

UP-ICC MEXICO MOOT
COMPETENCIA INTERUNIVERSITARIA DE ARBITRAJE
COMERCIAL Y DE INVERSIÓN

ESCRITO DE DEMANDA

CAPITAL
PRIVADO FONDO
DE INVERSIÓN,
S.A.P.I DE C.V.

VS.

ISLA BONITA ELP
PEDRO BENÍTEZ
MARÍA BENÍTEZ
NAVEGANTE,
S.A.

Equipo 16

INDICE

Índice de abreviaturas.....	III
Índice de doctrina	V
Índice de Casos.	VII
Punto Litigioso I. El Tribunal Arbitral tiene competencia (ratione personae) para conocer las reclamaciones interpuestas por Fondo Capital en contra de Isla Bonita y Navegante.	1
I. SPA es un Convenio entre Accionistas.....	1
II. Isla Bonita y Navegante son causahabientes de los Hermanos Benítez.....	1
III. Transmisión de la Cláusula Arbitral.....	2
IV. Tribunales Mexicanos han determinado que la cláusula arbitral es transmisible por causahabencia.	3
V. Doctrina Internacional a favor de la transmisión del acuerdo arbitral.	4
VI. Conclusión.	4
Punto Litigioso II. El Tribunal Arbitral debe mantener la medida provisional emitida por el árbitro de emergencia en contra de Isla Bonita.....	4
I. Apariencia del buen derecho.....	4
II. Existe riesgo de que el solicitante sufra un daño irreparable.	4
III. Existe urgencia en el dictado de la medida cautelar.	5
IV. La medida dictada es proporcional.	5
Punto Litigioso III. Las Demandadas tienen obligación de vender las acciones correspondientes por el ejercicio del Derecho de Arrastre pactado en el SPA.....	6
I. Motivo determinante de la voluntad.	6
II. Nadie puede beneficiarse de su propio dolo.....	7
III. Navegante está obligada a enajenar sus acciones de 40 Grados en caso de que Fondo de Capital ejerza su Derecho de Arrastre:.....	7
Punto Litigioso IV. Fondo Capital tiene derecho a exigir cierta indemnización por daños y perjuicios causados por la falsedad o imprecisión de las declaraciones hechas por los Hermanos Benítez.	8
I. Las partes pactaron una cláusula <i>pro-sandbagging</i>.....	8
II. Fondo Capital tiene derecho de responsabilizar a las Demandadas por cualquier incumplimiento en las declaraciones y garantías.	9
III. Independientemente del grado de conciencia o conocimiento del estado de la empresa adquirida, Fondo Capital tiene derecho a una indemnización.	11
IV. Objeto de la <i>due dilligence</i>.	12
V. Ad Cautelam: de la declaración C no deriva ni una cláusula <i>pro-sandbagging</i>, ni <i>anti-sandbagging</i>.....	12

Índice de abreviaturas.

Se entenderá por:

40 Grados:	40 Grados, S.A.
Arbitro de Emergencia:	Adolfo Pérez, designado como árbitro de emergencia el 22 de marzo de 2018.
CCF:	Código Civil Federal.
CCI / ICC:	Cámara de Comercio Internacional
Contingencias:	(i) sentencia de fecha 30 de diciembre de 2014, multa a 40 Grados en materia ambiental y (ii) notificación de la Dirección General de Ingresos de Panamá, incumplimiento a obligaciones fiscales.
Demandadas:	(i) María Benítez y Pedro Benítez, (ii) Isla Bonita ELP y (iii) Navegante, S.A.
Demandante:	Capital Privado Fondo de Inversión, S.A.P.I. de C.V.
Derecho de Arrastre:	El supuesto en el que los Hermanos Benítez están obligados a transmitir sus acciones en la medida en que sea necesario a un tercero interesado en el caso de que Fondo Capital acepte una oferta de compra de sus acciones y ésta se encuentre sujeta a la compra de un número de participaciones o acciones superiores a las que posee Fondo Capital.
Drinks:	Drinks LLC
Empleadora Panameña:	Empleadora Panameña, S.A.
Fecha de Cierre:	12 de mayo de 2015
Fondo Capital:	Capital Privado Fondo de Inversión, S.A.P.I. de C.V.
Hermanos Benítez:	María Benítez y Pedro Benítez
Isla Bonita:	Isla Bonita ELP

LGSM:	Ley general de Sociedades Mercantiles.
LGTYOC:	Ley general de títulos y operaciones de crédito.
Milenario:	Milenario, S.A. de C.V
MOU:	Memorándum de Entendimiento firmado entre Fondo Capital y Drinks
Navegante:	Navegante, S.A.
Reglamento:	Reglamento de Arbitraje de la ICC 2017
SCJN:	Suprema Corte de Justicia de la Nación.
Secretaría:	Secretaría de la Corte Internacional de Arbitraje.
SPA:	Contrato de Compra y Venta de Acciones (<i>Share Purchase Agreement</i>)
Tribunal Arbitral/Tribunal:	Dra. Elizabeth Prados, Licenciada Bolaños y la Profesora Cuevas.

