

Equipo: 14.



UP - ICC Mexico Moot

ESCRITO DE DEMANDA:

FONDO CAPITAL (Demandante).

CONTRA:

MARÍA y PEDRO BENÍTEZ, ISLA BONITA y NAVEGANTE (Demandados).

1. FONDO CAPITAL, de conformidad con los hechos narrados en: **i)** El caso hipotético 2018 de la Competencia Interuniversitaria de Arbitraje comercial y de Inversión UP-ICC Mexico Moot; **ii)** El acta de misión, celebrada el 14 de julio del año en curso, en Guadalajara, Jalisco, entre Fondo Capital, contra María Benítez, Pedro Benítez, Isla Bonita ELP y Navegante S.A.; **iii)** La orden del Árbitro de emergencia y/o Orden de Medidas de Emergencia, del 10 de abril del año 2,018; y **iv)** El Orden Procesal número 2, consistente en Aclaraciones. Comparece ante este distinguido Tribunal arbitral, integrado por los profesionales del derecho: Licenciada Bolaños, Profesor Cuevas y Doctora Elizabeth Prados (presidente), del Centro de Arbitraje, de La Corte Internacional de Arbitraje, de la Cámara de Comercio Internacional (CCI), a plantear respetuosamente demanda de Arbitraje en contra de María Benítez, Pedro Benítez, Isla Bonita ELP y Navegante S.A.

2. De conformidad con el párrafo 39 del Acta de Misión relacionada, La presente demanda versara sobre los puntos ahí acordados, en esta primera etapa del arbitraje, los cuales de manera muy general son: **i)** sobre la jurisdicción (*ratione personae*) del Tribunal Arbitral, **ii)** sobre la necesidad de mantener, modificar o suprimir la medida cautelar decretada por el árbitro de emergencia, **iii)** Sobre el Derecho de Arraste pactado en el SPA, y **iv)** sobre si dentro de las declaraciones relacionadas con el due diligence, contenidas en el SPA las partes pactaron una cláusula *Pro Sandbagging* o una *Anti Sandbagging* y el alcance de la misma.

3. La demanda se sustenta en los argumentos desarrollados a continuación, divididos en dos partes, la primera: Sobre la parte procesal, y la segunda: Sobre la parte sustantiva (se desarrollara mas adelante). Por lo que dentro de la parte Procesal se iniciara indicando que el presente arbitraje encuentra asidero legal con fundamento en el reglamento de arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI)¹, dirigido por tres árbitros, nombrados conforme el relacionado reglamento, con sede en la ciudad de Guadalajara, Jalisco, Mexico², esto derivado a que las partes así lo pactaron en el SPA, específicamente en la cláusula D, en concordancia a la Ley de arbitraje de Mexico³, contenida en el Título Cuarto del Código de Comercio de Mexico, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, los Tratados Internacionales suscritos por México, entre los que se encuentra la Convención de New York de 1958, y las Leyes particulares (especiales) que versan sobre la materia.

¹ Artículo 6 del Reglamento de Arbitraje de la CCI.

² Artículo 18 del Reglamento de Arbitraje de la CCI.

³ Artículos 1416, 1417, 1423, 1424 y 1425 del Código de Comercio de Mexico.

SOBRE LA COMPETENCIA DEL TRIBUNAL ARBITRAL PRINCIPIO DE *KOMPETENZ - KOMPETENZ*

4. Este distinguido panel arbitral es el competente para resolver lo relativo incluso a su propia competencia, ello con base en el principio arbitral de *Kompetenz-Kompetenz*, el cual es aceptado por la legislación de Guadalajara, Jalisco, Mexico⁴, que es la sede del arbitraje, también es regulado por el reglamento aplicable al presente arbitraje⁵ de la misma forma, y dicho principio es universalmente aceptado⁶, como inherente a los tribunales arbitrales, existiendo abundante jurisprudencia al respecto, por ejemplo la sentencia del Tribunal Supremo de España,⁷ donde indica: “... los árbitros... son competentes para pronunciarse sobre su propia competencia...”, en el mismo sentido en Mexico “...el Sexto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito (“Sexto TCC”) sostenía que la validez del acuerdo arbitral es decisión del tribunal arbitral”⁸, sentencia citada por el árbitro y profesor de arbitraje Francisco González de Cossío⁹, lo cual desde tiempos remotos ya ha sido aceptado como lo decía Platón: “el más sagrado de todos los tribunales debe ser el que las partes mismas hayan creado y hayan elegido de común acuerdo”¹⁰.

SOBRE LA JURISDICCIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL, POR RATIONE PERSONAE PARA RESOLVER LA CONTROVERSIA ENTRE FONDO CAPITAL CONTRA: “LOS HERMANOS BENITEZ, ISLA BONITA Y NAVEGANTE”.

5. Es menester iniciar indicando que por regla general en el arbitraje, únicamente pueden ser partes, quienes en un momento previo, al inicio del proceso arbitral, hubieren firmado un acuerdo arbitral o bien sea un contrato que contenga una cláusula de arbitraje, lo cual no significa que sea infranqueable, o que no tenga excepciones, ya que si bien es cierto el arbitraje tiene como uno de sus pilares fundamentales, la autonomía de la voluntad de las partes, también cierto es que el

⁴ Artículo 1432 del Código de Comercio de Mexico.

⁵ Artículo 6 del reglamento de Arbitraje de la CCI.

⁶ EL CONVENIO ARBITRAL: STATU QUO, Miguel Gómez Jene.

