

ARBITRAJE ANTE LA CÁMARA DE COMERCIO INTERNACIONAL SEPTIEMBRE 2020
ESCRITO DE CONTESTACIÓN DE DEMANDA
EN EL CASO
INTERNATIONAL FOODS, B.V., V. SABORES MEXICANOS CASEROS, S.A.P.I. DE C.V.



DEMANDADOS

Sabores Caseros Mexicanos, S.A.P.I. de C.V.

Paseo de la Reforma 115 Lomas Virreyes

11000, CDMX

México

José Ramón Gutiérrez Soza

Paseo de las Lilas 315 Bosques de las Lomas

11910, CDMX México

Isabella Gutiérrez Soza

Montes Urales 756 Lomas Virreyes

11000, CDMX México

Juan Alfredo Gutiérrez Soza

Constituyentes 1056 Lomas Altas

11950, CDMX México

REPRESENTADOS POR

Misael Roldán Vega

Martínez, Castro y Roldán, S.C. Av. Ricardo Margain Zozaya

335 Zona Santa Engracia

66265, San Pedro Garza García Nuevo León, México

(52) 55 4035 2170

mroldan@macaro.com

ABREVIATURAS

Accionistas A o Accionistas Originales	Conjuntamente, José Ramón Gutiérrez Soza, Isabella Gutiérrez Soza y Juan Alfredo Gutiérrez Soza
Asambleas Objeto de la Litis	Conjuntamente, las tres Asambleas de Accionistas de Sabores cuyas resoluciones están siendo cuestionadas y cuya nulidad está siendo solicitada por la Demandante: la Asamblea General Extraordinaria de fecha 8 de febrero de 2019; la Asamblea General Ordinaria de Accionistas de fecha 7 de junio de 2019; y la Asamblea General Extraordinaria de Accionistas de fecha 6 de agosto de 2019.
Convenio de Accionistas o Convenio	El convenio de accionistas celebrado entre los Accionistas A y Foods, con la comparecencia de Sabores.
CCI	La Cámara de Comercio Internacional
Foods	International Foods, B.V.
Sabores o la Sociedad	Sabores Caseros Mexicanos, S.A.P.I. de C.V.
SCJN	La Suprema Corte de Justicia de la Nación
Tribunal Arbitral o Tribunal	El Tribunal Arbitral en el presente arbitraje, conformado por Cristian Valdés Rocha, Judith Jaimes Ibarrola y Joaquín Peña Góngora

Lista de Referencias

JURISPRUDENCIA

Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. "Amparo directo: CONTRATOS

SINALAGMÁTICOS.”. Quinta Época. Semanario Judicial de la Federación, Tomo XVI, p.165

Primera Sala, “Contradicción de tesis 51/2005-PS, la Primera Sala de la Suprema Corte de

Justicia de la Nación”, Novena Época, Semanario Judicial de la Federación, Tomo XXIV, p. 40.

LEGISLACIÓN

Código Civil para la Ciudad de México

Convención de Nueva York

Ley del Mercado de Valores

Ley General de Sociedades Mercantiles

Ley Modelo UNCITRAL

Reglamento de la Cámara de Comercio Internacional

BIBLIOGRAFÍA DE CONSULTA

Carrasco, Felipe. “Arbitraje Societario”. En *Arbitraje jurídico*, Universidad Iberoamericana, 2009.

González de Cossío, Francisco. *Arbitrabilidad de controversias en materia de sociedades mercantiles*. Comisión de Derecho Mercantil de la Barra Mexicana de abogados. Recuperado

de: <https://drive.google.com/drive/folders/1tutOiiRv0EKJpRmVQwLP3QL0V1x4SOR>

López del Alcázar, Juan. *Fusiones y Adquisiciones en el sector consumo múltiples de valoración 2019*, Ernst & Young Global Limited (EYG), 2 de marzo de 2020. Recuperado de: https://www.ey.com/es_es/consulting/fusiones-y-adquisiciones-en-el-sector-consumo-multiplos-de-valoracion-2019

López, Marcelo. *La doctrina de los actos propios: esencia y requisitos de su aplicación*. Pontificia Universidad Javierana. Consultado

en: <http://historico.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/vniver/cont/119/cnt/cnt14.pdf>

Ortiz-Urquidi, Raúl. "Derecho Civil", Tomo I, Volumen II, Bosh Casa Editorial, Barcelona, Eso, 1960, en Barroso Figueroa, José. "El principio de la buena fe en el derecho civil", Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

Paternina, Lauren. "La pérdida del ánimus societatis como causal de disolución de la sociedad" en *Revista de derecho privado no. 53*, Universidad de los Andes. <https://www.redalyc.org/pdf/3600/360039790007.pdf>

Pérez, Miguel Ángel. "El convenio arbitral en el arbitraje societario y sus efectos en la sociedad". *Revista Actualidad jurídica, no. 299, octubre 2018.*

Redfern, Alan y Hunter, Martin. *International Arbitration*. Oxford: Oxford University Press, 2015.

