convenio arbitral en que RAYUELA se ampara. Además, la CAM debe valorar que, de no acoger la impugnación que esta parte formula, el laudo que en su caso dicte corre el riesgo de ser un laudo claudicante¹⁰, por lo que el procedimiento arbitral que se celebre no habrá respetado la regla de la eficacia máxima.

19. Resaltada la nulidad del convenio arbitral, no es necesario entrar en consideraciones de forma relativas al mismo, más allá de que dicho convenio era previo al surgimiento de controversia alguna y, por ende, nulo conforme a una norma de orden público internacional. Por lo expuesto, reiteramos nuestra postura en cuanto a la incompetencia de la CAM para conocer de este litigio.

SEGUNDO.- LEGITIMACIÓN.

20. Nada que alegar sobre la legitimación de las partes en el correlativo de la demanda, a los solos efectos procesales.

TERCERO. PROCEDENCIA DE LA INTERVENCIÓN DE TERCEROS.

21. Con carácter subsidiario, y solo para el caso de que el Tribunal no estimara la impugnación de la competencia indicada en el Fundamento Primero, esto es, si el Tribunal decidiese declararse competente, esta parte considera que el Tribunal debería admitir la participación de DIVERTIMENTO FRANQUICIA –en adelante, DIVERTIMENTO– en el presente procedimiento arbitral, de acuerdo con lo establecido en el **Art. 9.2 del Reglamento de la CAM**.

22. En primer lugar, entiende esta parte la procedencia de tal participación dado que DIVERTIMENTO suscribió con **mi representada un contrato de sub-franquicia**, contrato permitido por el apartado segundo de la Cláusula PRIMERA del Contrato de Máster Franquicia suscrito entre la demandante y esta parte. Junto con esta previsión contractual debemos tener en cuenta la existencia de otras cláusulas que regulan la posición de mi representada respecto de los sub-franquiciados en el contrato firmado entre esta parte y

⁹ Como pusiera de relieve la Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia de 20 de febrero de 1995 (T-057/95): “*La materia arbitrable sólo puede estar integrada por asuntos o cuestiones susceptibles de transacción que surjan ente personas capaces de transigir. El ámbito de lo transable abarca los objetos –bienes, derechos y acciones– sobre los cuales existe capacidad de disposición y de renuncia*”.

¹⁰ En el Auto del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, Sala de lo Civil y lo Penal, de 19 de abril de 2012, relativo al exequátur de un Laudo de la CCI, se recuerda que el Tribunal del Estado en que se deba ejecutar el laudo debe ejercitar un control y tener en cuenta un contexto “*que no conlleve sacrificar los principios fundamentales de cada ordenamiento jurídico en particular ni de la comunidad internacional en general*”. En la Sentencia 50/2014 del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Civil y lo Penal, de 14 de julio de 2014, se señala que “*El laudo arbitral no puede traspasar el orden público, y en caso que lo hiciere, aparece la posibilidad de control jurisdiccional de ese límite, a fin de garantizar que las decisiones arbitrales respeten ese conjunto de derechos y valores indisponibles*”.

RAYUELA. Además, en el apartado primero de la Cláusula SÉPTIMA del contrato suscrito entre esta parte y DIVERTIMENTO, se prevé la **obligación de entregar al sub-franquiado el Manual de Franquicia de RAYUELA PASTELERÍA**. De todo ello se colige la existencia de una relación de RAYUELA con los sub-franquiados, entre los que se encuentra DIVERTIMENTO.

23. Por si esto fuera poco, es preciso señalar que la Cláusula V del Manual de Franquicia entregado por mi representada a DIVERTIMENTO contiene un acuerdo arbitral para “*toda controversia derivada de este contrato o que guarde relación con él*”. Y parece evidente que el presente procedimiento guarda relación directa con el contrato suscrito entre mi representada y DIVERTIMENTO. Conviene recordar que el **apartado 3 de la Cláusula DECIMOSEXTA** del contrato estipula que: “*La extinción del contrato con el franquiciado principal conllevará la resolución automática de los contratos celebrados entre el franquiciado principal y los sub-franquiados*”. Por ende, en cuanto que en este procedimiento se van a discutir cuestiones relativas al cumplimiento contractual y a una posible resolución del contrato, la participación de DIVERTIMENTO es plenamente pertinente. **Este tercero interviniente presenta un interés legítimo** pues sus derechos como sub-franquiado se van a ver condicionados en su totalidad por la resolución de este procedimiento, aunque, *stricto sensu*, esta sociedad no haya suscrito directamente un contrato con RAYUELA.

24. Lo que se decida en este procedimiento es capital para el solicitante, pues no podemos olvidar las implicaciones que para los sub-franquiados tiene la decisión de RAYUELA de detener el uso del colorante Azul C-12, una de las cuestiones discutidas en la presente controversia, ya que en ella se va a resolver sobre la procedencia o improcedencia del uso del mismo por parte de los sub-franquiados en la elaboración de *Meopas*. Este proceder por parte de RAYUELA perjudica sustancialmente los intereses económicos presentes y futuros de DIVERTIMENTO, teniendo en cuenta que la venta de *Meopas* con colorante Azul C-12 en el territorio de Aztequia ha incrementado sus ventas un 300%. No en vano, tras rebajar la coloración del colorante, ésta puede ser eliminada con un simple lavado de dientes, de modo que el uso del Azul C-12 no presenta ningún tipo de riesgo para la salud.

25. Por último, también es procedente admitir la participación de DIVERTIMENTO en este procedimiento arbitral porque la misma es fundamental para que el Tribunal llegue a comprender el alcance del comportamiento irresponsable de RAYUELA y el incumplimiento de sus obligaciones en relación a sus franquiciados, tal como se señalará en la reconvención, y así poder adoptar una decisión con pleno conocimiento de las circunstancias en las que se ha desarrollado el contrato de Máster Franquicia.

26. **Ninguna de las alegaciones de la actora en contra de la intervención de DIVERTIMENTO puede ser admitida.** Alega la contraparte que DIVERTIMENTO no puede intervenir en este procedimiento al no poder incardinarse su situación en ninguno de los cinco supuestos que contempla la Sentencia de la Corte de Apelación (*Second Circuit*) de Estados Unidos en el asunto *Thomson-CSF S.A. c. American Arbitration Association*, de 24 de agosto de 1995, sobre la intervención de terceros no signatarios de la cláusula arbitral en un procedimiento arbitral. No obstante, entendemos que la doctrina jurisprudencial contenida en esta resolución no es aplicable al caso, pues en ella se citan los supuestos en los que un tercero no signatario de una cláusula arbitral puede ser compelido por tal cláusula, habiendo sido ésta firmada por otros sujetos. Sin embargo, no es ése el caso que nos ocupa, ya que **DIVERTIMENTO no es un tercero al que se quiere obligar a someterse a una cláusula arbitral suscrita por otros, sino que es esta sociedad la que voluntariamente quiere participar en el procedimiento por ostentar un interés legítimo en el mismo.** A esto cabe

añadir, que el citado Art. 9.2 del Reglamento de la CAM en ningún momento supedita la participación de terceros no signatarios a la concurrencia de alguno de los supuestos que cita el demandante.

27. En consecuencia, parece clara la existencia de un interés legítimo de DIVERTIMENTO en este procedimiento arbitral.

CUARTO. LEY APLICABLE A LA CONTROVERSIA.

A. Aplicación de la Ley de Andina como Derecho rector del contrato.

28. **El contrato de Máster Franquicia suscrito se rige por la ley de Andina.** De conformidad con el Art. 2 de la Ley de protección de los franquiciados: “*No cabe someterse a otro derecho aplicable salvo que éste resulte más favorable al franquiciado*”. En consecuencia, la elección de ley que obra en el contrato no tendrá efectos salvo que el Derecho de Cervantia sea más favorable para mi representada, la franquiciada, que el Derecho interno de Andina. Comoquiera que ello no ocurre a juicio de esta parte, se invoca a título de franquiciada desfavorecida la aplicación del Derecho de Andina.

29. La invocación del Derecho de Andina como rector del contrato, de acuerdo con el precepto anteriormente mencionado, obliga a justificar por qué dicha Ley es aplicable a la validez y eficacia de la cláusula de elección de ley. Ello se debe a que es una **norma de orden público internacional** adoptada por el Estado de Andina¹¹. El carácter de norma internacional imperativa que no puede excluirse mediante acuerdo de las partes se deriva de los Arts. 1 y 2 de la citada norma: “*Las disposiciones de la presente Ley son de orden público y no pueden por consiguiente, ser derogadas, ni modificadas por acuerdo en contrario entre las partes*” (Art. 1); “*El contrato de franquicia se regirá por la presente ley siempre que el franquiciado tenga su residencia, o domicilio social, en Andina*” (Art. 2).

30. En consecuencia, aun cuando las partes pactaron como derecho aplicable el Derecho de Cervantia y los principios generales aplicables a las transacciones comerciales internacionales en la Cláusula TRIGÉSIMA del contrato de Máster Franquicia, el Tribunal Arbitral habrá de aplicar las restricciones y límites a la elección de ley previstas por la Ley de protección de los franquiciados como norma de orden público internacional. Téngase en cuenta que las partes también se han sometido a los principios generales del comercio internacional en la citada Cláusula TRIGÉSIMA y es un principio general respetar las normas de orden público del Estado donde se tiene que ejecutar el contrato, en este caso, Andina¹². Este Estado considera esencial la Ley de protección de franquiciados para la salvaguardia de sus intereses públicos tales como su organización política, social o económica. Hasta tal punto es así, que su aplicación es exigible a toda situación comprendida en su ámbito de aplicación, cualquiera que fuera la ley aplicable al contrato. Así se deduce también, y de una forma clara, del Art. 17.2 del Convenio regional de Mercounión por el que se establece un Código de Derecho Internacional Privado, de 26 noviembre 1990, cuando establece que: “*Se podrá dar efecto a las normas de orden público del país en que las obligaciones derivadas del contrato tienen que ejecutarse o han sido ejecutadas, si dichas leyes de policía hacen que la ejecución del*

¹¹ La aplicación de las normas imperativas implica que el árbitro tome en consideración y considere legítimo el cumplimiento o la interferencia de normas de orden público económico de un Estado particularmente vinculado al contrato, en particular del país de ejecución (SÁNCHEZ LORENZO, 2009), pp. 39-74.

¹² Como instrumentos que contemplan la aplicación de las normas de policía demostrando que es un principio general del comercio internacional, *vid.* Art. 9 del Reglamento (CE) núm. 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de junio de 2008, sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales; Art. 17 del Convenio regional de Mercounión por el que se establece un Código de Derecho Internacional Privado, de 26 noviembre 1990.

contrato sea ilegal”. Como esta parte ya ha señalado en el escrito de respuesta a la solicitud de arbitraje, este Convenio no debería resultar, en principio, aplicable, por no ser Andina parte del mismo. No obstante, la función supletoria de este Convenio es sumamente importante, pues, al ser el Derecho de la sede del arbitraje (Madre Patria), sirve al Tribunal Arbitral para completar aquellas cuestiones que el Reglamento de Arbitraje no regula, como es el caso de la aplicación de leyes de policía de terceros Estados.

31. No debe olvidarse que la principal consecuencia que se derivaría de la no aplicación por el Tribunal Arbitral de las normas de orden público del Estado de Andina es el riesgo ya señalado de “*laudos claudicantes*”, es decir, el no reconocimiento del laudo donde ha de ser ejecutado, a saber: Andina. La Ley Modelo CNUDMI [Art. 36.1.b).ii)] y el Convenio de Nueva York [art. V. 2. b)] responden en éste sentido de una manera suficientemente clara. Como ya se ha señalado, **se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de la sentencia arbitral si la autoridad competente del país en el que éste se pide comprueba que el reconocimiento y la ejecución de la sentencia serían contrarios al orden público de ese país.** De tal manera, la no aplicación de una norma internacionalmente imperativa con vocación de aplicación a un caso concreto¹³, podría determinar la denegación de su reconocimiento y ejecución¹⁴.

B. Inaplicación de la CISG.

32. La Convención sobre compraventa internacional de mercaderías suscrita en Viena el 11 de abril de 1980 –en adelante **CISG**– no es aplicable ni *ratione loci* ni *ratione materiae*. En primer lugar, atendiendo al ámbito espacial, conforme al Art.1.1.a) de la CISG **no resulta de aplicación a la presente controversia por cuanto una de las partes tiene su establecimiento en Andina, Estado no contratante.** Asimismo, tampoco resulta de aplicación la norma controvertida al amparo de su Art. 1.1.b) porque el Estado cuyo Derecho resulta aplicable a la presente controversia es Andina, Estado pues, no contratante. En línea con lo expuesto en el apartado A) de esta cuestión, la Ley andina de protección de los franquiciados dispone en su Art. 2 *in fine* que sólo será válida la elección del Derecho aplicable al fondo cuando resulte más favorable a mi representada en calidad de franquiciada. Precisamente, por no considerar más favorable el Derecho elegido, esta parte no lo alega y fundamenta sus pretensiones en el Derecho de Andina, Estado no contratante de la CISG. En consecuencia, la CISG no es aplicable porque las normas de Derecho internacional privado remiten a un Estado no signatario.

33. Además de por el Art. 1 de la CISG, es clara la exclusión de aplicabilidad de este contrato por razón de la materia. El contrato de Máster Franquicia **es un único contrato cuya finalidad principal es la prestación de servicios, quedando, pues, excluido de la Convención de conformidad con su Art. 3.2:** “*La presente Convención no se aplicará a los contratos en los que la parte principal de las obligaciones de la parte que proporcione las mercaderías consista en suministrar mano de obra o prestar otros servicios*”. Repárese en que este contrato de Máster Franquicia es una modalidad contractual de distribución comercial, caracterizada por un mayor grado de integración, colaboración e imbricación técnica y económica entre los contratantes. Además, la materia principal regulada en los

¹³ CATHERINE KESSEDIAN alude a una pensión de la doctrina y de la jurisprudencia reciente a emplear la denominación “normas internacionalmente imperativas para referirse al conjunto de normas de policía o normas de aplicación inmediata y también cualquier otra norma que pudiera encuadrarse dentro de la noción de orden público internacional. (KESSEDIAN, Mandatory Rules of Law in International Arbitration: What Are Mandatory Rules?, 2007)

¹⁴ Sobre esta cuestión vid. (LÓPEZ DE ARGUMENTO PIÑERO, 2005).

contratos suele ser la autorización o licencia para usar una marca o una tecnología concreta, a la que se vincula, secundariamente, la entrega o abastecimiento regular de las cosas¹⁵.