Índice de doctrina

- Avery, Daniel. Trends in M & A Provisions: “Sandbagging” and “AntiSandbagging” Provisions. Goulston & Storrs, P. C., y Daniel H. Weintraub, Audax Group. (En línea). 2011
- Clay, Thomas. La extensión de la cláusula compromisoria a las partes no signatarias (fuera de los grupos de contratos y grupos de sociedades). Revista de la Corte Española de Arbitraje. 2006. p. 13-22.
- Conejeros, Christian & Irra, Rene. La extensión del acuerdo arbitral a partes no signatarias en la ley de arbitraje peruana: algunas lecciones del derecho comparado, Lima Arbitration, No. 5. 2012/2013.
- García Miró, Mario La Due Diligence Legal y sus efectos en la compraventa de empresas, Universidad de Barcelona -2015
- González, Francisco. Terceros y arbitraje. El que toma el botín, toma la carga, Lima Arbitration, No. 5. 2012/2013.
- Hallet Charro, Rosana. Due Diligence. En: Fusiones y adquisiciones de empresas. ÁLVAREZ ARJONA José María y CARRASCO PERERA, Ángel, (coords.), Pamplona, Aranzadi, 2010, p. 139.
- Muñoz, Edgardo. ¿Qué tan urgente debe ser una emergencia?- Los estándares necesarios para emitir medidas de urgencia por un Árbitro de Emergencia, Revista Pauta No. 75. 2015.
- Quezada Fuentes, Ricardo La responsabilidad del vendedor por infracción a las declaraciones y garantías: resolución parcial, rebaja del precio e indemnización de perjuicios. Revista de Derecho, Escuela de Postgrado N°8, 2015.
- Schlueter, Maximilian. When does an arbitration agreement bind a non-signatory? Comment on a decision by the swiss bundesgericht from june 6 2016.

<https://blogs.law.nyu.edu/transnational/2017/02/when-does-an-arbitration-agreement-bind-a-non-signatory-comment-on-a-decision-by-the-swiss-bundesgericht-from-june-6-2016/>

Spilko, Howard.

KRAMER LEVIN NAFTAILS & FRANKEL, LLP. The Importance of Sandbagging Provisions from a Buyer's Perspective: What You Know May Harm You. (En línea), 2009. Consultado el 27/09/2018. Disponible en: www.kramerlevin.com. pp. 1-4.

Wolf, Daniel E.

Sandbagging in Delaware, Posted by Daniel E. Wolf, Kirkland & Ellis LLP, on Wednesday, June 20, 2018 <https://corpgov.law.harvard.edu/2018/06/20/sandbagging-in-delaware/>

Índice de Casos.

- a) Amparo en Revisión 442/2004, Tercer Tribunal Colegiado del Primer Circuito.
- b) Contradicción de Tesis 160/2013, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia
- c) EAGLE FORCE <https://courts.delaware.gov/Opinions/Download.aspx?id=273430>
HOLDINGS, LLC, §
and EF
INVESTMENTS, LLC,
v. STANLEY V.
CAMPBELL,
- d) CBS v. Ziff-Davis <https://law.justia.com/cases/new-york/court-of-appeals/1990/75-n-y-2d-496-0.html>
Publ. Co.

Punto Litigioso I. El Tribunal Arbitral tiene competencia (ratione personae) para conocer las reclamaciones interpuestas por Fondo Capital en contra de Isla Bonita y Navegante.

1. La Demandante sostiene que el Tribunal Arbitral es competente para conocer de las reclamaciones interpuestas en la presente demanda en contra de Isla Bonita y Navegante por las razones que se expondrán en el presente apartado.

