

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

ESCRITO DE CONTESTACIÓN

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

Índice

Índice de doctrina.....	IV
Índice de casos.	VI
Índice de abreviaturas.	VII
Punto Litigioso I. El Tribunal Arbitral no tiene competencia (<i>ratione personae</i>) para conocer las reclamaciones interpuestas por Fondo Capital en contra de Isla Bonita y Navegante.....	1
I. Concepto de acuerdo arbitral y sus requisitos.	1
II. En el presente, no se actualiza el principio de “quien toma el botín, toma la carga” respecto de Isla Bonita.	2
III. El principio de “quien toma el botín, toma la carga” no se actualiza respecto de Navegante.....	4
IV. Isla Bonita y Navegante no renunciaron a la intervención de la justicia estatal.....	5
V. Ad Cautelam: el SPA no está vigente.....	6
Punto Litigioso II. El Tribunal Arbitral debe revocar la medida provisional emitida por el árbitro de emergencia en contra de Isla Bonita.	7
I. La argumentación jurídica esgrimida por la Demandante en su escrito de demanda parte de premisas fácticas falsas.....	7
II. No hay una apariencia del buen derecho.....	9
III. La medida no es urgente ni previene un daño irreparable y resulta en una afectación grave a Isla Bonita.	9
IV. La medida provisional dictada por el Árbitro de Emergencia no es proporcional.....	10
Punto Litigioso III. El Derecho de Arrastre o <i>Drag Along Right</i> pactado en el SPA por las partes, ya no se encuentra vigente y no le es exigible a ninguno de las Demandadas.....	11
I. Los argumentos presentados son improcedentes por no ser parte de la Litis.	11
II. La obligación de vender las acciones en cumplimiento con el <i>Drag Along Right</i> ya no está vigente.	11
III. Navegante no es parte del SPA por el principio de “<i>RES INTER ALIOS ACTA</i>”.	12
Punto Litigioso IV. Conforme al texto de las declaraciones contenidas en el SPA, las partes estipularon una cláusula de naturaleza <i>anti-sandbagging</i>, por lo que Fondo Capital no tiene derecho a reclamar daños y perjuicios derivados del incumplimiento de dichas declaraciones.....	13
I. Las partes pactaron una cláusula <i>anti-sandbagging</i>.....	13
II. Fondo Capital no tiene derecho a reclamar daños y perjuicios derivados del incumplimiento de dichas declaraciones.....	14

III. Derivado del grado de conciencia o conocimiento del estado de la empresa adquirida que debió de haber tenido, Fondo Capital no tiene derecho a una indemnización.	15
IV. Ad Cautelam: El plazo para demandar responsabilidad ha prescrito.	15

Índice de doctrina

- Atienza, Manuel, Las Razones del Derecho, Teorías de la argumentación jurídica, México, Instituto de investigaciones jurídicas UNAM, 2003
- Borja Soriano, Manuel. Teoría General de las Obligaciones; 21ª edición, Segunda reimpresión, editorial Porrúa, 2014.
- Caivano J. Roque. La cláusula arbitral y la cesión del contrato que la contiene. Revista de Derecho Privado, edición especial, 2012, p. 3-53.
- Galgano, Francesco. El Negocio Jurídico; Tirant lo Blanch c/Artes Gráficas, 1992.
- González de Cossio, Francisco, LA NUEVA FORMA DEL ACUERDO ARBITRAL: AUN OTRA VICTORIA DEL CONSENSUALISMO. <http://www.gdca.com.mx/PDF/arbitraje/ACUERDO%20ARBITRAL%20NUEVA%20FORMA.pdf>
- González de Cossio, Francisco. Terceros y arbitraje. El que toma el botín, toma la carga, Lima Arbitration, No. 5. 2012/2013.
- González de Cossio, Francisco. 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 TERCEROS. <http://www.gdca.com.mx/PDF/arbitraje/Acuerdo%20Arbitral%20y%20Terceros.pdf>
- Gonzalez, Francisco, Arbitraje, Porrúa, 2014
- Marcelo González A. & Leslie Tomasello W. La utilización de opciones en los pactos de accionistas de las sociedades anónimas.
- 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.

- Quesada, Daniel. La lógica y su filosofía. Introducción a la lógica, Barcelona, Barcanova, 1985
- Rico Álvarez, Garza Bandala, Cohen Churel. Tratado teórico - práctico de derecho de obligaciones; Segunda edición, editorial Porrúa, 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/>
- 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.