Contenido

1. Hechos	6
2. Argumentos de derecho sobre la competencia del Tribunal	8
2.1 <i>Nulidad del Convenio de Accionistas en virtud de la Asamblea General Extraordinaria de Accionistas celebrada el 8 de febrero de 2019</i>	8
2.2 <i>Sabores no está vinculado al Convenio</i>	9
2.4 <i>La cláusula no tiene el alcance suficiente</i>	11
2.5 <i>Competencia del tribunal respecto a los asuntos contractuales</i>	13
3. Argumentos contractuales	13
3.1 <i>Ejercicio del derecho de venta forzoso</i>	13
3.2 <i>La declaración de que no se actualiza el supuesto de mala fe contemplado en la cláusula 5.3 bis del Convenio de Accionistas.</i>	14
3.3 <i>La declaración de que el ejercicio del put es prematuro e improcedente</i>	17
4. Argumentos corporativos	18
4.2 <i>Inexistencia de responsabilidad solidaria de Sabores</i>	19
5. Petitorio	20

La presente Contestación a la Demanda de arbitraje se presenta en representación de Sabores Caseros Mexicanos S.A.P.I. de C.V. (“Sabores”) y José Ramón Gutiérrez Soza, Juan Alfredo Gutiérrez Soza e Isabel Gutiérrez Soza (los “Accionistas A” o los “Accionistas Originales” y, en conjunto con Sabores, los “Demandados”) en contestación de la demanda interpuesta en su contra por International Foods B.V. (“Foods” o la “Demandante”).

1. Hechos

1. Honorable Tribunal, antes de entrar al análisis jurídico de los puntos en litigio, en la presente sección describiremos las situaciones de hecho más relevantes en el presente caso. No reproduciremos todos los antecedentes de hecho de esta controversia, mismos que ya han sido descritos en el acta de misión del presente procedimiento y que solicitamos se tengan aquí por reproducidos como si a la letra se insertasen, sino sólo aquellos que nos parecen más relevantes para contextualizar la posición de los Demandados en esta controversia.

2. En 2018, Foods adquirió acciones representativas del 27% del capital social de Sabores. Debido a esto, los Accionistas A y Foods celebraron un convenio de accionistas (el “Convenio de Accionistas”), mismo al que compareció Sabores, pero sin ser parte de él. En dicho documento se establecieron los términos de la inversión de Foods en Sabores. En la misma fecha se celebró una Asamblea General Extraordinaria de Accionistas con fecha 26 de enero de 2018, por medio de la cual se protocolizaron todos los asuntos corporativos relativos a dicha inversión: el aumento de capital, la ratificación de diversos contratos -entre ellos el Convenio de Accionistas-, la modificación de los estatutos sociales y la reforma de los órganos de Sabores.

3. Es especialmente relevante señalar que varios de los acuerdos incluidos en el Convenio de Accionistas se incorporaron también a los estatutos sociales de Sabores. Sin embargo, notablemente, la cláusula arbitral no fue trasladada a los estatutos de Sabores.

4. Dentro de la reforma a los estatutos sociales de Sabores, se contempló que la sociedad adoptara la naturaleza de una Sociedad Anónima Promotora de Inversión (S.A.P.I.). Lo anterior se realizó con la intención de incluir la mayoría de los acuerdos contemplados en el Convenio de Accionistas. Esto es así pues la naturaleza de la S.A.P.I. permite, entre otras cosas, pactar ciertos derechos de minorías comunes en contratos de coinversión, como los derechos de venta y compra forzosos (*call option* y *put option*).

5. En el caso que nos ocupa, el Convenio de Accionistas contemplaba uno de estos derechos de minoría. Se trataba de un derecho de venta forzosa (*put*) en virtud del cual Foods podía obligar a los

Accionistas A, a comprar las acciones de Foods en Sabores, si dichos accionistas actuaban de mala fe, a un precio preestablecido por una fórmula incluida en el Anexo 1 del Convenio de Accionistas.