I. SPA es un Convenio entre Accionistas.

2. A pesar de que el contrato firmado por Fondo Capital y los Hermanos Benítez se titula “Contrato de Compra y Venta de Acciones” (Caso, pág.4, p.5) lo cierto es que en dicho documento se celebran dos actos jurídicos; por un lado, una compra venta de acciones y por el otro, un convenio entre accionistas en términos del artículo 198 de la LGSM.

3. En la cláusula A del SPA las partes acordaron que todas las obligaciones del contrato subsistirán en caso de cualquier transmisión de acciones.

4. Por lo anterior, es procedente concluir que cualquier adquirente de las acciones de los Hermanos Benítez, será causahabiente de todos los derechos y obligaciones de dichas acciones.

II. Isla Bonita y Navegante son causahabientes de los Hermanos Benítez.

5. La Demandante sostiene que tanto Isla Bonita como Navegante son causahabientes a título particular de los Hermanos Benítez; por lo que independientemente de que no hayan otorgado su consentimiento de manera escrita en el contrato en el que se encuentra inscrito el acuerdo arbitral, es evidente que al volverse titulares de las acciones de los Hermanos Benítez, se volvieron causahabientes de los mismos, por lo que todas las obligaciones y derechos derivados del contrato les son vinculantes.

6. Lo anterior encuentra fundamento en los artículos 27 de la LGTYOC y 111 de la LGSM, que establecen que la transmisión de un título nominativo, como lo es la acción por cualquier medio

legal, subroga al adquirente en todos los derechos que el título confiere. Por otro lado, el artículo 2032 del CCF establece que la cesión de créditos comprende la de todos sus derechos accesorios.

7. En la jurisprudencia 1ª./J. 82/2013 la SCJN define a la causahabencia como “la sustitución de la persona de quien directamente emana el negocio jurídico, por otra que queda ligada por los efectos de dicho negocio como si personalmente hubiese intervenido en la formación de la relación jurídica que le dio origen. (...) el concepto de parte de un negocio jurídico se extiende a la persona que sustituye al causante, de manera que no se le puede tener como un tercero” (Contradicción de Tesis 160/2013).

8. En el presente caso, tanto Isla Bonita como Navegante, adquirieron las acciones cuya titularidad correspondía a los Hermanos Benítez; la primera mediante una transmisión voluntaria, y la segunda por una adjudicación judicial. No obstante, para los efectos del presente argumento es irrelevante el modo en que dichas personas hayan adquirido las acciones, pues los artículos recién citados establecen que independientemente del modo de transmisión de las acciones, el adquirente se subrogará en todos los derechos y obligaciones del transmitente.

9. En virtud de lo anterior, no queda lugar a dudas de que en el presente asunto se actualiza la figura de la causahabencia en primer lugar por Isla Bonita y posteriormente por Navegante, en consecuencia todos los derechos y obligaciones pactados en el SPA son vinculantes y por lo tanto exigibles tanto a Isla Bonita como a Navegante; incluyendo la obligación de someter cualquier controversia a arbitraje.

III. Transmisión de la Cláusula Arbitral.

10. La doctrina internacional ha señalado que uno de los mecanismos que permite la circulación de la cláusula arbitral es la transmisión de la misma. Se ha definido a la transmisión como “*la operación por medio de la cual una persona recibe unos derechos existentes y los cuales le son transmitidos en el estado en que se encuentran en ese momento*” (Clay, 2002).

11. Es decir, *“la cesión o transmisión apunta a situaciones en que la cláusula arbitral se transmite de una parte que originalmente ha firmado el contrato a otra que no lo ha hecho por haberlo previsto así la ley o el consentimiento de las partes, en virtud de los mecanismos tales como la cesión de los derechos o de contrato, la subrogación, entre otros.”* (Conejeros e Irra, 2012/2013).

12. En el caso que ahora nos ocupa, es evidente que hubo una transmisión del SPA y por lo tanto de la cláusula arbitral; en primer lugar por parte de Isla Bonita y posteriormente por Navegante, pues ambas recibieron todos los derechos de los Hermanos Benítez establecidos en el SPA, incluyendo el derecho a invocar la cláusula arbitral y la obligación de someter cualquier controversia derivada de dicho contrato a arbitraje.

IV. Tribunales Mexicanos han determinado que la cláusula arbitral es transmisible por causahabencia.

13. Al resolver el amparo en revisión 442/2004, un Tribunal Mexicano determinó que entre los supuestos en que puede verse envuelto en el ámbito del convenio arbitral quien no fue parte originaria del mismo se encuentra la cesión de derechos, que implica la sustitución de una de las partes en términos de los artículos 2029 y 2032 del Código Civil Federal; y que lo anterior puede implicar la transmisión de la cláusula compromisoria dado que el causahabiente a título particular no puede adquirir más de lo que tenía su causante ni quedar exento del compromiso arbitral en perjuicio del deudor.