Tesis de Jurisprudencia 25/2016, Contradicción de tesis 51/2005-PS, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Amparo en Revisión 195/2010, Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito

Amparo Directo 465/2005, Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito

Amparo en Revisión 442/2004, Tercer Tribunal Colegiado del Primer Circuito.

Contradicción de Tesis 160/2013, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia

EAGLE FORCE HOLDINGS, LLC, § <https://courts.delaware.gov/Opinions/Download.aspx?id=273430>
and EF INVESTMENTS, LLC, v.
STANLEY V. CAMPBELL,

CBS v. Ziff-Davis Publ. Co. <https://law.justia.com/cases/new-york/court-of-appeals/1990/75-n-y-2d-496-0.html>

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.
Acuerdo Arbitral:	Cláusula “D” pactada en el SPA.
CCF:	Código Civil Federal.
CCI / ICC:	Cámara de Comercio Internacional
Código de Comercio	Código de Comercio
Contingencias:	(<i>i</i>) sentencia de fecha 30 de diciembre de 2014, multa a 40 Grados en materia ambiental y (<i>ii</i>) notificación de la Dirección General de Ingresos de Panamá, incumplimiento a obligaciones fiscales.
Convención de Nueva York	Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras de 1958.
Demandadas/Demandada:	(<i>i</i>) María Benítez y Pedro Benítez, (<i>ii</i>) Isla Bonita ELP y (<i>iii</i>) Navegante, S.A.
Demandante:	Capital Privado Fondo de Inversión, S.A.P.I. de C.V.
Derecho de Arrastre/Drag Along/Drag Along Right:	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.
Escrito de Demanda:	Escrito de Demanda presentado por Fondo Capital (Equipo 14).
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.
Ley Modelo:	Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional
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 de los Estados Unidos Mexicanos.
Secretaría:	Secretaría de la Corte Internacional de Arbitraje.
SPA/Contrato de Compra y Venta de Acciones:	Contrato de Compra y Venta de Acciones (<i>Share Purchase Agreement</i>) celebrado entre Fondo Capital y los Hermanos Benítez.
Tribunal Arbitral/Tribunal:	Dra. Elizabeth Prados, Licenciada Bolaños y la Profesora Cuevas.
Tribunales Colegiados:	Tribunales Colegiados de Circuito de los Estados Unidos Mexicanos.
Tribunales Internacionales:	Instituciones jurisdiccionales creadas por Tratados multilaterales entre Estados.
Tribunales Mexicanos:	Suprema Corte de Justicia de la Nación y Tribunales Colegiados de Circuito.

Punto Litigioso I. El Tribunal Arbitral no tiene competencia (*ratione personae*) para conocer las reclamaciones interpuestas por Fondo Capital en contra de Isla Bonita y Navegante.

1. Las Demandadas sostienen que el Tribunal Arbitral no 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. Concepto de acuerdo arbitral y sus requisitos.

2. Para que un acuerdo arbitral sea válido y obligatorio deberá constar por escrito y estar firmado por las partes, o constar en cualquier otro medio que deje constancia del acuerdo. Dichos requisitos se encuentran previstos en la Ley Modelo, en la Convención de Nueva York y en el Código de Comercio.

3. La ley Modelo define al acuerdo arbitral como “un acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no” (Artículo 7, Ley Modelo).

4. Por otro lado, la Convención de Nueva York define al acuerdo arbitral como “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” (Artículo II, Convención de Nueva York).

5. Es relevante destacar que los trabajos preparatorios de la Convención de Nueva York revelan que hubo discusión sobre la posibilidad de permitir que el acuerdo arbitral fuese consensual; no obstante, se optó por incluir el componente de formalidad por dos razones: (i) asegurarse que las partes estén conscientes de estar consintiendo al arbitraje; y (ii) definir que constituye un acuerdo por escrito (UN DOC E/CONF.26/SR.22).

6. Ahora bien, el Acuerdo Arbitral pactado en el SPA entre Fondo Capital y los Hermanos Benítez no puede ser extendido para vincular a Isla Bonita ni a Navegante, pues hacerlo

implicaría una clara violación a los artículos previamente citados que prevén el concepto de acuerdo arbitral así como sus requisitos.

7. Lo anterior en razón de que ni Isla Bonita ni Navegante firmaron el Acuerdo Arbitral, jamás consintieron o estuvieron consientes de la existencia de dicho acuerdo, y por último, no existe obligación alguna por parte de dichas empresas a someter controversia alguna que pudiera suscitarse entre ellas.