⁷ STS de 27 de junio de 2017, ECLI:ES:TS:2017:2500.

⁸ Amparo en revisión 3836/2004. Este caso comenzó por una demanda por la vía ordinaria mercantil enderezada por L.D.C., S.A. de C.V. (“LDC”) en contra de ADT Security Services, S.A. de C.V. (“ADT”) y la Cámara Nacional de Comercio de la Ciudad de México (“CANACO”). Los demandados opusieron una excepción de incompetencia del juez con fundamento en los artículos 1424 y 1432 del Código de Comercio. En respuesta, el Juzgado remitió a las partes al arbitraje. Fue la resolución que ordena la remisión el acto reclamado en amparo. El Juez de Distrito revocó dicho acto reclamado sosteniendo que no procede la remisión cuando se demanda la nulidad del acuerdo arbitral.⁴ En revisión, el Sexto TCC revocó al Juez de Distrito sosteniendo que dicha facultad le corresponde al tribunal arbitral.

⁹ En el ensayo: DE NECIOS Y CONVENCIDOS: EL DEBATE SOBRE LA POSTURA MEXICANA SOBRE QUIÉN DECIDE ACERCA DE LA VALIDEZ DEL ACUERDO ARBITRAL

¹⁰ (Monroy, 1982, pág. 55).

arbitraje para poder existir debe observar en su actuación principios del Derecho fundamentales y generales, el orden público y aquellas normas erga omnes.

A. Hermanos Benítez (María Benítez y Pedro Benítez).

6. Los Hermanos Benítez, el 4 de enero del año 2,015, firmaron con la parte actora el contrato de SPA, en el cual de forma expresa y con todas las formalidades de Ley, se comprometieron a que cualquier controversia surgida con relación al referido contrato, se resolvería en Arbitraje Institucional¹¹, no siendo este un hecho controvertido, motivo por el cual el distinguido panel arbitral deberá, sin más entrar a resolver sobre el fondo de la controversia en cuanto a esta parte demandada. Ello teniendo en cuenta el principio general del derecho de *Venire contra factum proprium non valet*¹²

B. Terceros no signatarios de la Cláusula de Arbitraje.

7. Siendo que en el caso concreto, nos encontramos ante la situación que dentro de los demandados, existen dos terceros que no figuran expresamente dentro del contrato de SPA, contentivo de la cláusula de arbitraje, que nos tiene ante este Tribunal, es preciso, acotar, que es de observancia obligatoria para cualquier tribunal que imparte justicia, el observar el orden público, para de esa forma garantizar que el Laudo que emita pueda ser ejecutado, en el Estado que sea requerido, por lo que esta representación acude a la recomendación de la ILA¹³ de cómo definir al ORDEN PÚBLICO INTERNACIONAL, quien lo define como: “i) *Los principios fundamentales relativos a justicia y moralidad que el Estado desea proteger aun cuando no esté directamente involucrado...*” Citado por el experto en arbitraje: Francisco Gonzales de Cossío¹⁴.

8. Lo cual es reforzado en la guía de la ICCA¹⁵ para la interpretación de la Convención de New York de 1958, con la asistencia de la Corte Permanente de Arbitraje de la Haya, ya que establece: las recomendaciones dadas por la ILA, sobre Orden público internacional, son consideradas cada vez más como un reflejo de las mejores prácticas internacionales¹⁶.

¹¹ Párrafo 11, cláusula D, del caso hipotético.

¹² Doctrina de los Actos Propios.

¹³ International Law Association.

¹⁴ , En el texto: Orden Público y Arbitrabilidad.

¹⁵ La Asociación de Congresos y Convenciones Internacionales -ICCA-

¹⁶ Traducción realizada por el Doctor Alexander Aizenstatd, de INTERNATIONAL COUNCIL FOR COMMERCIAL ARBITRATION GUÍA DEL ICCA PARA LA INTERPRETACIÓN DE LA CONVENCIÓN DE NUEVA YORK DE 1958 UN MANUAL PARA JUECES con la asistencia de la Corte Permanente de Arbitraje Palacio de Paz, La Haya.

9. En la recién relacionada guía de la ICCA, también se establece que la Convención de New York de 1958, (la que está en concordancia con la Ley Modelo de la CNUDMI, en la cual se inspira la ley de arbitraje de México), permite traer a terceros no signatarios al arbitraje “**Varias bases legales pueden ser aplicadas a para vincular a un no signatario de un acuerdo arbitral. Un primer grupo incluye teorías del consentimiento implícito, terceros beneficiados, fiadores, cesiones y otros mecanismos de transferencia de derechos contractuales. Estas teorías se basan en la intención discernible de las partes y, en gran medida, en los principios de buena fe. Aplican tanto para entidades privadas como públicas. Un segundo grupo incluye las doctrinas legales de las relaciones entre agente y principal, representación aparente, velo corporativo (alter ego), relaciones de participación (joint venture), sucesión y los actos propios (estoppel). No se basan en la intención de las partes sino en la fuerza de la ley aplicable.**”¹⁷, negrilla no es del texto original.

10. Lo antes relacionado es materializado en la práctica, “*Las cortes han defendido la remisión al arbitraje de disputas involucrando disputas de no signatarios con base en que la disputa entre un signatario y un no signatario aparece suficientemente conectada a la interpretación o celebración de un contrato del signatario que contenía una cláusula arbitral.*”¹⁸ Lo cual es explicado de esa forma en la guía de la ICCA, ya relacionada, además ello es reforzado con jurisprudencia, como lo es el caso: *Sourcing Unlimited Inc. v. Asimco International Inc.*¹⁹.