14. Del criterio recién citado se puede concluir que un tercero no signatario del contrato en el que está pactado un acuerdo arbitral, puede ser sujeto a dicho acuerdo por ser causahabiente a título particular de alguna de las partes originales del mismo.

15. Por lo tanto cabe concluir que cuando existe causahabencia, el causahabiente se verá vinculado por el acuerdo arbitral, aun y cuando no se cumpla con el formalismo de que conste por escrito y firmado (González de Cossío, 2012).

V. Doctrina Internacional a favor de la transmisión del acuerdo arbitral.

16. A pesar de que el acuerdo arbitral se rige por los principios de autonomía y separabilidad, si las obligaciones y derechos transmitidos están sujetos a un acuerdo arbitral, dicho acuerdo de igual manera debe ser transmitido. Lo anterior, no es contradictorio con el principio de separabilidad, sino que demuestra que existe una conexión inherente entre el contrato principal y el acuerdo arbitral, que resulta en la inseparabilidad de la cláusula arbitral de las obligaciones a las que rige, cuando se transmiten dichas obligaciones (Maximilian Shlueter, 2016).

VI. Conclusión.

17. Como se ha demostrado, en el caso concreto, es inconcuso que las Demandadas son causahabientes de las obligaciones y derechos de los Hermanos Benítez pactadas en el SPA, incluida la obligación de someter cualquier controversia a arbitraje.

Punto litigioso II. El Tribunal Arbitral debe mantener la medida provisional emitida por el árbitro de emergencia en contra de Isla Bonita.

18. La medida cautelar emitida por el Árbitro de Emergencia consistente en que Isla Bonita constituya una garantía por un monto de \$112, 200,000.00 USD debe de ser confirmada por el Tribunal Arbitral; toda vez que en el presente se cumplen con todos los requisitos exigibles para dictar una medida, siendo estos: (i) la apariencia del buen derecho; (ii) la posibilidad de que se produzca un daño irreparable; (iii) la urgencia; y (iv) la proporcionalidad (Muñoz, 2015).

I. Apariencia del buen derecho.

19. El requisito de apariencia del buen derecho requiere una probabilidad razonable de que la demanda del solicitante prospere en el fondo (Muñoz, 2015) tal y como acontece en el presente caso, pues de los hechos plasmados y el derecho argumentando en el presente escrito, el Tribunal Arbitral debe considerar la plausibilidad de que la Demandante obtenga un laudo favorable.

II. Existe riesgo de que el solicitante sufra un daño irreparable.

20. Del reporte solicitado por Fondo Capital a un investigador privado (Caso Práctico, pág.11, p. 27) se aprecia que los activos de los demandados son muy inferiores al monto total en disputa del presente arbitraje, por lo que aun y cuando Fondo Capital prospere en su acción, existe un gran riesgo de que los demandados no puedan responder a la obligación impuesta en el laudo arbitral por la falta de activos para responder al mismo.

21. En virtud de lo anterior, el Tribunal Arbitral debe de mantener la medida cautelar dictada por el Árbitro de Emergencia, consistente en el otorgamiento de la garantía por Isla Bonita, pues de revocarla haría nugatorio el posible laudo que se pudiera llegar a dictar a favor de la Demandante.

III. Existe urgencia en el dictado de la medida cautelar.

22. Respecto al requisito de la urgencia en el dictado de la medida, se ha estimado que el peticionario deberá probar que no es razonable esperar una determinación en el laudo arbitral a la luz de la evidencia del riesgo a sufrir un daño irreparable; es decir, el estándar para determinar la urgencia de las medidas es uno de razonabilidad de tomar medidas rápidas para evitar o prevenir un daño futuro (Muñoz, 2015).

23. En el presente caso, el dictado de la medida cautelar es urgente toda vez que de no haberse dictado por el Árbitro de Emergencia o de revocarse por el Tribunal Arbitral, existe riesgo en que las demandas dilapiden su activos con la finalidad de evadir la posible responsabilidad que se les impute en el laudo final.

IV. La medida dictada es proporcional.

24. La proporcionalidad de la medida consiste en que el peticionario deberá demostrar que su interés en la medida supera la inconveniencia que pudiera ser causada a la otra parte (Muñoz, 2015).