34. Queda claro, pues, que **la CISG no se aplica a los contratos en los que la parte principal de las obligaciones consista en prestar otros servicios**¹⁶. Ninguna de las alegaciones de la parte actora en este sentido debe ser estimada. Al contrario de lo que sostiene la parte demandante, la cesión del *know-how* como elemento esencial del contrato no se integra dentro del concepto de mercaderías regulado en la CISG. El objeto que regula la CISG son las compraventas internacionales de *mercaderías*, es decir, bienes muebles corporales. Por tanto, la compraventa internacional de bienes inmuebles y la de bienes inmateriales [como el *know-how* (“*saber hacer*”); elemento de información o conocimiento de carácter empresarial] están excluidas del ámbito de aplicación de la CISG.

35. No cabe duda alguna de que el objeto principal del contrato celebrado entre las partes de la *litis* es la prestación de servicios y no la entrega de mercaderías. A tal efecto, la entrega de las máquinas *Rocamadour* representa menos de la mitad del valor del conjunto de las prestaciones que constituyen la obligación principal del vendedor –**criterio cuantitativo**¹⁷–. En concreto y, tal como queda acreditado en la Cláusula DECIMOCUARTA del contrato de Máster Franquicia la venta de las máquinas tienen un valor de 5950 euros/máquina –7000 euros con un descuento del 15%–, frente, bastando un solo ejemplo, la obligación asumida por mi representada de realizar tres pagos de 100.000 euros cada uno, en concepto de asesoramiento especial para la creación y explotación de la franquicia –pago por la prestación de servicios por la demandante–.

36. Pero, es más, aun cuando pudiera entenderse dudosa la cantidad que representa cada prestación, la Convención no sería igualmente aplicable atendiendo al **criterio cualitativo, al objeto del contrato**¹⁸. Así, el elemento fundamental del contrato de Máster Franquicia es la cesión del *Know-how* y de la marca junto a la prestación de servicios por RAYUELA (*facere*) y no la entrega de mercaderías.

C. Aplicación de la Ley sobre Restricciones de Acuerdos Verticales de Andina, de 22 de enero de 2012, como ley de policía.

37. Con independencia de que el Tribunal estime la fundamentación del apartado A) de este apartado respecto de la aplicación del Derecho andino al contrato, no cabe duda de que, en particular, la Ley andina sobre Restricciones de Acuerdos Verticales, de 22 de enero de 2012, debe ser aplicada en todo caso como ley de policía.

38. La elección de ley aplicable en el arbitraje internacional comprende una **libertad imperfecta**, toda vez que la autonomía de las partes se encuentra en última instancia inevitablemente restringida por el orden público del país o países donde el contrato va a ser

¹⁵ (ADAME GODDARD, 1994) op. cit. p. 64.

¹⁶ Sobre la interpretación del Art. 3.2 de la Convención vid. (DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, 1998); (LAMARCA I MARQUÉS, 1999); (AA VV, 1999); (VÁZQUEZ LÉPINETTE T, 2000); (OLIVA BLÁZQUEZ F., 2002) (CASTELLANOS RUIZ, 2011); (GLORIA NAVARRO, 2009), (PERALES VISCASILLAS); (MUÑOZ, 2011).

¹⁷ El criterio puramente objetivo o cuantitativo impera a fin de evaluar la parte principal de unas concretas obligaciones. A tal fin vid. Sentencia del Tribunal Oberlandesgericht de Múnich de 3 de diciembre de 1999, Sentencia del Kantonsgericht del Cantón de Zug de 25 de febrero de 1999 y Sentencia del Handelsgericht del Cantón de Zurich, de 8 de abril de 1999.

¹⁸ En la sentencia dictada por el *Landgericht de Mainz* (Alemania) de 26 de noviembre de 1998, el Tribunal entendió que a fin de decidir si la parte preponderante de las obligaciones del vendedor consistía en suministrar mano de obra o en prestar servicios, consideró que no era admisible comparar el valor de cada obligación cumplida y, en consecuencia examinó la finalidad del contrato y las circunstancias de su celebración.

ejecutado¹⁹. En otras palabras, el argumento de que la cláusula de elección de ley tiene el efecto de excluir la aplicación de las normas internacionalmente imperativas, no se corresponde con el principio de autonomía de la voluntad²⁰, así como tampoco es válido apelar al principio *pacta sunt servanda*, como hace la demandante.

39. Avala lo expuesto el hecho de que el Convenio de Mercounión, que en principio no es aplicable como esta parte ha destacado ya, juega con carácter supletorio como Derecho del Estado donde se desarrolla el arbitraje. Por tanto, y como ya se indicó, también podrá darse efecto a las normas de orden público del país en que las obligaciones derivadas del contrato tienen que ejecutarse o han sido ejecutadas, si dichas leyes de policía hacen que la ejecución del contrato sea ilegal (Art. 17 del Convenio Mercounión). A este respecto se cumplen todos los presupuestos de aplicación de esta norma:

- i) La Ley sobre Restricciones de Acuerdos Verticales es una ley de policía del Estado donde se tiene que ejecutar el contrato, Andina.
- ii) Desde las perspectivas de la **naturaleza y el objeto de dicha norma**, su observancia es esencial para la salvaguardia de los intereses públicos de Andina, pues su contenido en materia de derecho de la competencia incide directamente en la organización económica de este Estado, de tal forma que exige su aplicación a toda situación comprendida dentro de su ámbito de aplicación, independientemente de cuál sea la ley rectora del contrato²¹. Asimismo, es una Ley que responde a un criterio uniforme internacional y que sirve a un interés ampliamente reconocido²², al perseguir los mismos objetivos (y en los mismos términos) que el Reglamento UE 330/2010, de la Comisión, de 20 de abril de 2010. Además, como el propio Tribunal Arbitral aclaró mediante ORDEN PROCESAL N° 4, de 28 de noviembre de 2014, “la Ley sobre Restricciones de Acuerdos Verticales de Andina guarda principios comunes con la legislación europea”²³.
- iii) Desde la **perspectiva de las consecuencias de la aplicación** de esta ley de policía, el Tribunal Arbitral debe tenerla en consideración, pues de lo contrario, la ejecución del contrato sería ilegal en Andina – al contravenirse una norma imperativa protectora del

¹⁹ (GONZALO QUIROGA, 2001), p. 442: “Una cosa es que mediante el arbitraje se conceda a las partes, y subsidiariamente a los árbitros, el poder para organizar la resolución de sus controversias de manera compatible con los objetivos a alcanzar por las mismas y, otra muy distinta, sugerir que las partes en el arbitraje internacional sean completamente libres para obviar las demandas de orden público y otras previsiones fundamentales concretadas en normas consideradas de aplicación estricta y necesaria por parte de las instituciones públicas de cada sistema estatal, en atención siempre a la mayor flexibilidad que implica la internacionalidad”. (FERNÁNDEZ ROZAS, 2008) pp. 874 y 875: No en vano, en el derecho de las obligaciones el orden público es un límite que se impone a uno de los elementos esenciales de la institución arbitral, que es la autonomía de la voluntad de las partes y por ello, como límite del poder decisorio de los árbitros, el orden público actuará siempre como una última instancia para impedir el juicio arbitral o para admitir los efectos de los arbitrajes “deslocalizados”, convirtiéndose los árbitros en auténticos guardianes de éste. De acuerdo con esto, las partes no pueden someter a arbitraje una materia que envuelva un interés superior o de la colectividad o pactar un acuerdo arbitral donde se vulneren tales normas, en tanto que el orden público constituye un conjunto de normas y principios establecidos a favor de la comunidad que entrañan un límite a la autonomía de la voluntad, principio en el que se inspira la institución arbitral.

²⁰ (GONZALO QUIROGA, 2001), p. 493.

²¹ STJCE 23 de noviembre de 1999, Arblade, asuntos C-369/96 y C-376/96 y Art. 9.1 del Reglamento Europeo Roma I.

²² (RODRÍGUEZ RODRIGO, JIMÉNEZ-VALLA DOLID DE L'HOTELLERIE-FA LLOIS, & MARTÍNEZ SÁNCHEZ, 2014). p. 298.

²³ (GONZALO QUIROGA, 2001), p. 443. “La decisión arbitral aunque debe reflejar los intereses de las partes y sus expectativas en la elección de ley aplicable, no puede desatender otros intereses públicos y privados con los que la controversia presente relación, atendiendo al equilibrio necesario en la balanza de los intereses públicos y privados”.

orden público – y en consecuencia, el laudo arbitral que se dictara en este procedimiento no se podría ejecutar allí²⁴. La aplicación de los artículos 5 y 6 de la Ley sobre Restricciones de Acuerdos Verticales de Andina haría nula la Cláusula PRIMERA del contrato –en la cual se recoge el pacto de exclusividad territorial y se prohíbe todo tipo de venta fuera de los territorios de Andina y Aztequia, sin excepción–, por lo que, de ejecutarse éste en los términos defendidos por la demandante, dicha ejecución no sería válida en el territorio de Andina²⁵. Interesa esta consecuencia al Tribunal especialmente, pues la no aplicación de la Ley de Andina y la interpretación de la Cláusula PRIMERA en el sentido defendido por la demandante, harían claudicante su laudo, posibilitando su anulación por contrariar el orden público del Estado de ejecución del contrato, sobre la misma base jurídica y en los mismos términos señalados en el apartado anterior relativo a la aplicación de la Ley de Protección de los franquiciados con establecimiento en Andina, de 16 de agosto de 1968, al que nos remitimos²⁶.

- iv) En función de lo expuesto, no se puede sostener, como hace la demandante, que se trata de una norma que salvaguarda únicamente el orden público interno del Estado de Andina. Como se ha demostrado, ésta protege intereses públicos que también son objeto de tutela, en los mismos términos, en otros países. Además, como el Tribunal también puso de manifiesto en la orden procesal anteriormente referenciada, no debe olvidarse que Madre Patria, Andina, Pampia, Aztequia y Cervantia forman parte del área comercial MERCOUNIÓN, caracterizada por ser una zona de libre circulación de personas, mercancías, servicios y capitales, y, precisamente, lo que la Ley sobre Restricciones de Acuerdos Verticales de Andina tiene por objeto, es garantizar la libre competencia en su territorio, siendo consecuente pues, con los principios que rigen en dicha zona. Por tanto, el Tribunal debe aplicar la referida ley porque con ella no sólo se respetaría y protegería el orden público de Andina, sino que también se estaría salvaguardando un interés digno de protección para todos los Estados que forman parte de MERCOUNIÓN²⁷. En otras palabras, se está respetando el orden público mercounionista²⁸.

²⁴ (GONZALO QUIROGA, 2001), p. 529: “Fieles al criterio de diferenciación basado en si las partes han elegido o no la *lex contractus* nos situamos en la primera opción con el fin de examinar el deber y la posibilidad que tiene el árbitro internacional de aplicar un orden público ajeno a dicha elección. (...) En este caso, la aplicación del orden público extranjero de un tercer Estado obedece al deber que tiene el árbitro de respetar la normativa imperativa y el orden público susceptible de obstaculizar la ejecutabilidad posterior de la sentencia arbitral. A la par que consolida la confianza que tienen los Estados en la Institución de arbitraje internacional. A cuya responsabilidad están sujetos los propios árbitros en el equilibrio aludido consistente en evitar que éste sea utilizado como un mecanismo para obviar el orden público y las normas imperativas de los Estados sin perjudicar por ello los intereses de los participantes privados, por un lado, y así poder llegar a la ejecución final del laudo arbitral internacional”.

²⁵ Laudo CCI n° 6142/1990: “indépendement même de l’exception ainsi invoquée par une partie, l’arbitre aurait d’ailleurs le devoir de soulever d’office la nullité de toute convention ou clause qui serait contraire à l’ordre public espagnol, au même titre qu’une juridiction ordinaire espagnole”.

²⁶ Vid. p. 8 del escrito de contestación y sobre la nulidad del laudo arbitral vid. (FERNÁNDEZ ROZAS, 2008), p. 873: “Pero arbitralidad y orden público están íntimamente unidos en este texto uniforme: (...) Por su parte en el artículo 34.2.b).ii) se habla de la contrariedad del laudo con el orden público de ese Estado. (...) Se comprende así que tanto el árbitro como el juez deberán tener en cuenta tanto las disposiciones de la ley de la sede, como las de orden público del lugar del previsible exequátur”.

²⁷ (RODRÍGUEZ RODRIGO, JIMÉNEZ-VALLADOLID DE L’HOTELLERIE-FALLOIS, & MARTÍNEZ SÁNCHEZ, 2014) p. 297: “En definitiva, por lo que se refiere a la naturaleza y objeto, el juez aplicará esas disposiciones imperativas de terceros Estados cuando salvaguarden un interés digno de protección para el Derecho del foro”.

²⁸ STJUE DE 25 DE FEBRERO DE 1999, AS. C-126/97: Eco Swiss China Time Ltd c. Benetton International NV en la que el TJUE declara que: “En la medida en que un órgano jurisdiccional nacional deba, en aplicación de sus normas procesales internas, estimar un recurso de anulación de un laudo arbitral basado en la inobservancia de normas nacionales de orden público, también debe estimar tal recurso si considera que este laudo es contrario al artículo 85 del Tratado”.

40. En virtud de todo lo expuesto, las normas internacionalmente imperativas del Estado donde haya de ser ejecutado el futuro laudo arbitral entran a formar parte del Derecho aplicable al fondo de la controversia.

QUINTO. DEFECTO LEGAL EN EL MODO DE PROPONER LA DEMANDA.

41. Finalmente, en cuanto a la fundamentación jurídico-procesal, a esta parte interesa dejar expresa constancia de la indefensión en que se ha visto sumida, pues la demanda remitida por la parte actora carece de suplico. Como consecuencia, mi mandante ha tenido que deducir las “hipotéticas” pretensiones de RAYUELA de los propios autos, con la evidente **inseguridad jurídica** que esto genera, así como una posible **indefensión** derivada de esta falta de exactitud en la demanda. A mayor abundamiento, existe un incumplimiento del **Art. 24.2.a) del Reglamento de la CAM, que** dispone de forma explícita la **necesidad de hacer constar en la demanda las peticiones concretas que se formulan**. El hecho de que RAYUELA haya hecho constar sus pretensiones en la solicitud inicial de arbitraje, conforme al Art. 5.2.d) del citado Reglamento, no supone dar cumplimiento a dicho requisito.