11. Por lo que habiendo establecido que según las prácticas internacionalmente aceptadas, y la ley procesal aplicable al presente arbitraje, es posible traer al arbitraje a terceros no signatarios del acuerdo o cláusula arbitral, además habiendo establecido la existente necesidad de observar el orden público, es preciso resaltar que el acudir ante el tribunal arbitral además de las obligaciones que conlleva también es un medio para garantizar, derechos, como lo son los universalmente

¹⁷ Página 60 de la Traducción realizada por el Doctor Alexander Aizenstatd, de INTERNATIONAL COUNCIL FOR COMMERCIAL ARBITRATION GUÍA DEL ICCA PARA LA INTERPRETACIÓN DE LA CONVENCION DE NUEVA YORK DE 1958 UN MANUAL PARA JUECES con la asistencia de la Corte Permanente de Arbitraje Palacio de Paz, La Haya.

¹⁸ Páginas 61 y 62.

¹⁹ Estados Unidos: United States Court of Appeals, First Circuit, 22 de Mayo del 2008 (*Sourcing Unlimited Inc. v. Asimco International Inc. and John F. Perkowski*), 526 F.3d 38, para. 9; *Yearbook Commercial Arbitration XXXIII* (2008) pp. 1163-1171 (US no.643). Citado en la Guía de la ICCA.

recocidos de defensa, de tutela judicial efectiva, también el principio procesal de contradictorio, los que le asisten incluso a los terceros no signatarios del contrato de SPA.

12. Lo que se puede además reforzar ilustrativamente con lo regulado en el artículo 22 (h), del Reglamento de Arbitraje de la London Court of International Arbitration (LCIA), que confiere a los árbitros la capacidad de dar intervención a terceros en el arbitraje “*a solicitud de una de las partes*”, con lo cual se demuestra que los árbitros si pueden dar intervención, incluso de manera forzosa a terceros dentro del Proceso Arbitral²⁰.

B.i. Isla Bonita.

13. El 15 de julio de 2015, Isla Bonita, como una parte relacionada de los Hermanos Benítez, recibe el total de acciones que les pertenecían a estos últimos, sobre 40 grados, acciones equivalentes al 30% de las acciones de 40 grados²¹, es con tal acción que con base al principio de “quien toma el beneficio, toma la carga”²², como refiere el experto en arbitraje, Francisco González de Cossío, Isla Bonita no estaba obligada a aceptar el acuerdo arbitral, pero tampoco lo estaba a obligada a aceptar el beneficio que le otorgaba, tal transmisión de acciones de parte de los Hermanos Benítez, lo cual deviene en sí mismo lógico, pero además una consecuencia del principio *res inter alios acta*, por lo que: “...*el tercero que acepte el estatus asume su contenido jurídico obligacional--¡todo! El tercero no está obligado a recibir el paquete, pero si lo recibe, lo recibe todo. Puede aceptarlo in toto o rechazarlo in toto.*” Es por ello que el autor usa el postulado que: El que acepta el botín acepta la carga, lo cual es acorde con el principio del arbitraje de la autonomía de la voluntad de las partes, ya que no contravine tal principio, porque en este caso en particular, Isla Bonita al momento de recibir el 30% de las acciones de 40 Grados, tuvo la facultad de decidir libremente si las aceptaba con todas las obligaciones que le iban aparejadas o bien si no convenía a sus intereses o simplemente en ejercicio a la autonomía de su voluntad, no las quería por las obligaciones aparejadas, dígase acudir a arbitraje, ante el surgimiento de una controversia, podía y pudo no aceptar la transmisión que se hizo a su favor, es por ello que Isla Bonita, se encuentra obligada a acudir a este arbitraje y el Tribunal al que me dirijo tienen la plena Jurisdicción para resolver lo relativo al presente arbitraje en relación a Isla Bonita, como parte demandada.

²⁰ La Intervención de Terceros en el Arbitraje: Un Desafío al Paradigma, Perdomo Ramírez Wanda.

²¹ Parrafo 14 del caso.

²² Pagina 4 del ensayo: EL QUE TOMA EL BOTÍN, TOMA LA CARGA: LA SOLUCIÓN A PROBLEMAS RELACIONADOS CON TERCEROS EN ACTOS JURÍDICOS QUE CONTIENEN UN ACUERDO ARBITRAL E INVOLUCRAN A TERCERO. Francisco González de Cossío.

Existiendo múltiples casos en los cuales se ha resuelto de esa forma, como lo refiere el autor anteriormente citado: dos casos del Tribunal Federal Suizo, en igual sentido por la Corte Europea en Luxemburgo, como se puede apreciar en la sentencia de la Corte de Casación Francesa de marzo de 1994, donde se trata de lo relativo a acciones que son transmitidas a nuevos accionistas, quienes al recibir las acciones contraen la obligación de acudir a arbitraje en caso de controversias, por acuerdos previos.

B.ii. Navegante.