25. El interés de la Demandante en que se conserve la medida dictada, consistente en la constitución de garantía por Isla Bonita, radica en que con la misma, se garantiza la posible

ejecución de un laudo arbitral a favor de Fondo Capital. Por otro lado, el inconveniente generado a Isla Bonita es mínimo, pues la constitución de garantía no implica un embargo o congelamiento de los activos de dicha empresa, y por lo tanto, le permite llevar a cabo todas sus actividades comerciales con normalidad.

Punto Litigioso III. Las Demandadas tienen obligación de vender las acciones correspondientes ante el ejercicio del Derecho de Arrastre pactado en el SPA.

I. Motivo determinante de la voluntad.

26. El motivo determinante de la voluntad de Fondo Capital para comprar a los Hermanos Benítez el 70% de las acciones de 40 Grados fue adquirir el control de la empresa para reestructurarla, aumentar su valor y venderla, de ese modo ambas partes obtendrían una utilidad por el aumento en el precio de las acciones (Caso, pág. 1, p. 2). Tanto así que las partes del SPA establecieron el Derecho de Arrastre en la cláusula A de dicho contrato.

27. Más aun, en la cláusula recién citada, las partes pactaron un plazo de 2 años para el ejercicio del Derecho de Arrastre, dicho plazo se calculó conforme a la percepción que se tenía del balance de la empresa al momento de la negociación del SPA, misma que se llevó a cabo conforme a las declaraciones hechas por los vendedores y a los resultados arrojados por el proceso de *due dilligence*.

28. No obstante, como consecuencia de las contingencias ambientales y fiscales descubiertas (Caso, pág. 8, p.19) el análisis de Fondo Capital sobre 40 Grados y su correspondiente plan de reestructura, resultaron completamente equivocados toda vez que se partió de una premisa falsa, consistente en el estado de la empresa que resulto no ser cierto. Consecuentemente, el plazo de dos años establecido por Fondo Capital para reestructurar 40 Grados y posteriormente vender sus acciones con el objetivo de obtener una utilidad, fue erróneamente calculado.

29. Luego entonces, el motivo determinante de la voluntad de la Demandante se vio frustrado, toda vez que Fondo Capital es una sociedad dedicada a la compra, reestructura y venta de

empresas (Caso, pág.1, p. 2). Aunado a lo anterior, lo declarado por los Hermanos Benítez resulta fundamental para establecer el plazo para el ejercicio del Derecho de Arrastre, puesto que las Declaraciones del SPA son la base para calcular el plazo de reestructura y a su vez, para establecer el plazo durante el cual el titular de las acciones se obligará al cumplimiento del Derecho de Arrastre.

30. En virtud de lo anterior, las declaraciones hechas por los Hermanos Benítez generaron en el comprador una falsa apreciación del estado en el cual se encontraba 40 Grados, y como consecuencia, al momento de la firma del SPA fue imposible para Fondo Capital realizar un cálculo adecuado del plazo necesario, lo que resultó en que el consentimiento del comprador se vio viciado por un error de hecho, que resultó en un error de cálculo de conformidad con la normatividad aplicable (CCF 1812 y 1813)(Borja Soriano, 2009). Por lo anterior, la Demandante solicita al Tribunal Arbitral rectifique y conceda un plazo razonable dentro del cual el titular de las acciones correspondientes, como lo es ahora Navegante, permanecerá obligado en términos del primer párrafo de la cláusula A contenida en el SPA.

II. Nadie puede beneficiarse de su propio dolo.

31. Los Hermanos Benítez celebraron el SPA con conocimiento de las Contingencias, toda vez que al momento de la firma, los juicios de los cuales derivan dichas sanciones estaban en proceso.

32. Por lo tanto los Hermanos Benítez, al no haber declarado las Contingencias indujeron al comprador a creer que dos años eran suficientes para la reestructura y venta de la empresa, por lo que de respetar el plazo pactado en el SPA, los Hermanos Benítez se verían beneficiados toda vez que hoy en día estarían liberados de cumplir con su obligación conforme al Derecho de Arrastre, lo cual atentaría contra el principio general del derecho “*nadie puede beneficiarse por su propio dolo*” (CCF 1812, 1815, 1816, 1817).