42. Así pues, estamos ante un grave defecto procesal, que en algunos ordenamientos jurídicos puede llegar incluso a justificar el sobreseimiento del pleito²⁹. Es más, puede afectar al principio de “congruencia” y a la obligación de que el Tribunal Arbitral se pronuncie sobre lo pedido y siempre dentro del ámbito pactado en el acuerdo de arbitraje o en el compromiso arbitral, tal y como recuerda el art. V.1.c) del CNY.

II. De carácter sustantivo:

SEXTO. CUMPLIMIENTO DEL DEMANDADO EN LA FABRICACIÓN Y COMERCIALIZACIÓN DE PRODUCTOS

A. Utilización del colorante Azul C-12.

43. PAMEOS no incumplió sus obligaciones contractuales al comercializar las *Meopas* con el colorante Azul C-12, sino todo lo contrario, siguió con rectitud lo establecido en el Libro de Productos que acompaña al Manual de Franquicia que RAYUELA le entregó (DOCUMENTO de la solicitud núm. 5). En dicho Libro figura que los colorantes que debe utilizar el franquiciado tienen que reunir dos requisitos básicos, a saber: que sean colorantes de uso alimentario y que sean provistos por alguna de las sociedades que se nombran en el mismo. Pues bien, ambas exigencias han sido cumplidas diligentemente por PAMEOS al utilizar el colorante Azul C-12, ya que se trata de un **colorante para uso alimentario**, producido por PRESENCIA S.L. y que nunca antes había planteado ningún problema en su utilización; y **el proveedor del mismo ha sido BESTIARIO**, sociedad que figura en la lista de proveedores aprobados por RAYUELA.

44. A esto cabe añadir que PAMEOS cumplió en todo momento la normativa sanitaria vigente en Andina, Cervantia, Aztequia y Madre Patria, que contempla el uso del colorante azul en proporciones de hasta 300 mg/kg en dulces, puesto que PAMEOS empleó el colorante Azul C-12 en proporciones de entre 120 y 200 mg/kg.

45. En conclusión, de acuerdo con lo dispuesto en el Libro de Productos y en la normativa sanitaria de los Estados implicados, mi representada cumplió con sus obligaciones contractuales, no teniendo por qué pedir autorización a RAYUELA para el uso del colorante Azul C-12 al ser uno de los productos que se incardinan dentro de los materiales que está

²⁹ Basta citar como ejemplo los artículos 416 y 424 de la Ley de Enjuiciamiento Civil española.

autorizado a utilizar conforme con el **apartado tercero de la Cláusula SÉPTIMA del contrato de Máster Franquicia**. Entiende esta parte que sólo sería pertinente tal autorización cuando, haciendo uso del derecho establecido en esta cláusula contractual, PAMEOS hubiese contratado con otros proveedores que le ofreciesen mejores condiciones para productos idénticos o de igual calidad a los que son objeto de la franquicia, algo que no sucedió.

46. Pero, es más, si, pese a lo dicho anteriormente, se estimase la existencia de incumplimiento por parte de PAMEOS, debería concluirse que RAYUELA **dispensó dicho incumplimiento** al conocer la situación a través de BESTIARIO. Pues resulta conveniente señalar que BESTIARIO y RAYUELA forman parte del mismo grupo empresarial, siendo el 100% de las acciones de las mismas propiedad de RAYUELA HOLDINGS S.A. Por ende, parece evidente que RAYUELA conocía perfectamente que uno de los colorantes que podría proveer BESTIARIO para la elaboración de los productos era el colorante Azul C-12 (lo que prueba la relevancia de la prueba pericial que se solicita). Es, por tanto, responsabilidad de RAYUELA el no haberlo excluido expresamente del Libro de Productos si no consideraba adecuado su uso para la elaboración de las *Meopas*.

47. En relación con lo dispuesto en el párrafo anterior, una relación de colaboración comercial, como es el contrato de Máster Franquicia está presidida por **la buena fe de las partes contratantes**. En línea con lo expuesto, una expresión singular de éste principio es la **inadmisibilidad de venire contra factum proprium**. De manera que quien se expresó o actuó en un determinado sentido, no puede, posteriormente, efectuar un planteamiento contrario o incongruente con aquél. Es decir, quien admitió de forma implícita (no se opuso) a la adquisición del colorante no puede pretender que se estime un incumplimiento contractual basado en la adquisición del colorante Azul C-12. A tal efecto, el Tribunal Supremo español (STS 73/1988, de 21 de abril de 1988) declara que: “*La llamada doctrina de los actos propios, significa la vinculación del autor de una declaración de voluntad generalmente de carácter tácito al sentido objetivo de la misma y la imposibilidad de adoptar después un comportamiento contradictorio, lo que encuentra su fundamento último en la protección que objetivamente requiere la confianza que fundadamente se puede haber depositado en el comportamiento ajeno y la regla de la buena fe que impone el deber de coherencia en el comportamiento y limita por ello el ejercicio de los derechos objetivos*”.

48. Por último, es preciso señalar que, independientemente de lo anterior, PAMEOS no incumplió sus obligaciones contractuales al seguir comercializando las *Meopas* con colorante Azul C-12 en Aztequia, puesto que en este Estado las autoridades sanitarias no establecieron ningún tipo de prohibición por no considerar los productos perjudiciales para la salud. En Aztequia los sub-franquiciados diluían la cantidad de colorante Azul C-12 utilizado, de modo que no presentaba el problema de coloración.

49. Asimismo, en relación a la comercialización en Aztequia, cabe decir que en ningún momento PAMEOS ha recibido por parte de RAYUELA una comunicación directa en la que se le instase a cesar en el uso del colorante Azul C-12 como así debería haber sido si esa fuese su intención, tal como establece el apartado 5 de la Cláusula SÉPTIMA del contrato de Máster Franquicia. Además, el apartado 3 de esta misma cláusula estipula que **debe entregarse al franquiciado cualquier modificación o adición en el Libro de Productos**, algo que no ha sucedido por lo que el colorante Azul C-12 sigue siendo apropiado para la elaboración de los productos en Aztequia de acuerdo con el contrato.

B. Comercialización de los Cronopios con las Famas.

50. Además de las *Meopas*, PAMEOS ha venido elaborando otra serie de productos propios de RAYUELA, entre los que se encuentran los **Cronopios**. Éstos son un tipo de pastel

idóneos para incluir en su superficie lisa una decoración de dibujos que los hace más atractivos entre el público infantil. Si bien es cierto que RAYUELA incluye una gama de diseños de colores, también permite a sus franquiciados, tal como ella misma ha declarado en su solicitud de arbitraje, introducir aquellos diseños que puedan ajustarse mejor a las preferencias del público del lugar en que se distribuyan.

51. Pues bien, esta parte, haciendo uso de las facultades que la propia RAYUELA le había atribuido, decidió que sería una buena idea comercializar los *Cronopios* con la imagen de los personajes de la serie de dibujos animados *Famas*, muy popular entre el público infantil de Andina. Para ello, PAMEOS comenzó a negociar con ESPERANZA, sociedad titular de los derechos de propiedad intelectual de las *Famas*, la comercialización de los *Cronopios* con tales dibujos.

52. No se requería en ningún momento la autorización de **RAYUELA** para tomar tal decisión, puesto que ella misma **había otorgado a PAMEOS esa libertad** para decidir sobre este aspecto de la gestión comercial. Se le comunicó al franquiciador esa información (DOCUMENTO de la solicitud núm. 7) a modo de cortesía, en ningún momento solicitando permiso para actuar en este sentido, pues, como se estipula en la **Cláusula SEGUNDA del contrato de Máster Franquicia**, *“la franquicia otorgada por el presente se configura como un negocio propio del franquiciado, que éste conducirá a su propio riesgo y ventura, asumiendo los resultados del mismo”*.

53. En consecuencia, el acuerdo alcanzado con ESPERANZA subsana cualquier tipo de incumplimiento contractual, respetando, concretamente la Cláusula OCTAVA del contrato de Máster Franquicia, según la cual *“es obligación del franquiciado respetar los derechos de propiedad industrial o intelectual concedidos, así como los de terceros [...]”*.

54. Asimismo, es relevante tener en cuenta que la conducta de PAMEOS en ningún momento ha perjudicado la imagen o el prestigio de RAYUELA o se le ha causado cualquier otro tipo de daño efectivo por el uso de los dibujos de las *Famas*.

SÉPTIMO. CUMPLIMIENTO DE LA CLÁUSULA DE EXCLUSIVIDAD TERRITORIAL

55. Sostiene la demandante que mi representada ha incumplido el acuerdo de exclusividad territorial recogido en la Cláusula PRIMERA del contrato, al haber atendido los pedidos de clientes con domicilio en Pampas, ciudad situada en el territorio de Pampia. Sobre esta cuestión, esta parte considera que **no ha existido vulneración alguna de dicha cláusula** y ello en base a los siguientes argumentos:

56. Se nos acusa –y así consta en el correo electrónico de fecha 11 de julio de 2014, DOCUMENTO núm. 13 de la solicitud– de contactar directamente a través de Internet con clientes domiciliados en Pampia y atender a sus pedidos, a sabiendas de la prohibición recogida en la cláusula primera del contrato. De forma literal, el vicepresidente de Expansión Internacional de RAYUELA, Horacio Oliveira, afirma que: *“Además, según nos indican, estáis desarrollando un programa de fidelización del cliente “la tarta en casa”, mediante el cual se anima a los clientes a facilitar sus datos de contacto para el envío de ofertas y descuentos en sus pedidos por Internet. En el marco de este programa y dada la cercanía con el territorio de Pampia, se está contactando directamente con clientes cuyo domicilio está sito en este último citado territorio y, como bien sabéis, esto supone una violación de nuestro acuerdo de exclusiva territorial”*.

57. A este respecto se equivoca la demandante en todos los extremos de sus acusaciones, pues esta parte no dirigió, ofertó ni publicó el programa “la tarta en casa” en el territorio de

Pampia, ni mucho menos llevó a cabo ventas activas a clientes domiciliados en dicho territorio. Con el objetivo de mejorar nuestro nivel de ventas en Andina y Aztequia y facilitar a nuestros clientes el acceso a nuestros productos, esta parte y sus sub-franquiados optamos por desarrollar un **programa de fidelización denominado “la tarta en casa”**, en virtud del cual, mediante una estrategia de publicidad general, se ofrecía la posibilidad a nuestros clientes de facilitarnos sus datos de contacto para poder enviarles ofertas y descuentos en el envío de pedidos por Internet. A estos efectos, dichos datos podían ser facilitados por los clientes rellenando un formulario que se encontraba disponible en nuestros establecimientos y en la página Web desde la que se encargaban los pedidos, sin que esta parte hubiera dirigido publicidad alguna al territorio de Pampia: ni mediante la aparición en medios de comunicación, ni mediante el envío de correos electrónicos no solicitados, ni mediante la difusión de folletos en dicho territorio.

58. PAMEOS era concedora de la limitación territorial a la que se había comprometido, pero de los términos recogidos en los apartados 1 y 2 de la Cláusula PRIMERA del contrato (DOCUMENTO núm. 4 de la solicitud) no se desprende que las ventas por Internet también se hallaran restringidas territorialmente y por ello, ante la creciente demanda, mi representada procedió a servir a la clientela de Pampia. Considera esta parte que interpretar el referido pacto de exclusividad territorial en el sentido que la demandante defiende (esto es, como restrictivo de cualquier tipo de venta –incluidas las realizadas por Internet– fuera de los territorios de Andina y Aztequia) es del todo desproporcionado, por cuanto que, además de suponer un claro ejemplo de restricción de la competencia, dicha interpretación haría que la cláusula fuera inaplicable por nula, al contravenir lo dispuesto en la Ley sobre Restricciones de Acuerdos Verticales de Andina, de 22 de enero de 2012 (DOCUMENTO núm. 3 de respuesta a la solicitud de arbitraje y solicitud de reconvencción)³⁰.

59. El Art. 5 de la mencionada ley recoge de forma expresa que *“se consideran prohibidos los acuerdos verticales que impidan, restrinjan o falseen la competencia”* y, a continuación, recoge la enumeración de 10 supuestos que se encontrarían exentos de esta prohibición, entre los que figuran los acuerdos que limitan las ventas activas, considerando la demandante que las ventas realizadas por mi representada a los clientes de Pampia, a través del programa “la tarta en casa”, se encuadran dentro de tal conducta y que, por tanto, la restricción territorial que recoge la cláusula primera del contrato de Máster Franquicia sería válida y acorde con dicha regulación, sin que quepa por tanto alegar su nulidad.

60. Considera mi representada que dicha argumentación adolece de un claro error de interpretación por parte de la demandante RAYUELA, en tanto entiende que las ventas fruto de la previa recopilación de datos de los clientes en el seno del desarrollo de nuestro programa “la tarta en casa” son un ejemplo de venta activa, cuando en realidad, se trata de **un claro supuesto de venta pasiva**.

61. Efectivamente, por **ventas “activas”** se entiende la aproximación activa a clientes individuales, por ejemplo mediante el envío de correos directos no solicitados, visitas a establecimientos y domicilios, o la aproximación activa a un grupo de clientes específico o a clientes de un territorio específico, asignado exclusivamente a otro distribuidor, mediante publicidad en medios de comunicación o Internet, que sólo es atractiva para ellos. En los términos de la Ley sobre Restricciones de Acuerdos Verticales, serían *“el activo acercamiento a clientes individuales, ya sea mediante correo electrónico directo, o mediante publicidad en medios de comunicación, Internet o cualquier otro vehículo que resulte atractivo para el grupo específico de clientes en ese territorio”*. Por el contrario, ventas **“pasivas”** serían la respuesta a pedidos no

³⁰ Vid. Apartado c) del fundamento jurídico tercero del presente escrito.

solicitados activamente procedentes de clientes individuales, incluida la entrega de bienes o servicios a dichos clientes³¹.

62. Pues bien, tal y como esta parte puso de manifiesto con anterioridad (y así se reconoce de forma expresa en el apartado 29 de la solicitud de arbitraje de la demandante y en el apartado 16 de nuestra respuesta a la solicitud de arbitraje y solicitud de reconvencción), la comercialización de productos a clientes situados en Pampia **se llevó a cabo en respuesta a las solicitudes a** distancia que PAMEOS recibía a través de Internet, sin que hubiera habido por nuestra parte otra actividad publicitaria diferente a la que pudiera calificarse de general, concerniente al programa de fidelización que estábamos llevando a cabo en Andina y Aztequia y que promocionábamos en nuestros establecimientos y en nuestra página web, respetando siempre los límites establecidos en el contrato.