8. Por su parte, la doctrina ha determinado que el acuerdo arbitral debe, por un lado, ser obligatorio en sentido material; es decir, debe de haber identidad entre las cuestiones que se someten al arbitraje y aquellas para las cuales el arbitraje se pactó; y por el otro, debe ser obligatorio en sentido personal, existiendo identidad entre quienes sean o vayan a ser parte en el arbitraje y quienes han sido parte en el acuerdo arbitral (Caivano, Roque J., 2012).

9. En el presente, tanto Isla Bonita como Navegante son terceros extraños al SPA celebrado entre Fondo Capital y los Hermanos Benítez, por lo tanto no se actualiza el requisito de obligatoriedad en sentido personal, pues no hay identidad entre quienes firmaron el contrato de referencia-Fondo Capital y los Hermanos Benítez- y quienes la Demandante pretende que acudan al presente arbitraje.

10. Por todo lo anterior, toda vez que el Acuerdo Arbitral no satisface ni los requisitos legales, ni los doctrinales, respecto de Isla Bonita o Navegante, dicho acuerdo no se puede extender para vincular a las demandadas señaladas. En razón de lo anterior, este Tribunal debe declinar el conocimiento de las reclamaciones interpuestas en contra de las demandadas de referencia.

II. En el presente, no se actualiza el principio de “quien toma el botín, toma la carga” respecto de Isla Bonita.

11. Fondo Capital alega en su escrito de demanda que el Acuerdo Arbitral, materia del presente estudio, puede ser extendido a Isla Bonita con base en el principio “quien toma el beneficio, toma la carga” o “quien toma el botín, toma la carga” (Escrito de Demanda, Párrafo 13).

12. Al respecto, sostiene que Isla Bonita, al momento de recibir las acciones de 40 Grados, propiedad de los Hermanos Benítez, tuvo la facultad de decidir libremente si aceptaba las acciones con todas las obligaciones que le iban aparejadas, incluyendo la de someter cualquier controversia a arbitraje. Es decir, según la Demandante, si Isla Bonita no quería obligarse a someter cualquier controversia derivada del SPA a arbitraje, no debió aceptar la transmisión que se hizo a su favor (Escrito de Demanda, Párrafo 13).

13. En razón de lo anterior, considera la Demandante, Isla Bonita al tomar el beneficio que la transmisión de las acciones le brindaba actualizó el principio de “el que toma el botín, toma la carga” y por lo tanto le es oponible el Acuerdo Arbitral establecido en el SPA (Escrito de Demanda, Párrafo 13).

14. Ahora bien, las Demandadas consideran que el principio de “el que toma el botín, toma la carga” no es aplicable al presente caso. Al respecto, la doctrina ha referido que para que un accionista que adquirió las acciones de una sociedad con posterioridad a la constitución de la misma sea vinculado por una acuerdo arbitral para el sometimiento de cualquier controversia societaria, se requiere el cumplimiento de dos requisitos: (i) que el acuerdo arbitral conste por escrito y esté firmado por las partes; y (ii) que el acuerdo arbitral conste en los estatutos (González de Cossio, 2013).

15. En el supuesto que ahora nos ocupa, no se actualiza el segundo de los requisitos, pues el Acuerdo Arbitral no consta en los estatutos de la sociedad, sino que únicamente consta en un acuerdo de compra y venta de acciones. Es decir, Isla Bonita no tenía manera de conocer sobre la existencia del Acuerdo Arbitral, pues el mismo no se encontraba en un documento que Isla Bonita no tenía posibilidad de conocer.

16. En razón de lo anterior, es evidente que los argumentos de Fondo Capital tendientes a convencer de que en el presente se actualizó el principio de “el que toma el botín, toma la carga” son inoperantes. Ya que según la Demandante, Isla Bonita optó por aceptar la transmisión de las acciones de 40 grados, a sabiendas de la existencia del Acuerdo Arbitral (Escrito de Demanda, párrafo 13). No obstante, la Demandante de ninguna manera probó que Isla Bonita tenía conocimiento del Acuerdo Arbitral pactado entre Fondo Capital y los Hermanos Benítez.

17. Por lo anterior, al no establecerse en los estatutos de 40 grados un acuerdo arbitral que obligue a cualquier accionista a someter las controversias societarias que pudieran originarse a arbitraje Isla Bonita no puede ser vinculada al presente arbitraje. Por lo anterior, es inconcuso que el Acuerdo Arbitral pactado en el SPA no puede ser extendido a Isla Bonita en razón de que no fue parte signataria del mismo y la parte Demandante no probó la actualización de ninguno de los supuestos en que se permite su extensión.