III. Navegante está obligada a enajenar sus acciones de 40 Grados en caso de que Fondo de Capital ejerza su Derecho de Arrastre:

33. Los Hermanos Benítez transmitieron las acciones de 40 Grados a Isla Bonita a sabiendas de que existía un juicio de deudas en su contra (Orden Procesal No. 2), y una vez dictada la sentencia, no obstante que Isla Bonita contaba con activos por USD \$30 millones (Caso, pág.11, p.27) omitieron pagar la deuda referida, permitiendo que por virtud de la sentencia se adjudicaran las acciones a un tercero, incumpliendo lo establecido en la cláusula A del SPA toda vez que no se notificó dicha adjudicación a Fondo Capital .

34. Como consecuencia de la extensión del plazo para el ejercicio del Derecho de Arrastre, la Demandante considera que Navegante está obligado a la enajenación de las acciones adquiridas mediante la sentencia de adjudicación mencionada en el caso práctico (Caso, pág.10, p.25), en los términos pactados en el SPA por las siguientes razones: (i) tal y como se mencionó en el apartado correspondiente al punto litigioso 1, Navegante es causahabiente de los Hermanos Benítez y está obligado al cumplimiento de lo pactado en el SPA; (ii) no se vería frustrado el objeto de la sentencia, pues esta tiene como finalidad la extinción de una obligación a favor de Navegante, quien al momento de la venta recibirá el valor justo de mercado por el 30% de sus acciones.

Punto litigioso IV. Fondo Capital tiene derecho a exigir cierta indemnización por daños y perjuicios causados por la falsedad o imprecisión de las declaraciones hechas por los Hermanos Benítez.

35. La Demandante estima que conforme al texto de las Declaraciones contenidas en el SPA , es evidente que en dicho contrato las partes estipularon establecer una cláusula *pro-sandbagging*, tal y como se demostrará en los apartados siguientes. En razón de lo anterior, al establecer dicha cláusula era clara la intención de los contratantes de dejar a salvo el derecho de Fondo Capital de responsabilizar a los demandados por cualquier falsedad y por lo tanto incumplimiento en las declaraciones y garantías, independientemente del grado de conciencia o conocimiento del estado de la empresa adquirida.

I. Las partes pactaron una cláusula *pro-sandbagging*.

36. En una compraventa de acciones, *sandbagging* refiere a la situación en la que un comprador, a pesar de tener conocimiento de la falsedad de una declaración o garantía emitida por el vendedor en algún momento antes del cierre de la operación, decide proceder con el cierre, para después buscar demandar la indemnización por parte del vendedor derivado de la falsedad o imprecisión de alguna declaración o garantía de la cual se tenía conocimiento (Wolf, 2018).

37. Dicha cláusula consiste en que el derecho a la indemnización no se verá afectado por el hecho de que las partes hubieran llevado a cabo un proceso de *due diligence* previo a la celebración del contrato o en la etapa entre la firma y el cierre (Hallet, 2010); así como tampoco se verá afectado por el conocimiento previo que las partes pudieron haber tenido respecto de la veracidad o falsedad de las declaraciones y garantías (Spilko, 2009).

38. Ahora bien, en el caso que nos ocupa, es claro que a pesar de que Fondo Capital haya reconocido, en la Declaración C del SPA, que realizó la *due diligence* y que estuvo satisfecha con su resultado, de ninguna manera implica una renuncia al derecho de reclamar una posible indemnización por el descubrimiento de contingencias con posterioridad la fecha de cierre.

39. Además, este tipo de cláusula se incluye a favor del comprador con el fin de protegerlo, pues hace responsable al vendedor por la violación de las declaraciones y garantías, independientemente de que el comprador haya hecho *due diligence* y sin importar si tiene algún conocimiento respecto de la veracidad o no de las declaraciones (Avery, 2011).

40. En el SPA, en las Declaraciones A y B, Los Hermanos Benítez realizaron diversas manifestaciones respecto a que 40 Grados se encontraba en cumplimiento de todas sus obligaciones en materia fiscal y ambiental, y que por lo tanto no existían contingencias de dicha naturaleza. Por lo tanto, es inconcuso que se requería una cláusula de protección para Fondo Capital para el caso de que se descubriera alguna contingencia contraria a dichas declaraciones, y poder reclamar a los Hermanos Benítez una indemnización por dicho incumplimiento.

II. Fondo Capital tiene derecho de responsabilizar a las Demandadas por cualquier incumplimiento de las declaraciones y garantías.

41. La cláusula es válida según la legislación mexicana en virtud del principio de la autonomía de la voluntad, imperante en la contratación entre particulares.