63. De acuerdo con lo anterior, la actividad de carácter general de publicidad o promoción que mi representada llevaba a cabo, en ningún caso puede encajarse dentro de la definición de venta activa, pues el hecho de que este tipo de promociones alcanzaran a clientes de territorios no permitidos, o a grupos de clientes asignados en exclusiva a otros distribuidores –como sucedió con el programa de fidelización “la tarta en casa” entre los ciudadanos de Pampia– no significa nada, pues ello no fue más que una consecuencia lógica e inevitable, propia de lo que implica utilizar un medio razonable de publicidad con el objetivo de llegar a los clientes situados en **Aztequia y Andina, territorios sobre los que PAMEOS tiene la exclusiva.** Además, no cabe duda de que, desde el momento en que dicho programa de fidelización y las promociones ofertadas tuvieron gran éxito en Incaica, ciudad de Andina, queda demostrado que no se trataba de un método de captación destinado específicamente a los ciudadanos de Pampia, sino que se trataba de una publicidad o actividad de promoción que resultó atractiva al público en general y que no puede calificarse más que de válida y lícita, ante la falta de previsión expresa en el contrato de un régimen relativo a las campañas de publicidad³².

64. Asimismo, que los servicios demandados por los clientes de Pampia se hayan atendido vía Internet, no caracteriza a las ventas realizadas como activas pues, como ya se ha dicho con anterioridad, en ningún momento se enviaron correos electrónicos no solicitados a personas domiciliadas en Pampia, ni se patrocinó el programa “la tarta en casa” mediante el pago a un motor de búsqueda o a un proveedor de publicidad en línea, para que publicara anuncios *on line*, destinados específicamente a los usuarios de ese territorio. O lo que es lo mismo, en ningún momento se desarrolló una publicidad en línea dirigida específicamente a los clientes de Pampia y en definitiva, no se hizo ningún esfuerzo para que PAMEOS y sus subfranquiados fueran encontrados específicamente por los clientes de Pampia. Por contra a lo que afirma RAYUELA en su escrito de demanda (párrafo 127), no se desarrolló ninguna conducta que pudiera ser caracterizada como venta activa, pues mi representada solo se limitó a facilitar a los clientes que lo desearan un canal mediante el que pudieran comunicar sus datos de contacto, a fin de poder beneficiarse de determinadas promociones, sin que pueda sostenerse que haya ilicitud alguna en dicha práctica.

³¹ En tanto la Ley sobre Restricciones de Acuerdos Verticales de Andina guarda principios comunes con la legislación europea: Reglamento UE n ° 330/2010 de la Comisión, de 20 de abril de 2010 y Directrices de la Comisión Europea relativas a las restricciones verticales, DO C 130 de 19.5.2010, páginas 11 a 14.

³² “No debe confundirse la obligación de control sobre la adecuación de la publicidad con la obligación de realizar publicidad. En el hipotético y poco probable caso de que el contrato no prevea expresamente el régimen relativo a la publicidad, surge la cuestión de a quién corresponde la obligación de realizar campañas publicitarias en el territorio objeto del contrato. En principio, podría parecer que esa obligación corresponde al franquiciador (en este caso, RAYUELA), en tanto titular del bien jurídico compartido y transmitente del modelo de empresa objeto del contrato. Si bien, atendida la naturaleza del contrato, esta obligación, incluso a falta de pacto expreso, corresponde al Máster (PAMEOS). Sobre él recae la obligación de que el good-will de la red de franquicia, en el territorio contractual, no se deteriore. (MARTÍ MIRAVALLS J., 2009) pp. 330 y 331.

65. Como es lógico pensar, en un contexto de libre comercio y avance tecnológico como en el que nos encontramos actualmente, en principio todos los distribuidores deben poder utilizar Internet para vender sus productos y, a juicio de esta parte, el mero hecho de tener una página web en condiciones normales debe considerarse una forma de venta pasiva, ya que constituye un medio razonable que permite a los clientes llegar al distribuidor de una forma cómoda, fácil y sencilla. Por tanto, los efectos que fuera de los territorios de Andina y Aztequia puedan derivarse del uso de esta herramienta, de algún modo deben considerarse inevitables, propios de lo que un uso normal de la tecnología supone, al facilitar el acceso desde cualquier punto a cualquier ciudadano³³.

66. En relación con lo anterior, si un cliente de Pampia proporciona a mi mandante sus datos en uno de sus establecimientos abiertos al público o visita nuestra página web y a la hora de hacer un pedido se los facilita, la venta que culmina derivada de ese previo contacto solicitado por el cliente ha de ser considerada una venta pasiva y no activa, a diferencia de lo que sostiene la contraparte. Lo mismo cabe decir respecto de las ventas que se produjeron como consecuencia de que los clientes de Pampia optaran y solicitaran que PAMEOS o uno de sus sub-franquiados les mantuvieran informados mediante el envío de ofertas y promociones³⁴. Insisto, esta parte en ningún momento dirigió su publicidad o actividad al territorio de Pampia y el mero anuncio de la posibilidad de beneficiarse de determinadas promociones, previo envío de datos personales, no supone en ningún caso venta activa, en tanto son los propios clientes los que acceden libremente a la web para efectuar sus pedidos y es allí donde se encuentran con dicha oferta.

67. A mayor abundamiento, no debe olvidarse que la campaña “la tarta en casa” tuvo mayor acogida en Incaica, ciudad de Andina fronteriza con la de Pampas, situada en el territorio de Pampia, siendo habitual que los habitantes de ambas localidades se trasladen de una a otra diariamente, por lo que es perfectamente posible que varios clientes de Pampia (si no todos) que solicitaron los servicios de PAMEOS, **hayan tenido conocimiento del programa “la tarta en casa” durante su estancia en Andina** y decidieran realizar un pedido por Internet por mayor comodidad. En este caso, si efectivamente tal y como se nos requirió por parte de RAYUELA (DOCUMENTO núm. 13 de la solicitud), nos hubiéramos negado a servir a los clientes de Pampia que reclamaron nuestros servicios vía Internet, tal comportamiento hubiera sido equivalente a haberles negado el servicio en uno de nuestros puntos de venta físicos, pues a nuestro juicio no existe diferencia alguna entre la entrada a uno de nuestros establecimientos, unida a la compra de alguno de nuestros productos, y la visita a nuestra página web y la solicitud de un pedido.

68. Además, no cabe duda de que adoptar la postura de la parte demandante acarrearía consecuencias indeseables en un espacio como es el de MERCOUNIÓN –al que pertenecen tanto Andina como Aztequia, Pampia, Madre Patria y Cervantia–, zona de libre circulación de personas, mercancías, servicios y capitales, en el que la defensa de la libre competencia es esencial a los efectos de garantizar un espacio libre de cualquier restricción o injerencia abusiva que dificulte el comercio³⁵.

³³ Directrices de la Comisión Europea relativas a las restricciones verticales, DO C 130 de 19.5.2010, p. 13, Directriz núm. 52.

³⁴ Directrices de la Comisión Europea relativas a las restricciones verticales, DO C 130 de 19.5.2010, p. 13, Directriz núm. 52.

³⁵ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) de 13 de Octubre de 2011, asunto C-439/09, Pierre Fabre: el TJUE considera que la prohibición de ventas por Internet constituye una restricción de la competencia por objeto si, tras un examen individual y concreto del tenor y objetivo de la cláusula contractual, así como del contexto jurídico y económico, dicha prohibición no se justifica objetivamente.

69. A la luz de lo expuesto, **solicitamos al Tribunal que declare que las ventas realizadas por Internet a los clientes de Pampia constituyen ventas pasivas** y, que en consecuencia, las mismas no infringen la cláusula de exclusividad territorial que figura en el contrato de Máster Franquicia y, que de considerarse que ha existido tal incumplimiento, declare que el mismo no sería accionable al ser nula la referida cláusula por contravenir lo dispuesto en la Ley sobre Restricciones de Acuerdos Verticales.

OCTAVO. CUMPLIMIENTO DEL DEBER DE RESPETAR LA IMAGEN DE RAYUELA.

70. Esta parte, acepta lo expuesto en el fundamento 3.C.1. del escrito de demanda. El respeto al prestigio del franquiciador es un elemento esencial del contrato Máster Franquicia, y así ha quedado recogido, entre otros, en los Expositivos c) y e) del DECLARAN del citado contrato. No corren la misma suerte el resto de apartados del citado fundamento de la demanda, pues **PAMEOS conocía bien su obligación de no dañar el prestigio de RAYUELA v, conforme a esto v a las máximas exigencias de la buena fe, ha actuado en todo momento.**

71. La demandante centra el incumplimiento de la citada obligación en el uso por parte de mi representada del colorante Azul C-12, a causa de la polémica desatada en relación con el fenómeno "las dentaduras de pitufo".

72. Es evidente que el citado suceso no era querido por ninguna de las partes, pues no beneficia ni a RAYUELA ni a PAMEOS; lo que no es admisible, como se ha puesto de manifiesto en fundamentos anteriores, es que la demandante achaque la mala prensa que ahora gravita sobre RAYUELA a la actuación de mi representada. PAMEOS ha cumplido en todo momento con las directrices proporcionadas por RAYUELA, y no debe olvidarse que el **colorante Azul C-12 fue adquirido a través de BESTIARIO, filial de la franquiciada.** Empresa que, a mayor abundamiento, se encontraba expresamente recogida como uno de los **proveedores obligatorios del Libro de Productos** facilitado por la demandante, concretamente en el apartado 3.b) del citado documento (reiterado en la **Cláusula SÉPTIMA.3** del contrato Máster Franquicia): "(...) 3) *COLORANTES*

a) Descripción y características. Los colorantes serán de uso alimentario.

b) Proveedor. La lista obligada de proveedores es: Bestiario S.L. (...)

73. A la anterior circunstancia debe añadirse que el colorante Azul C-12 es un colorante alimentario cuyo uso no se encuentra prohibido por ninguna cláusula del Libro de Productos, y que el citado documento, al igual que el Manual y el contrato de Máster Franquicia fueron redactados íntegra y exclusivamente por RAYUELA.

74. También aduce la demandante que era conocido que el uso del citado colorante tintaba de manera no permanente los dientes de color azul y, si siendo esto cierto, sirve para justificar aún más que esta parte al utilizarlo creyera que tendría el mismo efecto. Nunca habiéramos podido llegar a imaginar que la coloración sería permanente y no meramente temporal.

75. Por lo expuesto, no puede imputarse a esta parte un incumplimiento de la obligación de respetar el prestigio del franquiciador en este punto – pues PAMEOS en todo momento se limitó a cumplir lo exigido por RAYUELA –, luego los sucesos ocurridos en todo caso serían consecuencia del mal actuar del franquiciador, que no conoce o no se ha preocupado de estudiar lo suficiente los efectos que tiene uno de los colorantes que suministra su propia marca a través de una filial. No resulta conforme a las exigencias de la buena fe ni tan siquiera de la lógica exigir a mi representada un estudio o un análisis del colorante Azul C-12, pues

eso en su caso habría sido una obligación de RAYUELA, que con la diligencia de un buen empresario debería haber comprobado que sus filiales suministraban productos conformes.

76. Por otra parte, RAYUELA se ampara en una supuesta orden de cese en la comercialización de las *Meopas* elaboradas con el colorante Azul C-12, si bien esto no es cierto, pues esta parte no ha recibido comunicación alguna en el citado sentido, cosa que a PAMEOS le resulta imposible probar, al tratarse de una prueba conocida en derecho como prueba diabólica, por la imposibilidad que manifiesta. La nota de prensa emitida por la demandante, DOCUMENTO núm. 12, de fecha 30 de mayo de 2014, en ningún momento se refiere a los franquiciados ni fue remitido ningún comunicado a los mismos en ese sentido. En cualquier caso, si la demandante se reafirma en su posición le instamos a que aporte el supuesto documento por el que se prohibió a PAMEOS la comercialización de *Meopas* fabricadas con el colorante Azul C-12 en los territorios de Andina y Aztequia.

77. Ante la inexistencia de esta prohibición, las ventas de *Meopas* en el territorio de Andina cesaron a consecuencia de la orden de las Autoridades Sanitarias, si bien en el territorio de Aztequia, no se produjo ningún tipo de perjuicio, llegando incluso a incrementarse el nivel de ventas de *Meopas*. Por este motivo, PAMEOS, continuó comercializando los conocidos pasteles en Aztequia con normalidad, entre otras con la finalidad de contrarrestar el déficit de ventas sufrido en Andina y, por otro lado, en aras a seguir promocionando la imagen RAYUELA.

78. Para concluir, consignar que mi representante ha probado sobradamente que no ha realizado **ningún acto que pudiera poner en peligro el prestigio de RAYUELA**, cumpliendo por tanto con lo convenido en el contrato, así como en la Guía UNIDROIT para los Contratos de Franquicia Principal Internacional. Pero, a mayor abundamiento, interesa a esta parte dejar constancia de una serie de actuaciones que no sólo desacreditan aún más el supuesto incumplimiento, sino que dan prueba clara de la buena fe, el respeto y el *savoir faire* demostrado por PAMEOS en la presente relación contractual, a saber:

– **DOCUMENTO núm. 7 de la solicitud**: correo electrónico remitido por Dña. Lucía Lamaga a Don Horacio Oliveira en fecha 16 de mayo de 2014, informando al franquiciador de la retirada de las *Meopas* por orden de las Autoridades Sanitarias de Andina. A pesar de que en ese momento PAMEOS acababa de recibir la noticia y ni siquiera tenía aún conocimiento de los motivos de la decisión adoptada, informó inmediatamente a RAYUELA del suceso, sin ningún tipo de ocultación ni mala fe por parte de mi representada. Asimismo, en el mismo documento se le anunció el inicio de negociaciones con ESPERANZA, en aras al establecimiento de una cooperación entre las *Famas* y los *Cronopios*.

– **DOCUMENTO núm. 10 de la solicitud**, Dña. Lucía Lamaga finaliza el e-mail remitido a D. Horacio Oliveira del siguiente modo: "*Creemos que ahora es el momento para que aunemos fuerzas, y trabajemos ambas empresas juntas para solucionar el problema*".