III. El principio de “quien toma el botín, toma la carga” no se actualiza respecto de Navegante.

18. La Demandante alega que el acuerdo arbitral debe ser extendido a Navegante, pues argumenta que en el presente se actualiza el principio de “el que toma el botín, toma la carga”. Lo anterior, en razón de que al momento en que Navegante aceptó la adjudicación de las acciones de 40 grados, aceptó también la obligación de someter cualquier controversia derivada de dichas acciones a arbitraje (Escrito de Demanda, párrafo 14).

19. Sin embargo, el argumento esgrimido por Fondo Capital es claramente incorrecto, pues parte de la falsa premisa de que Navegante tenía conocimiento del acuerdo arbitral pactado entre Fondo Capital y los Hermanos Benítez.

20. Como ya se estableció en el apartado anterior, para que un acuerdo arbitral pactado al margen de una sociedad sea vinculante para un accionista que adquirió las acciones con posterioridad a la constitución de la misma, dicho acuerdo debe constar en los estatutos de la sociedad.

21. Al respecto señala la doctrina “siendo la acción un título valor causal-que los derechos y obligaciones del propietario estén sujetos al régimen contemplado en los estatutos-el nuevo adquirente estaría obligado a arbitrar si existe un compromiso de ello en el cuerpo de los estatutos” (González de Cossio, 2013).

22. Por lo tanto, toda vez que Navegante recibió las acciones de 40 Grados por adjudicación judicial, y en los estatutos de dicha sociedad no consta el Acuerdo Arbitral pactado entre Fondo Capital y los Hermanos Benítez, dicho acuerdo no puede ser extendido a Navegante.

23. Aunado a lo anterior, Tribunales Internacionales han determinado que la cláusula compromisoria de un contrato se cederá, a menos que exista desconocimiento razonable de la existencia de la cláusula por parte del cesionario (Laure Burrus, 2015). En el caso que nos ocupa, es inconcuso que Navegante no tenía conocimiento de la cláusula arbitral pactada en el SPA al momento en que se le adjudicaron las acciones. Además, tal desconocimiento es razonable, pues dicho acuerdo no consta en los estatutos de la sociedad cuyas acciones fueron objeto de la presente transmisión; sino que se encontraba estipulado en un contrato privado de compraventa de acciones, cuya existencia, Navegante, no tenía manera razonable de conocer.

24. Por todo lo anterior, las Demandadas consideran que el Acuerdo Arbitral pactado en el SPA no puede ser extendido a Navegante; y por lo tanto, el Tribunal Arbitral debe declinar el conocimiento de las reclamaciones interpuestas en contra de Navegante.

IV. Isla Bonita y Navegante no renunciaron a la intervención de la justicia estatal.

25. La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha considerado que “la posibilidad de apartar la intervención de la justicia estatal en un conflicto, a fin de someterlo al arbitraje comercial, es una manifestación de la potestad de los particulares para renunciar a sus derechos subjetivos y establecer los dispositivos legales a los cuales desean someterse.” (Tesis de Jurisprudencia 25/2016, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación)

26. De igual manera, Tribunales Colegiados del país han determinado que “la cláusula arbitral es una manifestación de la autonomía de la voluntad y de la libertad contractual de las partes que constituye un requisito indispensable para determinar qué relaciones jurídicas determinadas pueden ser susceptibles de ser resueltas a través del procedimiento del arbitraje.” (Amparo en Revisión 195/2010, Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito.)

27. En el caso que ahora nos ocupa, ni Isla Bonita ni Navegante manifestaron su voluntad en el sentido de renunciar a la justicia estatal, por lo tanto obligarlas a someterse al presente arbitraje implicaría una violación a sus derechos subjetivos de acceso a la

justicia. Razón por la cual, el Tribunal Arbitral debe declinar la competencia para reconocer de las reclamaciones interpuestas en contra de las Demandadas en cuestión.

V. Ad Cautelam: el SPA no está vigente.

28. Por último, para el caso de que el Tribunal Arbitral considere que el Acuerdo Arbitral pactado en el SPA puede ser extendido a Isla Bonita y a Navegante, las Demandadas consideran que el SPA no se encuentra vigente, y por lo tanto el acuerdo arbitral en él pactado ya no puede ser invocado; pues todos los derechos y obligaciones contenidos en el SPA han dejado de surtir efectos, y por lo tanto los mismos ya no son exigibles por ninguna de las partes.

29. Del SPA se desprende que las partes estipularon dos obligaciones a cargo de los Hermanos Benítez: (i) la obligación de vender sus acciones en caso de que Fondo Capital así lo exigiera en uso del Derecho de Arrastre o *Drag Along* pactado a su favor; y (ii) la obligación de no transmitir sus acciones a terceros sin el consentimiento de Fondo Capital. Ambas obligaciones se sujetaron a un plazo extintivo de dos años (SPA, Cláusula C). Dicho plazo feneció el 12 de mayo de 2017, es decir, dos años después de la fecha de cierre de la operación (Caso Práctico, párrafo 12).