6. Es necesario detenernos con cierto detalle en la fórmula del Anexo 1, pues su debido entendimiento constituye uno de los puntos centrales en el presente arbitraje. Esta fórmula está basada en un método de valuación de empresas comúnmente utilizado: la valuación por múltiplo de EBITDA (del inglés *Earnings Before Interest, Taxes and Depreciation of Assets*; en español UAFIDA, por las siglas de Utilidad antes del Financiamientos, Impuestos, Depreciación y Amortización). A muy grandes rasgos, el EBDITA es un indicador de la rentabilidad de una empresa, por lo que este método toma este indicador, para calcular el valor total de la empresa. Para hacer esto, el EBDITA se multiplica por determinado múltiplo, el cual varía dependiendo de la industria en que opere la empresa. Es decir, hay industrias en donde las empresas valen 6 veces su EBITDA, hay otras en las que vale 8, otras en las que valen 10 y así sucesivamente.

7. En el caso de la fórmula del Anexo 1 del Convenio de Accionistas, el múltiplo pactado fue de 12. Si se asume que el propósito de la fórmula era calcular el valor total de Sabores (*Total Enterprise Value*), este múltiplo resulta absolutamente razonable. En el sector de consumo, que es en el que opera Sabores, en 2018 (que es cuando se firmó el Convenio de Accionista y por tanto cuando se pactó la fórmula) el múltiplo medio en Norteamérica fue 11.0 veces EBITDA y en Europa fue de 11.7 veces EBITDA.¹

8. Como resulta claro de lo antes descrito, en las valuaciones por EBITDA el múltiplo es utilizado para estimar el valor de la totalidad de la empresa. La interpretación razonable de la fórmula del Anexo 1, entonces, requiere que ante un ejercicio del put se calcularía el valor total de sabores a 12 veces su EBITDA, para luego calcular el valor proporcional de las acciones de Foods, que equivaldrían al 27% de dicho resultado, toda vez que la participación de Foods en sabores es del 27%.

9. En un inicio, la vida de la sociedad continuó con normalidad. Sin embargo, los Accionistas A pudieron identificar ciertos comportamientos de Foods que indicaban que dichos accionistas no estaban realmente interesados en el buen funcionamiento de la sociedad. Más bien, su mayor interés era el lucro abusivo a costa de la misma. Esto quedó de manifiesto cuando, entre otros eventos, el Auditor de la sociedad -mismo que fue nombrado por Foods- dio aviso a Foods de supuestas “irregularidades” que en realidad no eran sino actividades que son parte de las operaciones necesarias

¹ Juan López del Alcázar, Fusiones y Adquisiciones en el sector consumo múltiplos de valoración 2019, Ernst & Young Global Limited (EYG), 2 de marzo de 2020. Recuperado de: [https://www.ey.com/es es/consulting/fusiones-y-adquisiciones-en-el-sector-consumo-multiplos-de-valoracion-2019](https://www.ey.com/es_es/consulting/fusiones-y-adquisiciones-en-el-sector-consumo-multiplos-de-valoracion-2019)

y cotidianas de una empresa: la contratación de servicios, la celebración de transacciones y contratos, la incursión en gastos operativos, etc.

10. Ante la revelación de que Foods no buscaba el bien de la empresa sino beneficiarse a costa de Sabores, los Accionistas A tomaron las medidas necesarias para proteger a la sociedad y no exponerla a una situación de bloqueo corporativo (*corporate deadlock*). Estas medidas, son las resoluciones de las Asambleas Objeto de la Litis que cuestiona la Demandante y cuya nulidad exige.

11. La actitud abusiva de Foods, que ya se avisaba desde el incidente con el Auditor, quedó posteriormente confirmada, cuando el 5 de junio de 2019, Foods envió una comunicación a los Accionistas A en la que les notificaba el ejercicio de la opción de venta forzosa prevista en el Convenio de Accionista. En un hecho revelador de su mala fe y de sus motivos ulteriores en todo este caso, Foods interpretaba la fórmula en una forma abusiva y contraria a toda lógica comercial: Foods reclamó el pago de 110,000,000 (ciento diez millones de pesos 00/100 moneda nacional), valor que se acerca más al valor total de Sabores (*total enterprise value*) que al 27% de su participación. Este reclamo reiteró las sospechas de los Accionistas A, pues puso en evidencia el ánimo abusivo de Foods.