79. Por ello, ha quedado totalmente desvirtuada la acusación que imputa a PAMEOS un incumplimiento del deber de respetar la imagen de RAYUELA.

NOVENO. CUMPLIMIENTO DE LOS OBJETIVOS DE VENTAS PACTADOS.

80. Disconforme con el fundamento IV.C.4, relativo al incumplimiento de ventas anuales. Esta parte interesa encabezar el presente fundamento resaltando lo dispuesto en la **Cláusula NOVENA del contrato**: "*Es obligación del franquiciado cumplir con unos objetivos mínimos de ventas que se fijan como siguen*:"

- a. *Durante el primer año: 2.000.000€*
- b. *Del segundo al cuarto año: 4.000.000€*
- c. *Del quinto al décimo: 5.000.000€.”*

81. RAYUELA, en su escrito de demanda, se ha limitado a alegar un supuesto incumplimiento en el nivel de ventas sin base en ningún argumento o prueba, limitándose a señalar que mi representada no había cumplido con los objetivos de ventas, que son una obligación esencial del contrato. Pese a la evidente falta de motivación y sustento de la citada acusación, a esta parte interesa señalar lo siguiente.

82. **El contrato de Máster Franquicia fue suscrito**, y por tanto dio comienzo su vigencia, en fecha **10 de diciembre de 2012**, tal como dispone la Cláusula SEXTA del citado documento. El apartado a) de la mencionada cláusula contractual fija unos objetivos de ventas durante el primer año de 2.000.000€, es decir, del 10 de diciembre de 2012 al 10 de diciembre de 2013.

83. RAYUELA presentó **solicitud de arbitraje en fecha 4 de septiembre de 2014**, habiendo pasado sobradamente el primer período de ventas del contrato, sin que hasta esa fecha la demandante hubiera presentado requerimientos de ningún tipo a PAMEOS por incumplimiento en el nivel de ventas. Esto supone que **mi representada cumplió íntegramente con el nivel de ventas fijado para el primer año**. Al momento de presentación de la solicitud de arbitraje, el contrato se encontraba ya desplegando sus efectos dentro del periodo recogido como apartado b) de la **Cláusula NOVENA** del contrato, que va del segundo al cuarto año, es decir, desde el 10 de diciembre de 2013 hasta el 10 de diciembre 2016. Siendo esto así, es totalmente improcedente la reclamación pretendida por la demandante, pues el citado período no ha llegado aún ni a la mitad de su cumplimiento, por lo que resulta evidente que PAMEOS no ha podido alcanzar los objetivos de ventas antes de que haya transcurrido el plazo concedido al efecto.

84. Aun siendo esto así, y para mayor abundamiento, esta parte interesa dejar constancia que en la actualidad ha cumplido con un 80% de los objetivos de ventas anuales. Esto implica que **no se ha producido un incumplimiento grave y sustancial**, todo lo contrario, pues prácticamente se ha logrado el nivel de ventas pactado. Un incumplimiento de tan solo un 20% **no tiene la entidad suficiente como para ser considerado a efectos de una resolución contractual**³⁶. Máxime cuando ha quedado probado que el descenso en el nivel de ventas se ha producido en el territorio de Andina a raíz de la orden sanitaria que retiró del mercado las *Meopas*, motivo que como ya ha quedado suficientemente probado, es en última instancia consecuencia de la mala praxis del franquiciador demandante.

³⁶ Vid. Sentencia del Tribunal Supremo español, Sala de lo Civil, de 30 de julio de 2012: “Para que pueda ejercitarse con éxito la facultad de resolución de los contratos generadores de obligaciones recíprocas, la jurisprudencia viene entendiendo que el incumplimiento debe ajustarse a los criterios contenidos en la CISG, cuyo artículo 25 califica como esencial el incumplimiento de un contrato diciendo que «el incumplimiento del contrato por una de las partes será esencial cuando cause a la otra parte un perjuicio tal que la prive sustancialmente de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato, salvo que la parte que haya incumplido no hubiera previsto tal resultado y que una persona razonable de la misma condición no lo hubiera previsto en igual situación». En un sentido parecido se pronuncia el artículo 8:103 de los Principios de Derecho europeo de contratos, según el cual el incumplimiento de una obligación es esencial para el contrato: (a) Cuando la observancia estricta de la obligación pertenece a la causa del contrato. (b) Cuando el incumplimiento prive sustancialmente a la parte perjudicada de lo que legítimamente podía esperar del contrato, salvo que la otra parte no hubiera previsto o no hubiera podido prever en buena lógica ese resultado. (c) O cuando el incumplimiento sea intencionado y dé motivos a la parte perjudicada para entender que ya no podrá contar en el futuro con el cumplimiento de la otra parte”.

85. En virtud de lo expuesto, queda acreditado que PAMEOS no ha incumplido los objetivos de ventas anuales pactados.

DÉCIMO. FALTA DE LEGITIMACIÓN DE RAYUELA PARA RESOLVER EL CONTRATO.

86. Esta parte entiende oportuno encabezar este último apartado, en lo que se refiere al fondo de la contestación, haciendo mención expresa de la **falta de suplico en la demanda arbitral**. Esto supone una clara indefensión a mi representada, pues desconoce cuál es la verdadera pretensión de la demandante y, en consecuencia, resulta complejo, por no decir imposible, defenderse de algo desconocido.

87. Entrando ya en la resolución del contrato, fundamento jurídico IV.D del escrito de demanda, esta parte interesa consignar que el actuar de la demandante no puede ampararse en lo dispuesto en la **Cláusula DECIMOSEXTA del contrato**: *“Sin perjuicio de las causas generales de terminación previstas en la legislación aplicable, son causas de extinción del presente contrato las siguientes: 1º. El incumplimiento por cualquiera de las partes de cualquiera de las obligaciones asumidas por la formalización del contrato.”*

88. Como ha quedado sobradamente probado en los fundamentos anteriores, RAYUELA carece de legitimación para solicitar la resolución del contrato en base a la citada cláusula, pues no se han producido ninguno de los incumplimientos que achaca a mi representada, y que se resumen en:

– **Incumplimiento de la obligación de respetar la imagen de RAYUELA**. Los sucesos ocurridos en relación con el colorante Azul C-12 escapan por completo del poder de actuación de PAMEOS. Es relevante en este caso la actuación de la propia demandante, que obligaba a elegir de entre dos proveedores de colorantes, siendo uno de los mismos BESTIARIO, filial de RAYUELA, y por el que optó esta parte para el suministro del citado producto. A mayor abundamiento, PAMEOS se vio obligada a utilizar el colorante Azul C-12 para tratar de alcanzar la gama de 30 colores que las máquinas *Rocamadour* proporcionadas por el franquiciador no permitían obtener, pese a haber sido una de las exigencias en la negociación precontractual. A todo esto debe añadirse la buena fe y predisposición mostradas en todo momento por mi mandante, que terminan por desvirtuar íntegramente el supuesto incumplimiento.

– **Incumplimiento de los objetivos de ventas**. No puede hablarse a día de hoy de un incumplimiento en el nivel de ventas cuando aún no ha transcurrido el período de tiempo estipulado en la **Cláusula NOVENA** del contrato. En cualquier caso, el incumplimiento imputado a PAMEOS es tan solo del 20%, que en ningún caso constituye un incumplimiento de calado tan esencial como para facultar la resolución del contrato.

– **Incumplimiento de la cláusula de territorialidad**. No existe dicho incumplimiento, pues como ha quedado suficientemente acreditado en fundamentos precedentes, las ventas realizadas por mi representada a clientes de Pampia tienen el carácter de “ventas pasivas”. En un primer momento, PAMEOS, en aplicación del principio de conservación de los contratos, entendió que la citada cláusula las permitía – siendo restringidas únicamente las ventas activas –, pero a esta parte interesa reiterar una vez más al tribunal que, en cualquier caso, si se interpretara que la citada cláusula prohibía también las ventas pasivas, la misma resultaría contraria a la Ley de Acuerdos Verticales de Andina (aplicable a la presente controversia) y, por tanto, nula, no produciéndose incumplimiento alguno por parte de mi representada.

- **Incumplimiento de derechos de propiedad intelectual de terceros**. Para poder hablar de un incumplimiento de derechos de propiedad intelectual, es necesario que el propietario de los derechos reclame los mismos al infractor. ESPERANZA en ningún momento le ha reprochado un incumplimiento a PAMEOS, algo patente, pues de no ser así no habría aceptado iniciar negociaciones con esta parte a fin de conseguir un acuerdo para comercializar los *Cronopios* con las *Famas*, actuación llevada a cabo por mi representada para aumentar el prestigio y las ventas de RAYUELA, una vez más.

89. En su virtud, RAYUELA carece de derecho a resolver el contrato, por cuanto falta el elemento esencial del mismo, a saber, un incumplimiento por parte de PAMEOS de las obligaciones asumidas en el contrato.

90. Así, resulta irrelevante que la demandante haya cumplido con las exigencias formales contenidas en la **Cláusula DECIMOSEXTA del contrato**, pues falta el requisito esencial de la resolución, el incumplimiento de la otra parte contratante.

91. Se muestra del mismo modo carente de sentido la alusión al cumplimiento de los requisitos establecidos en la Convención de Viena para la resolución de los contratos, puesto que estamos en presencia de un contrato de Máster Franquicia, no de una compraventa de mercaderías. Por tanto, el citado cuerpo legal únicamente sería aplicable, en su caso, al contrato de compraventa de las máquinas *Rocamadour*, nunca a la franquicia.

92. Así las cosas, ha quedado claramente fundado que RAYUELA carece de legitimación para resolver el contrato de Máster Franquicia

DECIMOPRIMERO. COSTAS.

93. De acuerdo con el Art. 39.6 del Reglamento de la CAM se requiere la imposición de costas a la parte contraria, que deberán integrar cuantos conceptos regula el Art. 46 del citado texto normativo.

94. A la luz de todo lo expuesto,

95. **SUPlico AL TRIBUNAL**, Que habiendo presentado este escrito en tiempo y forma se sirva admitirlo, tenerme por parte en la representación acreditada, y previos los trámites pertinentes dicte en su día laudo arbitral por el que declare su incompetencia para conocer de la presente *litis*. Subsidiariamente, para el caso de no estimar dicha pretensión:

- Admita la participación de DIVERTIMENTO en el presente litigio.
- Declare que PAMEOS no incumplió ninguna de sus obligaciones contractuales en los términos previstos en el cuerpo de este escrito.
- Que, en consecuencia, no existe derecho a resolver el contrato, ni está justificada ninguna otra consecuencia jurídica derivada del incumplimiento contractual.

96. Y, en consecuencia, **DESESTIME** íntegramente la demanda y **ABSUELVA** a esta parte de todas las pretensiones aducidas de contrario. Con expresa imposición de las costas procesales a la entidad demandante.

97. **OTROSÍ DIGO PRIMERO**, Que procede la práctica de la prueba pericial solicitada por esta parte en el escrito de respuesta a la solicitud de arbitraje, por cuanto, **resulta de especial relevancia para la resolución de la controversia** al amparo del Art. 32 del Reglamento de la CAM.

98. RAYUELA imputa a mi representada incumplimiento contractual consistente en la adquisición del colorante Azul C-12. En consecuencia, esta parte manifiesta la relevancia de la práctica de la prueba pericial informática con el fin de **acreditar la autenticidad de las comunicaciones** remitidas entre BESTARIO y RAYUELA a través de las cuales, la franquiciadora principal tenía conocimiento del suministro del colorante controvertido por parte de su filial a mi mandante. Y, del mismo modo, que se pruebe que el conocimiento por la demandante de esta adquisición se traduce en un **consentimiento tácito** dispensando toda responsabilidad que ahora reclame respecto del colorante Azul C-12³⁷.

99. Toda vez que queda acreditada la relevancia de la prueba pericial informática en la fundamentación jurídica del presente escrito, cabe rechazar los restantes argumentos de la demandante. En primer lugar, no puede sostenerse el argumento relativo al costo económico que se derivaría de la práctica de la prueba solicitada. De acreditarse que RAYUELA conocía las relaciones comerciales entre su filial y PAMEOS, el Tribunal Arbitral habrá de **eximir de responsabilidad a mi representada** en la adquisición del Colorante Azul C-12. En síntesis, el costo económico que podría sufrir mi representada de no eximirse de responsabilidad es absolutamente mayor que el derivado de la práctica de la prueba.

100. Tampoco puede sostenerse el motivo de tiempo excesivo aducido por la demandante. La prueba pericial informática que esta parte solicita, consistente en **revisar los correos electrónicos entre la empresa BESTARIO y RAYUELA se circunscribe a un momento concreto** y no a la revisión de todas las comunicaciones entre las empresas implicadas. Mi mandante comenzó a adquirir el Colorante Azul C-12 una vez comprobó que las máquinas *Rocamadour* importadas por RAYUELA no eran conformes con lo acordado en el contrato de Máster Franquicia, dos meses antes de que las autoridades sanitarias de Andina prohibieran a mi patrocinada continuar con la comercialización de las *Meopas*; comunicado a RAYUELA por correo de fecha de 16 de mayo de 2014. Es durante ese lapso de tiempo en el que el perito designado por el Tribunal Arbitral ha de revisar las comunicaciones entre las entidades integrantes del mismo grupo empresarial.

101. Finalmente, en lo que a la confidencialidad se refiere cabe poner de manifiesto las **Reglas de la IBA** (*International Bar Association*) sobre Práctica de Prueba en el Arbitraje Internacional³⁸ que, podrán ser tenidas en cuenta en un procedimiento de arbitraje si las partes lo hubieran acordado o bien, si el Tribunal acordare la aplicación de las mismas. Por ello, si fueren de aplicación, el Art. 9.4 concede al Tribunal la potestad, cuando lo considere apropiado, de adoptar las medidas necesarias para permitir que la prueba sea presentada o considerarla sujeta a **una adecuada protección de confidencialidad**. Se permite, en consecuencia, la práctica de la prueba sin dañar el *know-how* de la demandante. Asimismo, la Ley Modelo CNUDMI otorga al Tribunal la potestad de solicitar a las partes que proporcionen al perito el acceso a documentos e información pertinentes [Art. 26.b) y Art. 32.2 del Reglamento de Arbitraje de la CAM³⁹]

102. En todo caso, interesa a esta parte dejar claro que la práctica de la prueba pericial no supone una decisión anticipada ni prejuzga la decisión del Tribunal. **La búsqueda de la**

³⁷ Vid. Fundamento Jurídico sexto del presente escrito p. 13.