30. Por otro lado, como se explicará más adelante, las partes pactaron una cláusula *anti-sandbagging* en la que Fondo Capital renunció a su derecho de exigir cualquier tipo de responsabilidad a los Hermanos Benítez por cualquier contingencia que se descubriera con posterioridad a la firma del contrato de referencia (SPA, Declaración C).

31. En virtud de lo anterior, como este Tribunal podrá constatar, todos los derechos y obligaciones pactados en el SPA se han extinguido, ya sea por la renuncia de una de las partes, o porque el plazo al cual se sujetaron ha vencido. Por lo tanto, la cláusula arbitral en él pactada ya no puede ser invocada.

32. Sobre el tema, Tribunales Mexicanos han considerado que un acuerdo de arbitraje es ineficaz cuando por algún motivo no puede producir efectos por alguna causa que implique que las partes ya no están obligadas a someter la controversia a arbitraje, tales como el hecho de que el plazo para someter la controversia a arbitraje haya fenecido

(Amparo Directo 465/2005, Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito).

33. Lo anterior, no es contrario 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 (Maximilian Shlueter, 2016).

34. En razón, de lo anterior, el acuerdo arbitral pactado en el SPA es ineficaz, toda vez que las obligaciones en él pactadas, objeto de la cláusula arbitral no se encuentran vigentes, y por lo tanto, tampoco el Acuerdo Arbitral.

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

35. 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 revocada por este Tribunal; toda vez que (i) la argumentación jurídica esgrimida por la parte actora en su escrito de demanda parte de premisas fácticas falsas, por lo anterior resulta ineficaz para sostener que la medida provisional dictada es conforme a derecho.

36. Al respecto, la Demandante se limita a describir el actuar del Árbitro de Emergencia y a hacer declaraciones unilaterales sin sustento jurídico, sin tomar en cuenta el estándar probatorio que requiere este Tribunal para conceder su pretensión de mantener la medida cautelar (Escrito de Demanda, párrafo 20, 21, 22, 23). Asimismo, la medida cautelar dictada por el Árbitro de Emergencia no cumple 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 de la medida; y (iv) la proporcionalidad de la misma. (Muñoz, 2015).

I. La argumentación jurídica esgrimida por la Demandante en su escrito de demanda parte de premisas fácticas falsas.

37. Primeramente, es necesario aclarar que la Demandante tiene una concepción errónea de los hechos relativos a la medida provisional dictada por el Árbitro de Emergencia, pues la Demandante asegura que el árbitro de emergencia mediante orden de 10 de abril de 2018 ordena 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” (Escrito de Demanda, párrafo 20), lo cual es incorrecto en virtud de que en la Orden del Árbitro de Emergencia no se ordena el embargo de los bienes de Isla Bonita hasta que se constituya una garantía, sino que se ordena, como se hace constar en el apartado de la citada orden de emergencia, que “...Isla Bonita ELP deberá constituir una garantía por un monto de \$112,200,00.00 USD dentro de los siguientes 20 días a la fecha de esta orden” (sic) (Caso práctico, pág. 44, Orden de Emergencia).

38. La construcción de un argumento lógico parte de la necesidad de premisas verdaderas para que así la conclusión (en este caso la pretensión de la actora de mantener la medida provisional) sea verdadera, como se puede colegir de la siguiente definición; “Tenemos una implicación o una inferencia lógica o una argumentación válida, cuando la conclusión necesariamente es verdadera si las premisas son verdaderas” (Atienza, 2003).

39. En virtud de que la Demandante parte erróneamente de que la medida provisional dictada consistía primeramente en un embargo esta no pudo haber realizado un correcto análisis de las razones por las que se debe mantener o no la medida, por ejemplo, la Demandante no pudo haber analizado la proporcionalidad de la medida provisional como lo exige la doctrina ya que no tenía claro en qué consistía dicha medida.

40. Así logramos evidenciar la falta de técnica jurídica de la Demandante y la irrelevancia de los argumentos relativos haciendo imposible que los mismos logren su fin de convencer a este Tribunal en el sentido de que su pretensión de mantener la medida provisional dictada es conforme a derecho, por lo que solicitamos a este Tribunal revoque la medida cautelar.