14. En relación a Navegante, el 12 de agosto de 2017, derivado de una adjudicación judicial, recibe el 30% de acciones que ostentaba Isla Bonita sobre 40 Grados, por lo que de forma análoga, le aplica la argumentación realizada para traer al arbitraje a Isla Bonita, ya que al momento en que el Juez le hace entrega de las referidas acciones, se las hace entrega con las obligaciones que les eran inherentes, pudiendo en ese momento no aceptarlas Navegante, si consideraba que no le convenía a sus intereses, ya que al momento de aceptar la adjudicación también acepto la obligación de acudir a arbitraje al momento de surgir alguna controversia relacionada con tales acciones de 40 Grados, además navegante por el principio de la buena fe, no puede negarse a participar del arbitraje, que lejos de perjudicarlo, el hecho de participar del mismo viene a garantizarle, la defensa de los derechos que estime conveniente hacer valer, ya que con la resolución del Tribunal Arbitral, las acciones que actualmente ostenta sobre 40 Grados, son las directamente afectadas, ya que son parte directa de las pretensiones que se resolverán en el fondo de la controversia que está conociendo el distinguido panel arbitral.

B.iii. Conclusión sobre la competencia del Tribunal sobre los no signatarios de la Cláusula de Arbitraje, contenida en el SPA.

15. Motivos por los cuales en el presente caso concreto, debe observarse e interpretarse que los terceros (Isla Bonita y Navegante), si pueden y deben considerarse partes demandadas, para que tengan la oportunidad de ejercer su derecho de Defensa, se les garantice su derecho de tutela judicial efectiva, se les brinde la oportunidad contradecir las pretensiones de esta parte (Actor), ya que una norma ordinaria, como lo es el código de Comercio de México, o una reglamentaria, como lo es el reglamento de Arbitraje de la ICC, deben aplicarse en estricta observancia y armonía, a la Constitución Política de Mexico y al Orden Público internacional, para así garantizar los derechos fundamentales de todas las partes involucradas en la presente controversia y como consecuencia se pueda alcanzar el fin último del presente proceso, que es la ejecución del Laudo que dicte el

panel arbitral al que me dirijo, Laudo que ha de surtir efectos tanto en Islas Caiman, como en Panamá.

16. A manera de ilustración se hace del conocimiento del tribunal, que existe doctrina y legislación a nivel internacional que sustentan la postura de esta representación en cuanto a que es posible que se incorporen terceros a procesos arbitrales, encontrando dentro de la legislación el artículo 492 del código de Procedimiento Civil, del Estado de Ecuador, que regula y aborda el principio básico de la institución de la tercería, el artículo 75 de la Constitución del Ecuador, relativo al derecho a la tutela judicial efectiva, dentro de la doctrina se encuentra la obra: “El Arbitraje, La Justicia alternativa”, 2ª. Edición, del año 2,007, del Dr. Ernesto Salcedo Verduga, quien concluye en relación al tema: “...pese a la existencia de corrientes doctrinarias opuestas a la intervención de los terceros, éstos pueden intervenir y ser oídos en el proceso arbitral...”, en el mismo sentido se han pronunciado los doctrinarios peruanos, Doctores: Carlos Alberto Mateus López y José Herrera Robles, el colombiano, Dr. Martín Agudelo Ramírez, y el Dr César Rojas.²³

17. Aunado a lo ya argumentado, es importante hacer énfasis en que dentro del contrato de SPA, celebrado entre Los Hermanos Benítez y Fondo Capital, al final del último párrafo, de la cláusula “A”, se establece textualmente: “Las obligaciones bajo este contrato subsisten en caso de cualquier transmisión de acciones.”, razón por la cual, en el caso específico de Isla Bonita, que es una parte relacionada a los Hermanos Benítez, al ser accionistas mayoritarios, al aceptar las acciones, tenían indudablemente conocimiento, sobre la obligación de acudir a arbitraje, ante el eventual surgimiento de un conflicto relacionado a tal adquisición, por lo que como lo establece la doctrina de los actos propios, no es posible ni admisible, que pretenda desconocer la obligación adquirida, al aceptar las acciones de 40 grados, que le transmitieron los hermanos Benítez. Como también es *nulo ipso iure*, que Navegante pretenda que sea válida la transmisión de las acciones de 40 grados que adquirió a través de la adjudicación judicial, pero no las obligaciones que le están emparejadas, como lo es la obligación de someter cualquier controversia relacionada a este proceso arbitral, ya que al adquirir una cosa, en este caso una cosa mercantil (las acciones de 40 grados) al momento de aceptar los derechos también se adquieren las obligaciones, que conlleve aparejadas, lo cual es un principio general del Derecho, que no puede ser desconocido.

18. Por lo que una vez analizados los argumentos vertidos anteriormente, el distinguido Tribunal al que me dirijo, deberá declarar que es competente para entrar a conocer y resolver sobre

²³ Comparecencia de Terceros en un Proceso arbitral, Larrea A. Ana María.

el fondo de la controversia que le es sometida a su jurisdicción, en relación a todas las partes, entendiéndose como tales, por lo ya argumentado: Los hermanos Benitez, Isla Bonita, Navegante y Fondo Capital, toda vez que es competente por *ratione personae*.

19. En síntesis, el panel al que me dirijo, es competente para conocer y resolver la demanda presentada contra: Los hermanos Benitez, Isla Bonita y Navegante, por lo que así debe declararlo.

SOBRE LA MEDIDA CAUTELAR DICTADA POR EL ARBITRO DE EMERGENCIA

20. Que el 10 de abril de 2018, por parte del árbitro de emergencia, con fundamento en el artículo 29 apendice V del Reglamento, se ordenó una medida cautelar, consistente en el embargo de los bienes de Isla Bonita, hasta que constituya una garantía en favor de fondo capital, por un monto de ciento doce millones doscientos mil dólares, lo cual es apegado a derecho, por estar regulado el caso concreto, en el numeral 5 del referido artículo.