³⁸ Reglas de la IBA (*International Bar Association*) sobre Práctica de Prueba en el Arbitraje Internacional aprobadas por Resolución del Consejo de la IBA, Londres, 29 de mayo de 2010.

³⁹ En este mismo sentido el Art. 9.4 de las Reglas de la IBA: “*Sujeto a lo dispuesto en el Artículo 9.2, el Perito Designado por el Tribunal Arbitral podrá solicitar a una Parte que le facilite cualquier información o que se le permita el acceso a cualesquiera Documentos, bienes, muestras, propiedades maquinarias, sistemas, procesos o sitios para su inspección en la medida en que sean relevantes para el caso y sustanciales para su resolución. La autoridad del Perito designado por el Tribunal Arbitral para solicitar acceso a la información será la misma que la del Tribunal Arbitral*”.

verdad material constituye uno de los principios rectores del arbitraje. El objeto de las pruebas en un proceso es la posibilidad que se otorga a las partes de probar los hechos aducidos y convencer al Tribunal de sus pretensiones. Es por ello, que si el Tribunal Arbitral rechazare la práctica de la prueba solicitada **causaría a esta parte indefensión**.

103. **OTROSÍ DIGO SEGUNDO**, Que interesa a esta parte que el Tribunal Arbitral declare improcedente la adopción de la medida cautelar solicitada por RAYUELA, consistente en que se ordene a mi representada el cese en la comercialización de productos que utilicen el colorante Azul C-12, por no concurrir los requisitos legales exigidos para la adopción de una medida cautelar.

104. Como indica el Art. 17.A.1) de la Ley Modelo de la CNUDMI y como se observa en la práctica arbitral⁴⁰, para que se pueda adoptar en esta sede una medida cautelar es indispensable que la parte solicitante de la misma convenza al Tribunal Arbitral de que en el supuesto concreto concurren dos presupuestos simultáneos, a saber, el peligro de mora procesal o *periculum in mora*, y la apariencia de buen derecho o *fumus boni iuris*⁴¹⁴². A los anteriores requisitos deben añadirse los que el Reglamento de la CAM contempla en su Art. 36, consistentes en **que se ponderen las consecuencias que puedan derivarse de su adopción y que se tengan en cuenta los principios de proporcionalidad y de menor onerosidad para alcanzar el fin perseguido**. En el presente litigio arbitral **RAYUELA no ha acreditado en su escrito de demanda la concurrencia de todos los presupuestos necesarios**, por lo que esta parte entiende que la adopción de la medida cautelar solicitada y la injerencia que la misma conllevaría para la esfera jurídica de mi representada resultan,⁴³ a todas luces, impertinentes⁴⁴.

105. Alega la parte demandante que la medida cautelar de cese en la utilización del colorante Azul C-12 busca que se cumpla una obligación contractual, en el sentido de que mi representada se ajuste al uso de los colorantes indicados por RAYUELA, a la vez que esgrime el principio *pacta sunt servanda*, pero parece ser que **RAYUELA omite tener en cuenta que mi representada respetó y cumplió, en todo momento, con las exigencias contenidas en el contrato de Máster Franquicia, Manual de Franquicia, Libro de Productos y normativa sanitaria vigente en lo que a la adquisición y utilización del colorante Azul C-12 se refiere**.

106. Teniendo presente que mi representada respetó, en todo momento, sus compromisos contractuales en lo que a la utilización del colorante Azul C-12 se refiere, es imprescindible resaltar que **el origen de todos los males por los que ahora se pretende hacer pagar a mi representada se encuentran, precisamente, en los comportamientos llevados a cabo por RAYUELA y en la falta de respeto e incumplimiento por esta última de sus compromisos**. En efecto, como demuestran los **DOCUMENTOS núm. 2 y 3 de la solicitud de arbitraje**, RAYUELA aseguró que las máquinas Rocamadour eran capaces de producir, al menos, 30 colores, cuando, en realidad, “*contrariamente a lo acordado, por sí solas no*

⁴⁰ (MALLA NDRICH-MIRET, 2010), p. 108.

⁴¹ Para ORTEGO PÉREZ, F., “Deberá acreditar la concurrencia de los presupuestos específicos”. (ORTEGO PÉREZ, 2006) p. 99.

⁴² Sobre los requisitos de las medidas cautelares vid. (GARCIMARTÍN ALFÉREZ, 1996).

⁴³ ORTELLS RAMOS, M. P. justifica la exigencia del *fumus boni iuris* en la injerencia en la esfera jurídica del demandado que suponen las medidas cautelares. (ORTELLS RAMOS & CALDERÓN CUADRADO, 1996) p.13.

⁴⁴ Para SERRA DOMÍNGUEZ, M., la adopción de una medida cautelar “*Al entrañar una anticipación de la ejecución, lesiona por sí sola la esfera jurídica de la parte demandada, privándole, aunque sea parcialmente, de su posición de hecho preeminente. Se requiere, por tanto, una justificación que legitime la lesión producida por la medida cautelar*”. (SERRA DOMÍNGUEZ, 1974), p.36.

pueden dar más de 10 colores” (DOCUMENTO núm. 10 de la solicitud de arbitraje). De este modo, el hecho de que haya sido la propia RAYUELA la que no cumplió con la información vinculante suministrada y que representaba la principal fuente de interés que PAMEOS tenía por su modelo de franquicia, unido al incuestionable cumplimiento del contrato por parte de PAMEOS en lo relativo al Azul C-12, **hacen que desaparezca el inexcusable presupuesto de la apariencia de buen derecho o *fumus bonis iuris*** que el Art. 17 de la Ley Modelo de la CNUDMI y 36 del Reglamento de la CAM exige para que el Tribunal Arbitral pueda adoptar una medida cautelar en sede arbitral.

107. Por otro lado, como se indica en el **DOCUMENTO núm. 8 de la solicitud de arbitraje**, la orden sanitaria de prohibición de venta de las Meopas en Andina ante el fenómeno de las “dentaduras de pitufo” no fue adoptada por el Consejero de Sanidad, quien era el competente para la adopción de tales cuestiones, sino por “*un Secretario de segunda, del que jamás antes nadie había odio hablar*”, lo que hace que esta parte se cuestione la legalidad de una **decisión adoptada por un órgano incompetente**. No obstante, y pese a ello, mi mandante respetó la decisión y dejó de comercializar las *Meopas* con el colorante Azul C-12 “*mientras las circunstancias se aclaran*” (**DOCUMENTO núm. 7 de la solicitud de arbitraje**), ya que la decisión de las autoridades sanitarias fue adoptada, meramente, de forma prudencial.

108. Siendo coherentes con lo anterior, una vez que mi representada descubrió y comprobó que la problemática de las “dentaduras de pitufo” se debía al gran poder de coloración del colorante Azul C-12 y que el problema desaparecía al diluir la cantidad del mismo, PAMEOS se encontró en condiciones de detectar y solventar el problema. Así las cosas y de acuerdo con el contrato de Máster Franquicia y con el Manual de Franquicia, reiteramos que **se incumple en la solicitud de adopción de la medida cautelar interesada no sólo el requisito del *fumus boni iuris*, sino también el del *periculum in mora***, ya que no hay ningún peligro frente al que RAYUELA deba ser protegida de forma cautelar mientras se tramita este arbitraje.

109. Asimismo, debemos recordar al Tribunal Arbitral y a la demandante que la orden sanitaria fue adoptada únicamente para el territorio de Andina, sin que en Aztequia se haya detectado altercado alguno en relación con las *Meopas*, sino que, al contrario, allí el nivel de ventas se ha visto incrementado en un 300% y las *Meopas* se han convertido en el “pastel de moda”, lo que supone que **no se ha causado perjuicio alguno a la imagen de marca de RAYUELA**, sino que, precisamente, se ha mejorado y con éxito (punto 12 de la Solicitud de DIVERTIMIENTO de participación como parte en el procedimiento). Por lo tanto, a la falta de concurrencia del peligro de mora procesal y de la apariencia de buen derecho, debemos añadir que, en contra de las exigencias del Art. 17.A.1) de la Ley Modelo de la CNUDMI, **la adopción de la medida cautelar supondría para mi representada y sus sub-franquiados un daño notablemente más grave que el que RAYUELA esgrime**. De este modo, RAYUELA vería cómo su éxito comercial se desmorona cuando mi representada ha respetado de forma incuestionable el contrato de Máster Franquicia, sin que se pueda decir lo mismo de **la parte demandante** que, por otro lado, **también se vería perjudicada por la decisión de cese en el uso del C-12**. Por lo expuesto, con la adopción de la medida cautelar solicitada por RAYUELA se incumplirían también los principios de proporcionalidad y de menor onerosidad que exige el Art. 36 del Reglamento de la CAM.

110. A las anteriores alegaciones, esta parte desea añadir que, teniendo en consideración la actitud de RAYUELA, que busca cualquier excusa y comportamiento de mi poderdante para alegar una causa de resolución contractual, **existe el peligro de que su solicitud de cese en el uso del Azul C-12 sea constitutiva de una nueva estrategia para lograr por todos los**

medios conseguir resolver el contrato de Máster Franquicia con PAMEOS, pues, como hemos indicado, los productos en los que se emplea el colorante Azul C-12 constituyen uno de los mayores éxitos comerciales y fuente de ingresos de mi mandante. Adoptar la medida solicitada podría poner en peligro que esta parte alcanzara los niveles de ventas contractualmente asumidos, con la consiguiente posibilidad de que RAYUELA resolviera el contrato suscrito con esta parte. Con ello, reiteramos de nuevo, que la adopción de la medida cautelar es susceptible de causar a esta parte un perjuicio en gran medida mayor que el que la demandante intenta hacer valer.

111. **OTROSÍ DIGO TERCERO**, Que esta parte interesa que el Tribunal Arbitral declare la improcedencia de la adopción de la orden definitiva solicitada por la representación procesal de RAYUELA, consistente en que se ordene a mi representada el cese definitivo en el uso del colorante Azul C-12, así como que se ajuste al uso de uno de los colorantes indicados por RAYUELA, producido e importado en las condiciones que ésta última decida.

112. Resulta evidente que, si como se ha expuesto en el anterior Segundo Otrosí Digo de este escrito de contestación a la demanda, no concurren las circunstancias cumulativas que deberían darse para la adopción de una medida cautelar, aun menos concurren razones que justifiquen la adopción de la orden definitiva solicitada por RAYUELA.

113. Como ya se ha señalado, los problemas de coloración que se habían detectado en relación con el colorante Azul C-12 han sido exitosamente solucionados por mi mandante al diluir la cantidad de colorante empleada, sin que se haya vuelto a desencadenar episodio alguno en relación con las “dentaduras de pitufo”. En este sentido, resulta injustificada la pretensión de RAYUELA de cese definitivo en el uso del colorante Azul C-12, puesto que, a día de hoy y tras las decisiones adoptadas por mi representada, el colorante Azul C-12 no representa problema alguno ni para la salud de los clientes, ni para la imagen de marca de RAYUELA.

114. Se ha de recordar, asimismo, que las *Meopas* con su intenso color azul derivado del uso del colorante Azul C-12 son una de las mayores fuentes de ingresos y éxitos comerciales para PAMEOS y, por ende, también para el grupo de RAYUELA PASTELERÍA, S.A. De este modo, el cese en el uso del colorante Azul C-12 constituye una medida que en nada beneficiaría a RAYUELA y que, por el contrario, supondría un gran perjuicio para mi mandante.

115. Por lo que **SUPLICO AL TRIBUNAL** Que teniendo por efectuadas las anteriores manifestaciones, declare procedente la práctica de la prueba pericial solicitada y, declare, asimismo, que no procede la adopción de las medidas cautelares solicitadas de contrario y, en consecuencia, tampoco la adopción de la orden definitiva.

En Yahuarpampa, Andina, a 25 de febrero de 2015.

Firmado: ETIENNE MORELLI.

ESCRITO DE DEMANDA RECONVENCIONAL

116. ETIENNE MORELLI, mayor de edad, como representante de la sociedad PAMEOS S.A., con domicilio social en Avda. Atahualpa, núm. 99, ciudad de Yahuarpampa, Andina, y con domicilio a efectos de comunicaciones en la calle Perico Romero, núm. 46, ciudad de Yahuarpampa, Andina, según ha quedado acreditado en el DOCUMENTO de respuesta a la solicitud de arbitraje y solicitud de reconversión núm. 1, ante la Corte de Arbitraje de la Cámara Oficial de Comercio e Industria de Madrid, comparezco y como mejor proceda en Derecho, DIGO:

117. Que por medio del presente escrito formulo **DEMANDA RECONVENCIONAL** contra la mercantil RAYUELA PASTELERÍA S.A., al amparo de lo dispuesto en el Art. 26 del Reglamento de Arbitraje de la Corte de Arbitraje de Madrid de 1 de enero de 2009, y con base en los siguientes,

HECHOS

PRIMERO.

118. Que se tengan por reproducidos los ordinales tercero y cuarto de los hechos descritos en el escrito de contestación. No obstante, es oportuno recalcar que PAMEOS en comunicación remitida a la mercantil reconvenida de fecha 26 de noviembre de 2012 hizo constar expresamente la condición de que las máquinas suministradas por ésta pudieran alcanzar, al menos, 30 colores, debido a las expectativas del público de Andina y Aztequía. A esta petición, RAYUELA respondió que no debían preocuparse por los colores, dando a entender de forma explícita que las máquinas alcanzarían la citada cantidad de colores. Una vez formalizado el contrato, mi representada realizó una gran inversión para abrir los primeros establecimientos y adaptarse a la imagen de RAYUELA, pero una vez comenzó a ejecutar las prestaciones convenidas, descubrió que las máquinas suministradas por RAYUELA (*Rocamadour*) sólo permitían obtener diez colores.

SEGUNDO.

119. Por otro lado, PAMEOS, en aras a la satisfacción de los clientes que habitaban en el territorio de Pampia, puso en marcha el programa de fidelización "*La Tarta en Casa*", con la finalidad de promocionar la marca RAYUELA e incrementar el nivel de ventas. RAYUELA, lejos de agradecer a PAMEOS y animar a los clientes de Pampia a acudir a los establecimientos de mi patrocinada, como así venían haciendo, acusó a ésta de incumplir la Cláusula contractual que contenía el pacto de exclusividad. PAMEOS, en todo momento, se limitó a la venta de sus productos en los territorios habilitados, en Andina y Aztequía.