41. Asimismo es evidente que la Demandante en su escrito de demanda no aporta un estudio de las consideraciones de fondo para mantener la medida provisional dictada por el Árbitro de Emergencia, esto en virtud de que se limita a describir el actuar del Árbitro

de Emergencia y a hacer declaraciones unilaterales sin sustento jurídico, sin tomar en cuenta que el estándar probatorio que requiere este Tribunal para conceder su pretensión de mantener la medida cautelar dictada por el Árbitro de Emergencia es más alto que al que estaba sujeto el Árbitro de Emergencia (Muñoz, 2015).

II. No hay una apariencia del buen derecho.

42. El requisito de apariencia del buen derecho requiere una probabilidad razonable de que la demanda del solicitante prospere en el fondo (Muñoz, 2015). Dicho requisito no se cumple en este caso, pues de los hechos plasmados y el derecho argumentado, así como de las defensas adelantadas por las Demandadas, existe una gran posibilidad de que la solicitud de la Demandante no prospere en el presente juicio. Ya que como se demuestra en los apartados I, III y IV de este escrito sus acciones resultan improcedentes.

III. La medida no es urgente ni previene un daño irreparable y resulta en una afectación grave a Isla Bonita.

43. 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).

44. Ahora bien, la constitución de la garantía por 112,200,000.00 USD resulta excesiva y carente de sustento jurídico válido, en virtud de que no es urgente, ni previene un daño irreparable, razón por la que se debe ser revocada.

45. Lo anterior tiene sustento en que el Árbitro de Emergencia al ordenar constituir dicha garantía, por razones de eficiencia, no pudo haber realizado una valoración profunda sobre el fondo del asunto, esto en virtud de que de conformidad con todos los reglamentos institucionales un árbitro de emergencia deberá pronunciarse sobre el otorgamiento de una medida cautelar en cuestión de días después de recibido el expediente (Muñoz, 2015). Lo anterior, en este caso resultó en que las consideraciones vertidas en la orden de emergencia carezcan de sustento probatorio y se limiten a hacer suposiciones sin tomar

en cuenta la presunción de actuación de buena fe de la Demandada (Caso práctico, párrafos 29 y 30).

46. La medida provisional dictada, no previene un daño irreparable ni resulta urgente en virtud de que para satisfacer dichos requisitos, debe existir una prueba *prima facie* de daño sustancial o probabilidad de riesgo consistente en que la demandante haya tomado medidas específicas para frustrar la disposición de bienes contra la parte que solicita la medida, misma que no existe, en virtud de que la Demandada siempre se ha conducido con buena fe (Muñoz, 2015).

47. Así, al ordenarse que se constituya una garantía excesiva (en virtud de que consiste en la cantidad de 112,200,000.00 USD, misma que fue la cantidad total solicitada por la parte actora) se crea el efecto contrario al deseado, hostigando y creando un daño irreparable a la Demandada, dando la apariencia de que se ha prejuzgado sobre el fondo del asunto (González de Cossío, 2014), e incluso de pretensiones que no fueron dirigidas en contra de Isla Bonita; ni se derivan de actos realizados por ésta.

48. Es por lo anterior, que solicitamos a este Tribunal Arbitral, revoque la medida provisional dictada, tomando en cuenta que como se evidenció en párrafos anteriores la Demandante y el Árbitro de Emergencia son omisos en aportar argumentos sólidos con valor probatorio suficiente para acreditar que el daño que supuestamente debe ser prevenido por el Árbitro de Emergencia es irreparable o que sea de una naturaleza urgente, requisitos necesarios para mantener la medida provisional.

IV. La medida provisional dictada por el Árbitro de Emergencia no es proporcional.

49. 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).

50. En el caso que nos ocupa, es evidente que la medida dictada no es proporcional, pues se ordena a Isla Bonita a que constituya un garantía por el monto total del litigio en cuestión, no obstante, como este Tribunal podrá observar las pretensiones aducidas por la Demandante ni son en contra de Isla Bonita, ni se derivan de comportamiento llevado

a cabo por la misma. Aunado a lo anterior, no cabe duda, que en el presente se causa un inconveniente a Isla Bonita, consistente en la erogación de todos los gastos necesarios para constituir una garantía de tan gran monto.

Punto Litigioso III. El Derecho de Arrastre o *Drag Along Right* pactado en el SPA por las partes, ya no se encuentra vigente y no le es exigible a ninguno de las Demandadas.