21. Tomando en consideración que los árbitros de emergencia, vienen a garantizar que se mantenga el principio fundamental del arbitraje de la celeridad, ello sin dejar de lado todas las formalidades que observaría para otorgar una medida cautelar, un Órgano Jurisdiccional, o un Tribunal Arbitral, como lo son por ejemplo, “*existencia de jurisdicción, apariencia de buen derecho sobre el fondo, daño sustancial o riesgo del mismo, urgencia y proporcionalidad*”²⁴

22. Es en virtud que al momento en que el árbitro de emergencia dicto la referida medida cautelar, a favor de Fondo Capital, lo hizo ante la posibilidad real que de no hacerlo podría sufrir daños irreparables Fondo Capital y además no se vulnera en ningún momento el patrimonio de Isla Bonita, ya que existen diversas formas de garantizar la cantidad de dinero otorgada en la medida cautelar, sin que ello afecte el buen desarrollo de sus actividades comerciales, ya que es únicamente en garantía pues el fondo del asunto, aun no se determina.

23. Por lo que atenta y respetuosamente se solicita al panel arbitral, que en el ejercicio de sus atribuciones, confirme sin ninguna modificación la medida cautelar decretada en contra de Isla Bonita por parte del Árbitro de Emergencia.

SEGUNDA PARTE: ASUNTOS SUSTANTIVOS.

I. DERECHO DE ARRASTRE PACTADO EN EL SPA.

²⁴ Pagina 117, ¿QUÉ TAN URGENTE DEBE SER UA EMERGENCIA? –LOS ESTÁNDARES NECESARIOS PARA EMITIR MEDIDAS DE URGENCIA POR UN ÁRBITRO DE EMERGENCIA.
Edgardo Muñoz.

24. El Derecho de Arrastre o Drag Along confiere a determinados accionistas el derecho a que, en caso de que el Fondo reciba una oferta de un tercero para que dicho tercero compre una parte o la totalidad de su participación accionaria en una sociedad promovida, obliguen al resto de los accionistas a vender, en los mismos términos y circunstancias que el Fondo, el mismo número de sus acciones.

25. El mecanismo descrito, es una obligación contractual entre los accionistas y suelen formalizarse mediante cláusulas incluidas en los estatutos, convenios suscritos, contratos modificatorios, o bien, en el protocolo de accionistas.

26. En el presente caso el pacto de Drag Along fue incluido en las cláusulas “A”²⁵ y “B”²⁶, el cual establece lo siguiente “Cláusula A (...)El Derecho de Arrastre podrá ejercitarse por Fondo Capital (...)Las obligaciones bajo este contrato subsistirán en caso de cualquier transmisión de acciones.(...)”; “Cláusula B (...)Ejercitado el Derecho de Arrastre(...)A efectos de que los restantes accionistas puedan cumplir con la obligación de venta, recibida la oferta de un tercero, Fondo Capital deberá comunicar por escrito dicha circunstancia a los restantes accionistas(...); Debemos analizar el cumplimiento de lo estipulado en el contrato de “SPA” suscrito entre las partes, fondo capital ejerce el derecho de arrastre en la manera establecida en el contrato de “SPA” por lo que el derecho de arrastre esta ejercitado y se debe tomar como una acción de buena fe por parte de Fondo Capital solamente con el interés de cumplir con su obligación contractual.

27. La cláusula “A” del contrato de “SPA” hace referencia a las obligaciones y su subsistencia en cualquier transmisión por lo que en concordancia con la interpretación de los contratos y cuyas cláusulas no deben ser interpretadas de manera aislada si no en su conjunto para la observancia de lo dispuesto entre las partes la cláusula “B” hace referencia a los restantes accionistas no limitándose a los Hermanos Benítez sino a todo poseedor de acciones de 40 Grados los cuales están obligados por el Contrato de “SPA”.

28. Es preciso recordar que las Acciones llevan incorporado un derecho pero así una obligación al momento de la suscripción del “SPA” todos aquellos poseedores de acciones de 40 Grados llevan incorporado el derecho de arrastre y por lo tanto la obligación de cumplirlo es menester mencionar el caso “MANCHA DE CRIPTANA SL vrs D. DAMASO”²⁷ donde la sala de apelaciones de Madrid España Obligo a Mancha De Criptana al cumplimiento del derecho de arrastre pactado con

²⁵ Pag. 5 Caso Hipotetico.

²⁶ Pag. 6 Caso Hipotetico.

²⁷ Roj: SAP M 16788/2017 - ECLI: ES:APM:2017:16788

D. Dámaso así como al pago de daños y perjuicios por el tiempo que no se cumplió con esta obligación.

29. Ejercitado el derecho de arrastre, los restantes socios vendrán obligados a la venta de sus participaciones al tercero, en los términos indicados.

A). QUE SE DECLARE NULA LA TRANSMISION DE ACCIONES QUE HICIERON LOS HERMANO BENITEZ HACIA ISLA BONITA POR AC-TUAR CON DOLO Y DE MALA FE.

30. Concepto de Mala fe publicado por Víctor Manuel Alfaro Jiménez, de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM): Actitud dolosa con el fin de perjudicar a un tercero o de causar un daño.