120. A estos hechos les son aplicables los siguientes,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. ENTREGA POR RAYUELA DE BIENES DEFECTUOSOS .

121. RAYUELA no ha cumplido con las obligaciones que para ella se derivan del contrato de Máster Franquicia en relación con la entrega de las máquinas *Rocamadour*, pues éstas no producen la gama de colores que la propia RAYUELA aseguró a esta parte en el

momento de la negociación contractual⁴⁵.

122. La Cláusula SÉPTIMA del contrato de Máster Franquicia dispone en su apartado cuarto que una de las obligaciones de RAYUELA es “*entregar al franquiciado la maquinaria necesaria para el desarrollo del objeto de la franquicia*”. De este modo, una de las características esenciales que tales máquinas debían cumplir y por la que se interesó PAMEOS, fue la **supuesta posibilidad que las mismas otorgaban a la hora de producir una gama de hasta treinta colores**, afirmaciones vertidas por RAYUELA en el correo electrónico de 28 de noviembre de 2012 (DOCUMENTO núm. 3 de la solicitud)⁴⁶. Esta garantía constituyó el **elemento decisivo a la hora de formalizar el contrato** entre las partes, pues mi poderdante necesitaba obtener dicha gama de colores, en aras a conseguir una mayor competitividad empresarial, extremo que hizo saber a RAYUELA desde un principio y que ésta le confirmó a través del citado correo electrónico. Por tanto, no sólo resulta evidente que la obtención de una amplia gama de colores en el proceso de elaboración de los pasteles era esencial para la celebración del contrato de compraventa, sino también, que dicha facultad podía verse satisfecha por las máquinas *Rocamadour*, tal y como hizo saber RAYUELA. Refuerza esta tesis el contenido del Manual de Franquicia entregado a mi representada (DOCUMENTO núm. 5 de la solicitud), cuyo apartado cuarto garantiza de forma expresa que las máquinas pueden obtener una gama muy amplia de colores, extremo que no se produjo en la práctica.

123. Por lo tanto, **RAYUELA creó unas expectativas en PAMEOS** de suficiente entidad como para decidir formalizar un contrato con todas las implicaciones compromisorias que del mismo se derivan. Resulta evidente que, si RAYUELA no hubiera asegurado que el interés que PAMEOS manifestaba podía verse satisfecho por las máquinas *Rocamadour*, **mi representada nunca hubiera prestado su consentimiento** en la compraventa de dichas máquinas.

124. Sin embargo, **PAMEOS confió en las afirmaciones de RAYUELA** y formalizó el contrato de compraventa de las máquinas *Rocamadour*, comprobando en la práctica que las mismas **no se ajustaban a las expectativas garantizadas por aquélla**⁴⁷.

125. No puede prosperar el argumento esgrimido por RAYUELA relativo a la conformidad de las máquinas *Rocamadour* aduciendo que el resto de franquiciados no ha tenido problemas en su uso. Es necesario volver a incidir en la cuestión de que la disconformidad de aquéllas no proviene de la no producción de las *Meopas*, sino de la no consecución de la gama de hasta treinta colores que RAYUELA prometió a mi representada, frustrando su competitividad en el mercado. Por lo tanto, el incumplimiento deriva de una obligación específica que RAYUELA asumió con PAMEOS, extremo independiente de las relaciones que pueda tener con otros franquiciados.

126. Habida cuenta de la disconformidad de las maquinarias entregadas por RAYUELA, por no ajustarse a lo dispuesto en el apartado cuarto de la Cláusula SÉPTIMA del contrato, por la que RAYUELA asumió la obligación de entregar unas máquinas necesarias para

⁴⁵ Sobre la conformidad en la entrega de las mercaderías vid. (CASTELLANOS RUIZ, EGEA ZEROLO, & IBAÑEZ MARSILLA, 2014), pp. 537 y ss.

⁴⁶ Para profundizar en el carácter vinculante de las comunicaciones electrónicas en el marco de la CISG, vid. (CARRO, PERALES, & PÉREZ, 2003)

⁴⁷ En los casos enjuiciados por la Cour d'Appel de Grenoble (Francia) de 4 de febrero de 1999 y OLG Hamburg (Alemania) 28 de febrero de 1997, CLOUT 277, se analiza lo que se ha de entender por privación de las expectativas del comprador, esto es, una frustración de lo que la otra parte tenía derecho a esperar del contrato.

satisfacer los intereses de PAMEOS, esta parte tiene derecho a un resarcimiento de los daños y perjuicios irrogados.

127. Esta parte ya ha manifestado las razones por las que **la CISG no es aplicable a la presente controversia**. Sin embargo, en caso de que el Tribunal Arbitral no estimare tales razonamientos, se interesan los siguientes argumentos en defensa de mi representada⁴⁸.

128. Los **Arts. 30 y 35 de la CISG** disponen que **el vendedor ha de entregar las mercaderías de conformidad con la cantidad, calidad y tipo estipulados en el contrato y la propia CISG**. Resulta evidente que este extremo no ha sido cumplido por RAYUELA, pues como ya se ha señalado, las máquinas suministradas no eran capaces de producir una gama de hasta treinta colores⁴⁹.

129. El citado Art. 35.2.b) dispone que se entenderá que las mercaderías no son conformes con el contrato cuando no sean aptas para los **usos especiales que expresa o tácitamente se hayan hecho saber al vendedor**⁵⁰. Por tanto, el propio instrumento jurídico que RAYUELA considera aplicable, determina su incumplimiento a la hora de entregar las máquinas de conformidad con lo pactado. RAYUELA garantizó que las máquinas eran capaces de producir hasta treinta colores en la elaboración de los pasteles, cuestión que entra dentro de la categoría de “*uso especial*”, y lo hizo de forma expresa al responder al correo electrónico de PAMEOS con la frase “*no tiene por qué preocuparse por la gama de colores*” (DOCUMENTO núm. 3 de la solicitud)⁵¹.

130. Alega RAYUELA que PAMEOS no comunicó en tiempo la falta de conformidad de las máquinas *Rocamadour*, perdiendo todo derecho a invocar dicha disconformidad, de acuerdo con los Arts. 38 y 39 CISG. Sin embargo, la reconvenida omite deliberadamente el hecho de que el **Art. 40 CISG** excluye la aplicación de tales preceptos cuando la falta de conformidad se derive de hechos que el vendedor conocía o no podía ignorar y que no hubiera revelado al comprador⁵². Por tanto, desde el momento en que RAYUELA vendió unas máquinas que sabía que no podían producir la gama de colores que PAMEOS demandaba y aún así las entregó afirmando que disponían de tal característica, **RAYUELA ha perdido la facultad de invocar la falta de comunicación de la disconformidad de las máquinas**⁵³.

⁴⁸ Sobre esta cuestión vid. (OLIVA BLÁZQUEZ, 2004)

⁴⁹ Sobre el carácter vinculante de los actos previos a la formalización del contrato, vid. (SAN JUAN CRUCELA EGUI, J., 2005), pp. 139 y ss.

⁵⁰ Para profundizar en el concepto de “uso especial” y sus implicaciones vid. (CASTELLANOS RUIZ, EGEA ZEROLO, & IBAÑEZ MARSILLA, 2014) p. 538.

⁵¹ En el caso enjuiciado por el Tribunal de Primera Instancia de Helsinki de 11 de junio de 1995, confirmado por el Tribunal de Apelación de Helsinki en su resolución de 30 de junio de 1998, se declaró el incumplimiento del vendedor por entregar productos para el cuidado de la piel que no mantenían los niveles de vitamina A durante el tiempo marcado como apto para el consumo, finalidad especial que había sido comunicada claramente al vendedor, confiando el comprador en la pericia de éste.

⁵² En el caso CLOUT 168 OLG Köln (Alemania), 21 de marzo de 1996 se recoge la idea de proteger al comprador frente al vendedor de mala fe aunque aquél no hubiera cumplido sus obligaciones de examen y comunicación de la falta de conformidad de las mercaderías. En este caso, el Tribunal Arbitral dictaminó que el vendedor no podía eludir su responsabilidad en virtud del párrafo 3 del Art. 35 CISG por falsear la edad y el kilometraje de un automóvil, aun cuando el comprador no pudiera haber ignorado la falta de conformidad.

⁵³ La doctrina ha señalado que “*Es un principio de la CCIM el proteger antes al comprador negligente en el examen y notificación de la falta de conformidad que al vendedor fraudulento que tuvo negligencia deliberada*”. (MARTÍNEZ CAÑELAS, 2009) p. 34. En esta idea, vid. la Sentencia del Tribunal Supremo Español de 9 de julio de 2014 en la que se explicita la no aplicación del Art. 39 de la CISG si se produce un incumplimiento de la cantidad, calidad o tipo de las mercaderías entregadas y el

vendedor conocía o no podía ignorar la defectuosidad de las mercaderías y no lo comunicó al comprador.

131. Por lo expuesto, **RAYUELA ha incurrido en un incumplimiento esencial** del contrato de Máster Franquicia en el sentido del Art. 25 CISG al privar a PAMEOS de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato suscrito. La jurisprudencia avala la tesis del incumplimiento esencial en aquellos casos en que **los defectos de las mercaderías son plenamente imputables a la parte vendedora por conocer las especificaciones necesarias en el proceso de producción de la parte compradora**⁵⁴. En la presente controversia, ha quedado probado que RAYUELA era consciente de la necesidad que PAMEOS demandaba en cuanto a la gama de colores en el proceso de elaboración de los pasteles, por lo que creó unas expectativas con unas mercaderías que no se ajustaban a lo pactado, debiendo responsabilizarse de dichos defectos.

SEGUNDO. INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN DE ENTREGAR INFORMACIÓN PRECONTRACTUAL.

132. **RAYUELA ha incumplido las obligaciones precontractuales inherentes a todo contrato de Máster Franquicia**, pues no ha entregado a esta parte los documentos necesarios previos a la formalización de la voluntad contractual.

133. De este modo, **el consentimiento de PAMEOS no ha contado con la información necesaria para formalizar una voluntad libre** sobre un negocio jurídico tan trascendente como el de Máster Franquicia. El período preliminar de la contratación ha de estar presidido por la buena fe de los contratantes, teniendo en cuenta el desequilibrio de conocimientos o asimetría de información entre el franquiciador y el franquiciado. Es necesario que cada parte contratante pueda identificar los intereses a satisfacer en el contrato con conocimiento de causa⁵⁵.

134. En el DOCUMENTO núm. 2 de la solicitud se recoge el correo electrónico de 26 de noviembre de 2012 que PAMEOS remitió a RAYUELA interesándose por conocer cuál era la imagen de marca que la misma representaba, sin que se obtuviera una respuesta documental por parte de RAYUELA, pues el correo electrónico enviado por ésta el 28 de noviembre de 2012, recogido como DOCUMENTO núm. 3 de la solicitud, se limita a señalar que se haría llegar el modelo de contrato directamente, sin ofrecer la información que PAMEOS requirió y cuya recepción se hacía necesaria como paso previo a la formalización del contrato de Máster Franquicia.

135. **El deber de información precontractual se agudiza en las redes de franquicia**, debido a la relación de confianza entre las partes, al carácter duradero del contrato a estipular y a la condición de contratante experto y profesional del franquiciador. Esta información ha de extenderse a todos aquellos factores que permitan conocer el potencial éxito que el franquiciado puede obtener dentro de la red de franquicia.

136. La **Ley Modelo sobre la divulgación de la información en materia de franquicia** (en adelante, LMDIMF), **resulta aplicable** a la presente controversia por haberla incorporado Andina y por ser éste el Estado donde se lleva a cabo la actividad empresarial franquiciada, de acuerdo con el Art. 1 de la misma.

137. En concreto, el **Art. 3 de la LMDIME** dispone la obligación del franquiciador de entregar a cada potencial franquiciado un documento de información, al que se acompaña la

⁵⁴ Vid. Sentencia de la Audiencia Provincial de Palencia de 26 de septiembre de 2005 (Asunto Simancas Ediciones S.A. contra Miracle Press In.)

⁵⁵ Para profundizar en el contenido de los deberes de información precontractual vid. (MARTÍ MIRA VALLS J., 2009), p. 238 y ss.

propuesta de contrato de franquicia, al menos catorce días antes de la firma del contrato o, del pago al franquiciador de cualquier derecho en relación con la adquisición de una franquicia. La forma en que ha de hacerse es por escrito, de acuerdo con el Art. 4 de la LMDIMF, conteniendo todos los datos del Art. 6 de la citada norma.

138. **El contenido de la información**, que necesariamente ha de divulgar el franquiciador al potencial franquiciado, se encuentra recogido en el **Art. 6 de la LMDIMF** y está referido a aspectos tales como la identificación del franquiciador, marcas comerciales, dirección del lugar principal de actividad, descripción de la franquicia a explotar, de la experiencia comercial del franquiciador, identificación de los altos directivos del franquiciador, número total de franquiciados, cuestiones financieras del franquiciador, entre otros.

139. A la luz de los artículos descritos, resulta evidente que RAYUELA no ha cumplido con las obligaciones de información precontractual que debe observar, pues se limitó a remitir a PAMEOS el documento del contrato directamente, sin acompañar uno específico que contuviese todos los extremos apuntados. La relevancia de tal omisión incide en la formación de la voluntad contractual, por lo que **PAMEOS no pudo hacerse una convicción adecuada acerca de la situación real de RAYUELA y de la franquicia constituida.**

140. El reconvenido no puede escudarse en alguna de las exenciones del deber de divulgar información precontractual recogidas en el Art. 5 de la LMDIMF, pues dichas dispensas se extienden a aquellos supuestos en los que ya exista una relación previa entre el franquiciador y franquiciado, extremos que obviamente no concurren en el presente litigio.

141. Por lo tanto, ha quedado demostrado **el incumplimiento de RAYUELA en la entrega de la información precontractual** a que viene obligado por la LMDIMF.

TERCERO.- INCUMPLIMIENTO DE RAYUELA DE SU OBLIGACIÓN DE RESPETAR LA EXCLUSIVIDAD TERRITORIAL DE PAMEOS PREVISTA EN EL CONTRATO.

142. RAYUELA no cumplió con las obligaciones que se derivan de la Cláusula PRIMERA del contrato de Máster Franquicia, en tanto no respetó la exclusividad territorial que a favor de mi representada se había acordado.