I. Los argumentos presentados son improcedentes por no ser parte de la Litis.

51. La Demandante señala: (i) “que se declare nula la transmisión de acciones que hicieron los Hermanos Benítez hacia Isla Bonita por actuar con dolo y mala fe”; (ii) “como la adquisición de isla bonita se obtuvo de mala fe hay fraude hacia el acreedor”; (iii) “al ser nula la adjudicación que le hicieron a los Hermanos Benítez sobre sus acciones a Isla Bonita, es nula la misma que se le hiciera a Navegante”, no obstante sus argumentos son improcedentes; toda vez que en la Orden Procesal No. 2, numeral 1., el Tribunal determinó que las partes acordaron que la nulidad de la transmisión de las acciones a Isla Bonita y Navegante, fraude y los gastos y costas no forman parte de las cuestiones a tratar por este Tribunal, en ninguno de los escritos o las audiencias.

II. La obligación de vender las acciones en cumplimiento con el *Drag Along Right* ya no está vigente.

52. En el Contrato de Compra y Venta de acciones en la Clausula A, las partes pactaron un Derecho de Arrastre o *Drag Along Right*, con una vigencia de dos años. (SPA, Cláusula A).

53. El Derecho de Arrastre o *Drag Along Right*, es aquél derecho que permite que los accionistas mayoritarios negocien la venta de la sociedad con terceros para posteriormente obligar a los accionistas minoritarios a vender sus acciones a esos terceros, en las mismas condiciones que se negociaron con los accionistas mayoritarios, (González A. & Tomasello W.)

54. El pacto de *Drag Along* en el SPA concedía el derecho a Fondo de Capital en su carácter de accionista mayoritario de obligar a las Demandadas en su carácter de accionistas minoritarios a vender las acciones de las que eran propietarios en los mismos términos y condiciones que el Demandante, siempre y cuando la oferta de compra estuviese condicionada a un porcentaje mayor del que era propietaria la Demandante.

55. No obstante lo anterior, el mismo pacto preveía como medida de protección a la parte minoritaria que la vigencia de esta obligación tendría un plazo resolutorio de dos años a partir de la fecha de cierre del SPA, de tal modo que concluido el plazo los Hermanos Benítez quedarían liberados de dicha obligación (Caso Práctico, pág. 5). En otras palabras, el transcurso del tiempo tendría los efectos de un plazo extintivo (o resolutorio) “aquel que limita la duración de la obligación”, es decir que, a la llegada del día pactado, la obligación termina y deja de producir sus efectos (Borja Soriano, 2014).

56. Por lo expuesto en los párrafos anteriores, las Demandadas consideran que la acción ejercida por Fondo Capital es improcedente, toda vez que la obligación no está vigente. Puesto que la vigencia del derecho para el ejercicio del *Drag Along* o Derecho de Arrastre concluyó, el 12 de mayo de 2017, es decir, 2 años después de la fecha de cierre, día a partir del cual los Hermanos Benítez quedaron liberados del cumplimiento de la obligación de vender a petición de Fondo Capital.

57. Las Demandadas consideran que cualquier argumento que pretenda alegar la interrupción del plazo para la prescripción del *Drag Along* debe ser inoperante, en vista de que al momento de la primer actuación de la Demandada, es decir el 29 de enero de 2018, la obligación ya había fenecido (Caso Práctico, párrafo 21). Puesto que la eficacia de la obligación estaba sujeta a un acontecimiento futuro, cierto y necesario, y al momento de computarse el plazo, está se resolvió (Francesco Galgano, 1992).

58. El mismo principio de autonomía y libertad contractual que le dio origen al *Drag Along* o Derecho de Arrastre fue el que previó el supuesto citado en el párrafo anterior para extinguir la obligación.

III. Navegante no es parte del SPA por el principio de “RES INTER ALIOS ACTA”.

59. Por su parte, la Demandada Navegante considera que no debe ser procedente la acción en su contra puesto que no formó parte en ningún momento de la relación jurídica derivada del contrato de SPA, esto, con fundamento en el principio de “*res inter alios acta*” o principio de relatividad de los contratos, el cual ordena que los “contratos sólo obligan y conceden derechos a las partes y no a terceros, entendiéndose por parte a quien celebra un contrato” (Rico Álvarez, 2015), dicho principio está reconocido por la legislación aplicable en el Código Civil Federal, aplicando el artículo 1796, a *contrario sensu*.

60. Por lo anterior, a Navegante no le son oponibles los derechos y obligaciones derivados del contrato del SPA dado que el acto por virtud del cual adquirió los títulos fue el de adjudicación judicial y no el de cesión de derechos, de tal modo en ningún momento formó parte de la relación contractual.

61. Por otra parte, Navegante en su carácter de tenedor de las acciones solo está obligado a lo establecido en su título accionario, y en los estatutos de la sociedad, tal y como se desprende de la fracción VII del Artículo 125° de la Ley General de Sociedades Mercantiles.