31. Ya que la mala fe es la acción intencionada de las personas de actuar negativamente obteniendo provechos o beneficios de manera deshonesto o ilícita, como se demuestra en la página seis del marco factico numeral catorce en los “Hechos de la Controversia”, que el quince de julio de dos mil quince se transmitieron la totalidad de las acciones de los Hermanos Benítez a Isla Bonita.

32. La segunda parte del artículo 1815 Código Civil para el Distrito Federal define a la mala fe como la “disimulación del error de uno de los contratantes, una vez conocido”. Es pues una actitud pasiva de una de las partes en el acto jurídico frente al error en que se encuentra la otra, ya que habiéndolo advertido lo disimula y se aprovecha de él. Así pues, aunque exista la creencia muy difundida de que la mala fe es un vicio del consentimiento, en realidad el vicio es el error en que se encuentra una de las partes, es una conducta contraria a la buena fe que debe existir en todo acto jurídico; esta conducta simple implica siempre premeditación y propósito de no desengañar a fin de obtener mayores beneficios en el acto jurídico, de ahí que sea sancionada por el legislador.

33. Por ende se le obligue a los Hermanos Benítez al pago de los gastos y costas del procedimiento arbitral, incluyendo al árbitro de emergencia según el artículo 1454 del código de comercio.

B). COMO LA ADQUISICION DE ISLA BONITA SE OBTUVO DE MALA FE HAY FRAUDE HACIA EL ACREEDOR.

34. Concepto de Fraude a la Ley que proporciona el Diccionario Jurídico Mexicano (1994), de la Suprema Corte de Justicia de la Nación: (escrito por Carlos Arellano García) De manera magistralmente sintética, en el Digesto de Justiniano aparece ex-presado el pensamiento de Paulus

(ad legem Cinciam) sobre el fraude a la ley. “Obra contra la ley el que hace lo que la ley prohíbe; en fraude de ella el que, respetando las palabras de la ley, elude su sentido”.

35. En concepto de Adolfo Miaja de la Muela, fraude a la ley consiste en la realización de uno o varios actos lícitos, para la consecución de un resultado antijurídico. Constituye un medio de vulnerar las leyes imperativas. Para José Ramón de Orué y Arre-gui.

36. En consecuencia se declare a Isla Bonita como obligada solidaria de los Hermanos Benítez en su responsabilidad por daños y perjuicios, daño moral y además responsabilidad legal.

37. La reparación del daño tiende primordialmente a colocar a la persona lesionada en la situación que disfrutaba antes de que se produjera el hecho lesivo. Por lo tanto, la norma jurídica ordena que aquella situación que fue perturbada, sea restablecida mediante la restitución si el daño se produjo por sustracción o despojo de un bien o por medio de la reparación de la cosa si ha sido destruida o ha desaparecido.

38. El primer párrafo del artículo 1915 del Código Civil para el Distrito Federal dispone: “La reparación del daño debe consistir a elección del ofendido en el restablecimiento de la situación anterior, cuando ello sea posible, o en el pago de daños y perjuicios”.

39. En relación con la doctrina de levantamiento del velo corporativo, CAIVANO ha recopilado los criterios considerados por los tribunales Estadounidenses para solicitar el levantamiento del velo: •“La existencia de un fraude o el completo dominio o autoridad de la sociedad controlante, que lleve a confusión a los terceros.”²⁸

C. AL SER NULA LA ADJUDICACION QUE LE HICIERON LOS HERMANOS BENITEZ SOBRE SUS ACCIONES A ISLA BONITA, ES NULA LA MISMA QUE SE LE HICIERA A NAVEGANTE.

40. Anteriormente al haberse comprobado que la adjudicación que obtuvo Isla Bonita del treinta por ciento de las acciones 40 Grados fueron de mala fe y por ende debe de tomarse como nula esa adjudicación, en consecuencia la adjudicación que obtuvo Navegante sobre las acciones de Isla Bonita deberá de tomarse como nula.

41. La denominada Teoría de los Actos Propios es un derivado del principio general de buena fe. En palabras de ALSINA: “quien mediante conducta, positiva o negativa, infunde o crea en otra persona, la confianza fundada de que aquél mantendrá su comportamiento en lo sucesivo, deberá,

²⁸ CAIVANO, Op. Cit, p. 125.

sí, mantenerlo efectivamente, aunque en su fuero interno hubiere abrigado otro propósito en realidad”²⁹.

42. Esta situación normalmente se presenta cuando alguna de las partes se benefició de un contrato que establecía una cláusula arbitral (contrato del cual no formaba parte) y que en el momento en el que por alguna circunstancia se le intentó hacer extensivo dicho acuerdo arbitral, intentó eludir el compromiso alegando que no formaba parte del mismo.³⁰

43. De esta manera Navegante está obligado solidariamente a pagar la cantidad de diez millones de dólares que la parte demandante cubrió con la finalidad de cumplir con sus obligaciones contractuales en el MOU con Drinks ya que Navegante se rehusó a vender su porción accionaria.

44. Es menester mencionar la Teoría sobre los Grupos de Sociedades; la teoría parte del presupuesto lógico de que la sociedad o las sociedades a las que se pretende hacer extensiva la cláusula arbitral, forman parte de un grupo de sociedades al momento en el que se concluyó el contrato, aunque posteriormente, cuando se entabla el litigio, hayan dejado de serlo. Adicional a este elemento, suele ser de gran trascendencia que dicho grupo de sociedades guarde una estricta vinculación y actúe de forma estrecha.