143. La referida cláusula de modo literal establece que: *“El franquiciador cede por el presente documento al franquiciado, y este a su vez, también por el presente documento, acepta una franquicia como franquiciado de RAYUELA PASTELERÍA SA, según los términos y condiciones contenidos en el mismo consistente en: 1º. La autorización para explotar directamente en Andina y Aztequia el negocio objeto de franquicia. 2º. La autorización para celebrar contratos de franquicia con subfranquiados de Andina y Aztequia. La presente autorización se entiende exclusivamente en relación con dichos territorios por lo que el franquiciado principal no tiene autorización para vender los productos fuera de los territorios indicados ni a empresas o personas que no formen parte de la red de franquicia”.*

144. Pues bien, del carácter sinalagmático de dicha cláusula se desprende que en ella no solo se establecieron obligaciones para PAMEOS, consistentes en abstenerse de vender productos fuera de los territorios expresamente pactados, sino que a la vez, RAYUELA asumió el compromiso de respetar la exclusiva territorial establecida a favor de mi representada, de tal forma que debía abstenerse de cualquier intromisión que supusiera un

limitación o perjuicio a la comercialización de los productos por parte de PAMEOS en los mencionados territorios⁵⁶.

145. Con el objetivo de mejorar sus niveles de ventas **en Andina y Aztequia** y facilitar a sus clientes el acceso a sus productos, esta parte y sus sub-franquiados optaron por desarrollar un programa de fidelización denominado “la tarta en casa”, en virtud del cual, mediante una estrategia de publicidad general, ofrecían la posibilidad a sus clientes de facilitarles sus datos de contacto para poder concederles ofertas y descuentos en el envío de pedidos por Internet. Como hemos tenido ocasión de señalar en la contestación a la demanda⁵⁷, en ningún momento dicho programa se dirigió en exclusiva a clientela distinta de la del territorio de Andina y en ningún momento esta parte dirigió su publicidad al territorio de Pampia. Como no podía resultar de otra forma, dicho programa tuvo una gran acogida entre el público, especialmente en la ciudad de Incaica, fronteriza con la ciudad de Pampas, situada en el territorio de Pampia (zona de MERCOUNIÓN⁵⁸) y, como consecuencia de ello, mi representada comenzó a recibir solicitudes de pedidos de todo tipo de clientes. Pedidos a los que esta parte, por razones obvias, no se iba a negar atender y que, en tanto fueron solicitados por Internet, constituyen un claro ejemplo de venta pasiva, no prohibida, a juicio de esta parte, por la Cláusula PRIMERA del contrato.

146. La demandante ahora reconvenida, RAYUELA, entendió que “la tarta en casa” vulneraba el pacto de exclusividad territorial, al considerar que las ventas realizadas a través de dicho programa eran “ventas activas”, acusando a mi poderdante de captar a la clientela de Pampia con la publicidad y promoción de este programa de fidelización. En consecuencia, exigió a mi representada el cese inmediato de la comercialización de productos a sus clientes de Pampia, prohibiéndole continuar con el programa “la tarta en casa”, tal y como acredita el correo electrónico remitido a esta parte el día 11 de julio de 2014 (DOCUMENTO núm. 13 de la solicitud): “(...) *Exigimos una explicación, y un **cese inmediato** de cualquier comportamiento que entre dentro de lo descrito arriba*”.

147. Tal y como se ha argumentado en la contestación a la demanda⁵⁹, tales ventas realizadas por mi representada únicamente se realizaron en respuesta a las solicitudes que los clientes, de manera voluntaria, le enviaban vía Internet. Entendemos que tales ventas deben ser clasificadas como ventas pasivas, ventas que por su naturaleza no infringieron la Cláusula PRIMERA del contrato y, en consecuencia, ventas que no pueden ser prohibidas en ningún caso, so pena de vulnerar lo dispuesto en la Ley sobre Restricciones de Acuerdos Verticales de Andina, en los términos expuestos en la contestación a la demanda⁶⁰.

148. A juicio de esta parte, en el momento en que RAYUELA prohibió a mi representada la comercialización de productos, exigiendo el cese del programa la tarta en casa, aquella vulneró las obligaciones a las que se había comprometido en virtud de la Cláusula PRIMERA del contrato, pues no cabe duda de que su conducta supuso una **clara intromisión** en la

⁵⁶ Destaca como obligación común la exclusividad territorial (...) la concesión a los franquiciados del derecho a explotar la franquicia dentro de una determinada zona con carácter exclusivo, resulta en la generalidad de los casos un pacto indispensable para proteger los intereses del franquiciado. (DURÁN AGA YO, 2006)

⁵⁷ Vid. pp. 16 y 17 del presente escrito de contestación.

⁵⁸ Vid. apartado 26 de la solicitud de arbitraje de RAYUELA.

⁵⁹ Vid. pp. 16 y 17 del escrito de contestación.

⁶⁰ Vid. Fundamento Jurídico Séptimo del presente escrito de contestación.

política comercial que PAMEOS tenía derecho a desarrollar en los territorios donde tenía la exclusividad territorial, con la consiguiente **restricción de la libre competencia** en un territorio que pertenece a la zona de libre circulación de personas, mercancías, servicios y capitales, como es MERCOUNIÓN.

149. Por tanto, esta parte entiende que RAYUELA ha incurrido en el incumplimiento de sus obligaciones con PAMEOS, vulnerando no sólo lo dispuesto en la Cláusula PRIMERA del contrato, sino también lo dispuesto en el artículo 5 de la Ley sobre Restricciones de Acuerdos Verticales de Andina, desde el momento en que todo obstáculo o restricción al desarrollo del programa “la tarta en casa” supone un claro impedimento a la libre competencia que no puede ser aceptado por esta parte.

CUARTO. COSTAS.

150. Es preceptiva la imposición de las costas del presente procedimiento al demandante reconvenido, en virtud de lo prevenido en el Art.39 del Reglamento de Arbitraje de la CAM.

151. A la luz de todo lo expuesto,

152. **SUPlico AL TRIBUNAL**, Que, de no estimarse lo alegado por esta parte en el Fundamento Jurídico Primero de nuestro escrito de contestación: la excepción de incompetencia, tenga por presentado este escrito en tiempo y forma se sirva admitirlo, y previos los trámites pertinentes dicte en su día laudo arbitral por el que **ESTIMANDO íntegramente la reconvención**, declare:

– Que RAYUELA incumplió gravemente sus obligaciones contractuales al entregar a esta parte maquinaria defectuosa, dejar de proporcionarle información precontractual adecuada, así como no respetar la cláusula de exclusividad territorial.

– Que como consecuencia, condene a RAYUELA a indemnizar los daños y perjuicios derivados de los expresados incumplimientos, cuya cuantía deberá determinarse en una fase posterior del procedimiento.

153. Con expresa imposición de las costas procesales a la entidad demandante.

En Yahuarpampa, Andina, a 25 de febrero de 2015.

Firmado: ETIENNE MORELLI.

ANEXO I: BIBLIOGRAFÍA

AAVV, E. M. (1999). *Contratación Internacional (2º ed.)*. Valencia : Tirant lo Blanch.

ADAME GODDARD, J. (1994). *El contrato de compraventa internacional*. México D. F.: McGraw-Hill Interamericana.

CARRO, A., PERALES, P., & PÉREZ, M. (2003). Comunicaciones electrónicas en la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías (CISG): primera opinión del consejo consultivo de la convención. *Revista de Contratación Electrónica*. Núm. 44 .

CASTELLANOS RUIZ, E. (2011). La Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías: ámbito de aplicación, carácter dispositivo y disposiciones generales . *Cuadernos de la Maestría en Derecho* .

CASTELLANOS RUIZ, EGEA ZEROLO, & IBAÑEZ MARSILLA, (2014). *Contratos, Tomo XVII. Los Contratos Internacionales (II)*. Navarra: Aranzadi.

DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, (1998); *La Compraventa Internacional de Mercaderías Comentario de la Convención de Viena*, Madrid, Civitas.

DURÁN AGAYO, (2006), *Curso de contratación internacional*, Madrid, Colex.

FERNÁNDEZ ROZAS, J. C. (2008). *Tratado del Arbitraje Comercial en América Latina*. Madrid: Iustel.

FERNÁNDEZ ROZAS, ARENAS GARCÍA, & DE MIGUEL ASENSIO, (2009), *Derecho de los negocios internacionales* (ed. II), Madrid, Iustel.

GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., (1996) *El régimen de las medidas cautelares en el comercio internacional*, Madrid, McGraw-Hill.

GLORIA NAVARRO, A. (2009). *Régimen jurídico de la compraventa internacional de mercaderías en Europa y América Latina ¿un sistema eficiente?* Granada.

GONZALO QUIROGA, M. (2001). *Las normas imperativas y el orden público en el arbitraje privado internacional*. Madrid.

KESSEDJIAN, C. (2007). Mandatory Rules of Law in International Arbitration: What Are Mandatory Rules? *American Review of International Arbitration*, Vol. 18 .

LAMARCA I MARQUÉS, A. (1999). *La compraventa internacional: aplicabilidad y aplicaciones de la Convención de Viena de 1980*. Valencia: Tirant lo Blanch.

LÓPEZ DE ARGUMEDO PIÑERO, A. Y.-L. (2005). El orden público como causa de denegación del reconocimiento de un laudo arbitral extranjero: criterios para su aplicación práctica. *Actualidad jurídica Uría y Menéndez*, 11.

- MALLANDRICH-MIRET, N. (2010). *Medidas cautelares y arbitraje*. Barcelona: Atelier.
- MARTÍ MIRAVALLS, J. (2009). *El Contrato de Máster Franquicia*,. Navarra: Aranzadi.
- MARTÍNEZ CAÑELAS, A. (2009). *Interpretación de la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías*. Granada: Comares.
- MORENO RODRÍGUEZ J. A. (2007). Orden público y arbitraje: Algunos llamativos pronunciamientos recientes en Europa y el MERCOSUR. *Lima Arbitration* núm. 2 .
- MUÑOZ, E. Y. (2011). *Schlechtriem & schwenzer: comentario sobre la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías, Tomos I y II*. Navarra: Aranzadi.
- OLIVA BLÁZQUEZ F. (2002). *Compraventa internacional de mercaderías (ámbito de aplicación del Convenio de Viena de 1980)*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- OLIVA BLÁZQUEZ, F. (2004). Falta de conformidad en la compraventa internacional de mercaderías: Comentario a la SAP Vizcaya de 5 noviembre 2003 . *Revista Aranzadi de derecho patrimonial*, , N° 13. , 187-196.
- ORTEGO PÉREZ, F. (2006). *La tutela cautelar en el arbitraje “Vademécum de principios inspiradores del arbitraje y de práctica arbitral de tribunales arbitrales según la nueva Ley de Arbitraje 60/2003*. San Sebastián: Instituto Vasco de Derecho Procesal.
- ORTELLS RAMOS, M., & CALDERÓN CUADRADO , M. (1996). *La tutela judicial cautelar en el Derecho español*. Comares.
- PERALES VISCASILLAS, M. P. *El contrato de compraventa internacional de mercaderías (Convención de Viena de 1980)*. Pace Law School Institute of Internacional Commercial Law, <http://www.cisg.law.pace.edu>.
- RODRÍGUEZ RODRIGO, J., JIMÉNEZ-VALLADOLID DE L'HOTELLERIE-FALLOIS, D., & MARTÍNEZ SÁNCHEZ, C. (2014). *Contratos, Tomo XVII. Los Contratos Internacionales (II)*. Navarra: Aranzadi.
- SÁNCHEZ LORENZO, S. (2009). Derecho Aplicable al fondo de la controversia en el arbitraje comercial internacional. *Revista Española de Derecho Internacional, Vol. 61, N° 1* , 39-74.
- SAN JUAN CRUCELAEGUI, J., (2005), pp. 139 y ss. *Contrato de compraventa internacional de mercaderías. Convención de Viena de 1980, y otros textos complementarios*, Navarra, Aranzadi.
- SERRA DOMÍNGUEZ, M. (1974). *Teoría general de las medidas cautelares*. Barcelona: Industrias Gráficas M. Pareja.

TAWIL, G. S. (2008). *El arbitraje comercial internacional; Estudio de la Convención de Nueva York con motivo de su 50º aniversario*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

VÁZQUEZ LÉPINETTE T., (2000), *Compraventa internacional de mercadería. Una visión jurisprudencial*, Navarra, Aranzadi.

VIRGÓS SORIANO, M. (2006). El Convenio arbitral en el arbitraje internacional. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez* núm. 14 , 21 y ss.

ANEXO II: CITAS JURISPRUDENCIALES Y ARBITRALES.

A. JURISPRUDENCIA.

Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia de 20 de febrero de 1995 (T-057/95). Sentencia de Primera Instancia de Helsinki de 11 de junio de 1995.

Sentencia del Tribunal de Apelación de Helsinki de 30 de junio de 1998.

Sentencia del *Landgericht de Mainz* (Alemania) de 26 de noviembre de 1998. Sentencia de la Cour d'Appel de Grenoble (Francia) de 4 de febrero de 1999. Sentencia del Kantonsgericht del Cantón de Zug de 25 de febrero de 1999.

Sentencia del TJUE, de 25 de febrero de 1999, as. C-126/97: *Eco Swiss China Time Ltd c. Benetton International NV*.

Sentencia del Handelsgericht del Cantón de Zurich, de 8 de abril de 1999.

Sentencia del TJCE de 23 de noviembre de 1999, as. C-369/96: *Arbalde*.

Sentencia del Tribunal Oberlandesgericht de Múnich de 3 de diciembre de 1999.

Sentencia del TJUE de 25 de febrero de 1999, as. C-126/97: *Eco Swiss China Time Ltd c. Benetton International NV*.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Palencia de 26 de septiembre de 2005. Sentencia del TJUE, de 13 de Octubre de 2011, asunto C-439/09, *Pierre Fabre*. Auto de la Sala de lo Civil y Penal del TSJ del País Vasco, de 19 de abril de 2012. Sentencia del Tribunal Supremo español, Sala de lo Civil, de 30 de julio de 2012. Sentencia del Tribunal Supremo español de 9 de julio de 2014.

Sentencia de la Sala de lo Civil y Penal del TSJ de Cataluña, de 14 de julio de 2014.

B. LAUDOS.

– CCI.

Laudo CCI n° 6142/1990.

– CLOUT.

CLOUT 168 OLG Köln (Alemania), 21 de marzo de 1996.

CLOUT 277 OLG Hamburg (Alemania) 28 de febrero de 1997.