Punto Litigioso IV. Conforme al texto de las declaraciones contenidas en el SPA, las partes estipularon una cláusula de naturaleza *anti-sandbagging*, por lo que Fondo Capital no tiene derecho a reclamar daños y perjuicios derivados del incumplimiento de dichas declaraciones.

62. La Demandada estima que derivado de una interpretación de la Declaración C hecha por parte de Fondo Capital es evidente que al declararse satisfecha con los resultados del procedimiento de *due diligence* llevado a cabo de conformidad con lo acordado por ambas partes, la Demandante aceptó la inclusión de una cláusula de naturaleza *anti-sandbagging*, tal y como quedará demostrado por la argumentación del presente escrito.

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

63. 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).

64. El fomento de dicha práctica *sandbagging* debería ser considerado erróneo ya que premia la mala fe de las partes, es por esto que en la compraventa de acciones se ha optado cada vez con mayor frecuencia por la estipulación de una cláusula *anti-sandbagging*, con la finalidad de que se respete la voluntad de las partes expresada en el contrato por medio de la renuncia del derecho del comprador a reclamar daños y perjuicios derivados de cualquier situación que se pudiera considerar contraria a las declaraciones hechas en el mismo, la *ratio* detrás de esto consiste en que el procedimiento de *due diligence* implica un riesgo para el vendedor al revelar información privada al comprador para que éste pueda comprobar por sí mismo la seguridad de que las declaraciones propuestas para el contrato son ciertas, y por lo tanto la responsabilidad derivada de la eventual falsedad de las mismas ya no podría recaer sobre el vendedor.

65. La consecuencia de que las partes del SPA hayan pactado una cláusula *anti-sandbagging* es prohibir que el comprador realice reclamaciones con la intención de buscar alguna indemnización derivada de los hechos y circunstancias revelados en el periodo de *due diligence*, mismos hechos acerca de los cuales el comprador declaró sentirse enterado, manifestando sentirse satisfecho para todos los efectos legales del estado en el que se encuentra la empresa adquirida.

II. Fondo Capital no tiene derecho a reclamar daños y perjuicios derivados del incumplimiento de dichas declaraciones.

66. En la Declaración C contenida en el SPA, la Demandante reconoce que ha llevado a cabo un procedimiento de *due diligence* y declara que se encuentra satisfecha con el resultado del mismo, dicha declaración implica la aceptación tácita de que se verificó la certidumbre de las declaraciones hechas por los Hermanos Benítez, por lo tanto se debe desentrañar la voluntad de las partes que consiste en reconocer que se ha llevado a cabo un proceso con toda debida diligencia del estado en que se encuentra la empresa, y ambas partes han resultado satisfechas con el contrato, por lo que resultaría absurdo considerar

responsable a la Demandada por contingencias descubiertas con posterioridad al cierre del mismo.

67. Sustentado en el artículo 2143 del Código Civil Federal, consideramos que la pretensión de Fondo Capital es infundada ya que la Demandada no puede ser considerada responsable toda vez que Fondo Capital, al ser una empresa dedicada a la valuación y reestructura de empresas (Caso Práctico, párrafo 2) es un perito en materia financiera y contable; por lo tanto, del *due diligence* realizado debió conocer el estado en el que se encontraba la empresa adquirida.

68. Por lo tanto, no cabe lugar a dudas, que Fondo Capital no tiene derecho a reclamar indemnización alguna derivada de cualquier circunstancia previa o posterior al cierre del Contrato de Compra y Venta de Acciones.

III. Derivado del grado de conciencia o conocimiento del estado de la empresa adquirida que debió de haber tenido, Fondo Capital no tiene derecho a una indemnización.

69. La Demandada actuando conforme al principio de la buena fe contractual permitió a Fondo Capital realizar un proceso de *due diligence* exhaustivo con la intención de que éste conociera el estado en el que se encontraba la empresa adquirida. Fondo Capital al declarar que tuvo la oportunidad de realizar un proceso de *due diligence* reconoce para todos los efectos legales encontrarse satisfecha del resultado. Renunciando así a su derecho a exigir con posterioridad una indemnización por daños y perjuicios a la Demandada.

IV. Ad Cautelam: El plazo para demandar responsabilidad ha prescrito.

70. En caso de que el Tribunal considere que la cláusula pactada es de naturaleza *pro-sandbagging*, las Demandadas consideran que la pretensión de la Demandante es inoperante, ya que la misma fue realizada fuera del término establecido por el Código de Comercio para poder exigir el saneamiento (CC, 383).

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