45. Esta doctrina ha sido seguida en distintos casos de la C.C.I, al respecto se pueden citar los casos C.C.I números 4972, 5721, 5730 y 5103 en los que los tribunales arbitrales determinaron bajo distintos supuestos, que la cláusula compromisoria firmada por la casa matriz debía ser extensiva a sus subsidiarias, o viceversa.³¹

46. En este mismo sentido la C.C.I en el caso No. 3879 del año 1984, aplicó la teoría del levantamiento del velo corporativo para vincular a determinadas sociedades que no eran signatarias del convenio arbitral, fundamentando su decisión principalmente en lo siguiente: “La equidad en concordancia con los principios de Derecho internacional, permite que pueda alzarse el velo corporativo, a efectos de proteger a terceros de un abuso que pudiera causarse en detrimento suyo”³².

²⁹ ALSINA ATIENZA, Dalmiro: El sometimiento voluntario a un régimen jurídico y la impugnación de inconstitucionalidad. El Derecho. Pág. 819

³⁰ AGUILAR GRIEDER, Hilda: Arbitraje comercial internacional y grupos de sociedades, Op. Cit., pág. 26.

³¹ Ídem, p. 125.

³² Citado por CORREA DELCASSO. Op. Cit. p. 56.

47. Como se ha demostrado Navegante esta solidariamente comprometido a resarcir los daños ocasionados por el dolo y la mala fe, así mismo de pagar daños y perjuicios además de las costas judiciales.

II. LAS PARTES DEL SPA PACTARON UNA CLAUSULA PRO-SANDBAGGING.

A). PRO-SANDBAGGING

48. Garantía o pacto del vendedor, a pesar de cualquier conocimiento o conocimiento que el comprador pueda haber obtenido. En un acuerdo de adquisición puede aparecer una disposición pro-sandbagging de la siguiente manera:

49. " Los derechos del Comprador a la indemnización o cualquier otro recurso en virtud del presente Acuerdo no se verán afectados ni limitados por ningún conocimiento que el Comprador pueda haber adquirido, o podría haber adquirido, ya sea antes o después de la fecha de cierre, ni por ninguna investigación o diligencia. Por el presente, el Vendedor reconoce que, independientemente de cualquier investigación realizada (o no realizada) por o en nombre del Comprador, e independientemente de los resultados de dicha investigación, el Comprador ha realizado esta transacción en una confianza expresa en el Representación y garantías del vendedor hechas en este acuerdo. "

50. La negociación de cláusulas pro-sandbagging, que permiten al comprador obtener la promesa del vendedor en cuanto a la veracidad de ciertos hechos, independiente-mente de si llegare a conocer por sus propios medios o por un tercero la falta de veracidad o imprecisión de dichos hechos, obedece al principio de libertad contractual y no debería vulnerar regla imperativa alguna. Así mismo, cuando el comprador tiene conocimiento previo de la falta de veracidad de los hechos y de mala fe negocia esta cláusula, contraría el principio de la buena fe precontractual y dicha cláusula debe ser considerada nula (Corporación Financiera Colombiana S. A. vs. Invercolsa S. A. y otros [Corficolombiana], 2005).

51. Los derechos del Comprador a ser indemnizado o a toda reparación establecida en el presente Contrato no se verán limitados o afectados por cualquier conocimiento que el comprador pueda adquirir o haya adquirido previamente o posteriormente a la fecha de cierre ni por cualquier investigación o proceso de Debida Diligencia efectuado por el Comprador. El vendedor acepta que, independientemente de toda investigación realizada por o en beneficio del Comprador e independientemente de los resultados que surjan de la investigación, el Comprador ha completado

esta transacción por la expresa confianza en las declaraciones y garantías hechas por el Vendedor en este Contrato.

52. Las Cortes de los EUA han determinado que estas cláusulas surgen de la libertad contractual y son perfectamente válidas, a tal punto que la mayoría de ellas aplican en caso de silencio una interpretación pro-sandbagging a favor del comprador (Whitehead, 2011).

53. Uno de los primeros casos citados, precedente de las decisiones tomadas en el circuito de Nueva York sobre estos temas, es Ainger v. Michigan General Corp. fallado en 1979. En este caso la Corte adoptó la teoría contractual, al decidir que al tratarse de una garantía era irrelevante el conocimiento previo del comprador del hecho garantizado, pues la garantía hace parte del contrato y el derecho a recibir compensación por los daños surge de esta (Ainger, 1979; Glacier General Assurance Co. v. Casualty Indemnity Exchange, 1977). Según la Corte, si el hecho garantizado resulta incierto surge la obligación de indemnizar al prometido.

B.) EL ALCANCE DEL PRO-SANDBAGGING

54. Como se ha demostrado en la doctrina y jurisprudencia, las partes del presente proceso arbitral establecieron la cláusula de pro-sandbagging por lo cual el alcance de dichas cláusulas pro-sandbagging son válidas y eximen al comprador de los deberes de informar, de informarse y de actuar con diligencia en el proceso de due diligence o de investigación de la empresa o activos a adquirir.

55. Sin embargo, debemos resaltar que a diferencia del sistema jurídico anglosajón, el comportamiento de las partes durante toda la relación contractual (incluyendo las primeras negociaciones o aún hechos anteriores que tengan relevancia) es tenido en cuenta a la hora de fallar una disputa.