42. La Demandante sostiene que las partes pactaron una cláusula *pro-sandbagging*, toda vez que al no renunciar a su derecho de exigir cierta indemnización derivada del incumplimiento de las declaraciones y garantías, tal y como se requiere de conformidad con los artículos 6 y 7 del CCF, los derechos de Fondo Capital para reclamar daños y perjuicios quedan a salvo. En este mismo sentido se han pronunciado los tribunales en México señalando que como formalidad para que la renuncia de derechos privados surta efectos, ésta se debe efectuar en términos claros y precisos, de manera que no quede duda del derecho que se renuncia, por lo que dicha renuncia no puede derivar de una interpretación (Amparo en Revisión 442/2004).

43. Por otro lado, las declaraciones y garantías no tienen por objeto una prestación de dar, hacer o no hacer, sino que su naturaleza es la de una promesa de verdad y exactitud de lo declarado, por lo que el incumplimiento de dicha promesa da lugar a responsabilidad contractual (Quezada Fuentes, 2015).

44. La realización de una manifestación crea un riesgo directamente atribuible a la parte que la hace, pues es ésta la que sostiene la validez de esa afirmación. Por lo tanto, los Hermanos Benítez son responsables directamente de la validez de sus afirmaciones; específicamente las manifestadas en las Declaraciones A y B del SPA. Consecuentemente, al descubrirse que dichas afirmaciones resultaron ser falsas, los Hermanos Benítez deben responder de los daños y perjuicios causados.

45. En razón de lo anterior, Fondo Capital tiene derecho de reclamar una indemnización por los daños y perjuicios causados con motivo del incumplimiento de las declaraciones hechas por los Hermanos Benítez.

46. Para concluir, cabe reiterar que el principal remedio de Fondo Capital frente al incumplimiento de lo prometido por parte de los Hermanos Benítez es la acción de responsabilidad por daños y perjuicios.

III. Independientemente del grado de conciencia o conocimiento del estado de la empresa adquirida, Fondo Capital tiene derecho a una indemnización.

47. Más aun, es relevante mencionar que el saneamiento por vicios ocultos no se descarta por el sólo hecho de que el comprador haya llevado a cabo una *due diligence*, porque, tal y como se ha señalado por la doctrina, cuando el vendedor asegura o representa la existencia de cierto estado de cosas, garantiza su existencia y asume la correspondiente responsabilidad. Esta garantía y asunción no es un mero hecho, sino un deber. No importa nada el estado subjetivo del comprador y especialmente no importa que el comprador haya tenido medios y posibilidades de conocer la verdad (García Miró, 2015).

48. La doctrina ha determinado que el grado de conocimiento de la situación real de la empresa o falta del mismo, a pesar de la oportunidad de haberlo obtenido a través del procedimiento de *due diligence*, no es relevante toda vez que la realización de Manifestaciones y Garantías desplaza sobre el vendedor el riesgo de la correspondiente contingencia. En el balance entre el desconocimiento y la asunción expresa de la verdad de una afirmación, es preferible la posición del que ignora. En tales condiciones la existencia de una Manifestación y la Garantía de su veracidad absorbe las consecuencias negativas que para el comprador resultarían de no haber realizado una *due diligence* o de haberla realizado de modo incompleto o imperfecto (García Miró, 2015).

49. Los argumentos expuestos en los párrafos anteriores son aplicables al caso que nos ocupa, toda vez que Fondo Capital realizó un procedimiento de *due diligence* sobre 40 Grados, declarando que estaba satisfecha con los resultados de la misma, sin embargo, por las declaraciones y garantías manifestadas por los Hermanos Benítez, estos asumieron el riesgo y por lo tanto la responsabilidad de las contingencias encontradas con posterioridad a dichas

declaraciones, volviendo irrelevante el conocimiento sobre el estado de la empresa adquirido por medio de la *due diligence*.

50. Por lo tanto, cabe concluir que la cláusula estipulada en el SPA es una cláusula *pro-sandbagging*, pues a pesar de la *due diligence* realizada por Fondo Capital, ésta tiene el derecho de reclamar los daños y perjuicios causados con motivo de las contingencias descubiertas con posterioridad a la fecha de cierre.