PETITORIO

Con base en la relación de hechos, derecho invocado y argumentos expuestos, Fondo Capital respetuosamente solicita a este Tribunal Arbitral que declare lo siguiente:

PROCESAL:

a. Se declare que el Tribunal Arbitral tiene competencia por *ratione personae*, sobre todas las partes, siendo ellas: FONDO CAPITAL, MARÍA BENÍTEZ, PEDRO BENÍTEZ, ISLA BONITA Y NAVEGANTE, para resolver la controversia sometida a su conocimiento;

b. Se declare que se debe mantener la medida cautelar sobre Isla Bonita en los términos dictados por el Arbitro de Emergencia.

SUSTANTIVO O DE FONDO:

- a.** Que la ley aplicable al fondo de la controversia está conformada por la legislación mexicana y el reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI) vigente.
- b.** Que se declare nula la transmisión de acciones que hicieron los hermanos Benítez hacia isla bonita por actuar con dolo y de mala fe.
- c.** Se condene al pago de las costas del procedimiento arbitral a los Hermanos Benítez.
- d.** Como la adquisición de isla bonita se obtuvo de mala fe, se declare el fraude que le hicieron al acreedor.
- e.** Se declare a Isla Bonita como obligada solidaria de los Hermanos Benítez en su responsabilidad por daños y perjuicios, daño moral y además responsabilidad legal.
- f.** Al declararse nula la transmisión de acciones hacia Isla Bonita, se declare nula de la misma a Navegante.
- g.** Se condene a Navegante como obligado solidario por el monto que el de-mandante cubrió por las obligaciones contractuales que tenía con Drinks.
- h.** Que se declare válida la cláusula Pro-Sandbagging.

BIBLIOGRAFÍA Y FUENTES CONSULTADAS:

EL CONVENIO ARBITRAL: STATU QUO

THE ARBITRATION AGREEMENT: STATU QUO

Miguel Gómez Jene

Catedrático de Derecho Internacional Privado

UNED

orcid ID: 0000-0002-4916-5119

Recibido: 31.08.2017 / Aceptado: 11.09.2017

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2017.3862>.

DE NECIOS Y CONVENCIDOS:

EL DEBATE SOBRE LA POSTURA MEXICANA

SOBRE QUIÉN DECIDE ACERCA DE LA VALIDEZ

DEL ACUERDO ARBITRAL

Francisco González de Cossío.

INTERNATIONAL COUNCIL

FOR COMMERCIAL ARBITRATION

GUÍA DEL ICCA

PARA LA INTERPRETACIÓN DE

LA CONVENCIÓN DE NUEVA YORK DE 1958

UN MANUAL PARA JUECES

Con la asistencia de la

Corte Permanente de Arbitraje

Palacio de Paz, La Haya.

Publicado por el International Council for Commercial Arbitration

[Consejo Internacional para el Arbitraje Comercial]

<www.arbitration-icca.org>

978-90-817251-6-3.

EL QUE TOMA EL BOTÍN, TOMA LA CARGA: LA SOLUCIÓN A PROBLEMAS
RELACIONADOS CON TERCEROS EN ACTOS JURÍDICOS QUE CONTIENEN UN
ACUERDO ARBITRAL E INVOLUCRAN A TERCERO.

Francisco González de Cossío.

¿Y QUIENES ESTAN INVITADOS A LA FIESTA?

Alfredo Bullard g.

ARBITRAJE Y GRUPOS DE SOCIEDADES. EXTENSIÓN DE LOS EFECTOS DE UN ACUERDO ARBITRAL A QUIEN NO HA SIDO SIGNATARIO.

Roque J. Caivano.

LA INTERVENCIÓN DE TERCEROS EN EL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL.

Hilda Aguilar Grieder.

LA INTERVENCIÓN DE TERCEROS EN EL ARBITRAJE.

Jorge A Rojas.

Revista Latinoamericana de Derecho.

Año III, núm. 6, julio – diciembre de 2006.

CIRCULACIÓN DE LA CLÁUSULA ARBITRAL INTERNACIONAL: CASO FRANCES Y SUIZO.

Laure Burrus.

LA ATRACCIÓN DE LOS NO FIRMANTES DE LA CLÁUSULA COMPROMISORIA EN LOS PROCEDIMIENTOS ARBITRALES.

James A Graham.

COMPARECENCIA DE TERCEROS EN UN PROCESO ARBITRAL.

Ana Marpia Larrea A.

LA INTERVENCIÓN DE TERCEROS EN EL ARBITRAJE UN DESAFIO AL PARADIGMA.

Wanda Perdomo Ramírez.

EL ÁRBITRO DE EMERGENCIA EN EL NUEVO REGLAMENTO DE ARBITRAJE DE LA CCI.

Fernando estavillo Castro.

EL NUEVO REGLAMENTO DE ARBITRAJE DE LA CÁMARA INTERNACIONAL DE COMERCIO CCI

Oscar Cruz Barney.

¿QUÉ TAN URGENTE DEBE SER UA EMERGENCIA? –LOS ESTÁNDARES NECESARIOS PARA EMITIR MEDIDAS DE URGENCIA POR UN ÁRBITRO DE EMERGENCIA.

Edgardo Muñoz.

ICC Mexico Pauta, Boletín Informativo del Capitulo Mexicano de la Cámara Intenacional de Comercio A.C.

Medios Alternativos de Solución de Controversias.

Número 75, de agosto de 2015.

DECLARACIÓN DE LOS MIEMBROS DEL EQUIPO:

Por medio de la presente, declaramos que este Escrito ha sido redactado exclusiva e integralmente por los estudiantes miembros del equipo de la universidad identificada por los Organizadores con el número 14, en los términos previstos en las Reglas de la competencia.