IV. Objeto de la *due diligence*.

51. Si bien es cierto que de los argumentos expuestos con anterioridad se puede concluir que la cláusula pactada es de naturaleza *pro-sandbagging*, y por lo tanto la realización de la *due diligence* y los conocimientos adquiridos a través de la misma no importan una renuncia por parte de Fondo Capital a su derecho de reclamar una indemnización por daños y perjuicios causados por la falsedad de las declaraciones y garantías manifestadas por los Hermanos Benítez, resulta relevante resaltar lo siguiente respecto del objeto del procedimiento de *due diligence*: (i) la *due diligence* llevada a cabo por parte de Fondo Capital, se realizó únicamente para conocer el estado de 40 Grados en materia legal, financiera, operacional, laboral y fiscal, más no de sus subsidiarias (Orden Procesal No. 2); (ii) la *due diligence* llevada a cabo por Fondo Capital no exime la responsabilidad derivada de la falsedad de las declaraciones realizadas por 40 Grados, ya que las contingencias encontradas con posterioridad, probando la falsedad de las mismas, no fueron parte del objeto de la *due diligence* en discusión; (iii) la contingencia en materia fiscal es atribuible a Empleadora Panameña, empresa subsidiaria de 40 Grados, y que como se mencionó con anterioridad, no fue auditada; (iv) la contingencia de carácter ambiental, a pesar de ser propia de 40 Grados, no debió ser descubierta durante el proceso de *due diligence*, toda vez que las cuestiones en materia ambiental no se encuentran dentro de los ámbitos legal, financiero, operacional, laboral o fiscal.

V. Ad Cautelam: de la declaración C no deriva ni una cláusula *pro-sandbagging*, ni *anti-sandbagging*.

52. En el caso en el que el Tribunal llegare a considerar que la cláusula derivada de la declaración C contenida en el SPA no tiene una naturaleza *pro-sandbagging*, consideramos pertinente argumentar que de ninguna manera se puede considerar como *anti-sandbagging*, toda vez que es evidente que no se reúnen las características esenciales de una cláusula de dicha naturaleza, principalmente por el hecho de que significaría una renuncia de derechos, misma que deber ser manifestada expresamente y sin dejar lugar a dudas sobre el derecho renunciado. Conforme a lo anterior, se debe considerar a la declaración C como omisa respecto de la práctica de *sandbagging*, por lo tanto la reclamación de daños y perjuicios intentada por la Demandante se deberá regir por las leyes aplicables en la jurisdicción a la que pertenece, a saber, el Código Civil Federal.

53. Conforme a lo establecido en el CCF, aquel que estando obligado a prestar un hecho y dejare de prestarlo o no lo prestare conforme a lo convenido, será responsable de los daños y perjuicios causados por su incumplimiento (2104, CCF). De lo anterior, podemos concluir que los Hermanos Benítez son responsables por el incumplimiento de su obligación derivada de la promesa de verdad y exactitud de las declaraciones y garantías manifestadas en el SPA. En el mismo sentido, la responsabilidad procedente del dolo es exigible en todas las obligaciones. La renuncia de hacerla efectiva es nula. (2106, CCF). Los Hermanos Benítez actuaron dolosamente al declarar que 40 Grados no contaba con ninguna contingencia y estaba al corriente de sus obligaciones en materia fiscal y ambiental, no obstante el hecho de tener conocimiento de los procedimientos que enfrentaban al momento de la firma del SPA y a la fecha de cierre.

Petitorios.

Conforme a los argumentos expuestos en el presente escrito, y reservando el derecho a intentar diversas y futuras acciones, la Demandante solicita respetuosamente a este Tribunal:

1. Se declare competente para conocer de las reclamaciones interpuestas en contra de Isla Bonita y Navegante;
2. Mantenga la medida provisional emitida por el Árbitro de Emergencia en contra de Isla Bonita;
3. Rectifique y conceda un plazo razonable dentro del cual Navegante permanecerá obligada en términos del párrafo primero de la cláusula A contenida en el SPA;
4. Declare la obligación de las Demandadas de vender las acciones correspondientes por el ejercicio del Derecho de Arrastre pactado en el SPA, y como consecuencia ordene su enajenación;
5. Declare la naturaleza *pro-sandbagging* de la Declaración C contenida en el SPA, reconociendo el derecho de Fondo Capital a una indemnización por los daños y perjuicios causados por el incumplimiento de las Declaraciones A y B del SPA;
6. Condene a las Demandadas al pago de los daños y perjuicios causados a Fondo Capital.
7. Ordene a las Demandadas el pago de todos los gastos y costas que resultaren del presente procedimiento arbitral.

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 16, en los términos previstos en las Reglas de la Competencia.



Alumno 1



Alumno 2



Alumno 3



Alumno 4



Alumno 5



Alumno 6



Entrenador