12. Después de esta contextualización de hechos, procederemos a presentar las cuestiones de derecho que nos atañen. Mismas que en su conjunto constituyen la controversia y pueden dividirse en tres: Las cuestiones sobre la competencia de este Tribunal, las cuestiones contractuales bajo el Convenio de Accionistas y las cuestiones corporativas de Sabores. En primer lugar, sobre la competencia del Tribunal, nos pronunciaremos respecto a cuáles asuntos creemos que competen al Honorable Tribunal y cuáles no. En segundo lugar, nos referiremos a las cuestiones contractuales, relativas al Convenio de Accionistas. Dentro de éstas, la de mayor importancia corresponde al ejercicio de venta forzosa. En tercer lugar, hablaremos de los actos que forman parte de la vida corporativa de Sabores y de la validez de las Asambleas Objeto de la Litis. Finalmente, argumentaremos la inexistencia de una obligación solidaria de Sabores en relación con las obligaciones de los Accionistas A, que superfluamente alega la Demandante.

2. Argumentos de derecho sobre la competencia del Tribunal

2.1 Nulidad del Convenio de Accionistas en virtud de la Asamblea General Extraordinaria de Accionistas celebrada el 8 de febrero de 2019

13. La Asamblea General de Accionistas con fecha del 8 de febrero de 2019 resolvió dejar sin efectos el Convenio de Accionistas celebrado el 26 de enero de 2018. El artículo 200 de la Ley General

de Sociedades Mercantiles contempla que “Las resoluciones legalmente adoptadas por las Asambleas de Accionistas son obligatorias aun para los ausentes o disidentes, salvo el derecho de oposición en los términos de esta Ley.” En virtud de esta disposición, se puede argumentar que el Convenio de Accionistas ha quedado anulado y que este Tribunal no es competente para resolver ningún aspecto de la *litis* en la presente controversia. Sin embargo, aún bajo una interpretación menos extrema, que asuma que el Convenio de Accionistas sigue en vigor, existen ciertos puntos de la *litis* que de todas maneras quedan fuera de la competencia del Tribunal, como se analizará a continuación.

2.2 Sabores no está vinculado al Convenio

14. Como se explicó en el apartado 1) del presente escrito, el 26 de enero del 2018 los Accionistas A y Foods celebraron el Convenio de Accionistas. Dentro del mismo, la cláusula 9.5 declaraba que todas las controversias que derivaran del Convenio serían resueltas por un tribunal arbitral. Es decir, la misma constituía una cláusula arbitral y vincula a las partes del Convenio. Sin embargo, el Convenio no atañe a Sabores. En primer lugar, porque el contrato mencionado es, conforme su naturaleza, un acuerdo entre los accionistas de la sociedad. En segundo lugar, porque Sabores solamente comparece al contrato, pero no es parte del mismo. A continuación, serán expuestas las razones que sustentan esta afirmación:

A. Naturaleza del Convenio

15. Respecto a la primera cuestión, el Artículo 16 de la Ley del Mercado de Valores reconoce como derechos de los accionistas de las S.A.P.I: convenir entre ellos derechos de acciones de compra o venta de las acciones y convenir acuerdos relativos al voto en asambleas. Sin embargo, el mismo artículo establece que “Los convenios a que se refiere esta fracción no serán oponibles a la sociedad, excepto tratándose de resolución judicial.” Es decir, el Convenio de Accionistas es un pacto entre los accionistas: A través del mismo hacen acuerdos y pueden pactar derechos y obligaciones. No obstante, los mismos no son obligatorios para la sociedad.

B. Sabores no es parte del Convenio

16. Sobre la segunda cuestión nos referiremos al propio contrato y su contenido. El proemio del Convenio de Accionistas menciona explícitamente que lo celebran los Accionistas Originales y la sociedad International Foods, B.V. El proemio también indica que Sabores comparece al Convenio. En el mismo sentido, la hoja de firmas contiene la declaración de que “Las partes suscriben este

Convenio entre Accionistas en la Ciudad de México el día 26 de enero de 2018”. Los firmantes de dicha hoja son los Accionistas Originales y Foods.

17. A lo largo del Convenio, las cláusulas replican las siguientes fórmulas: “los accionistas se obligan”², “las partes acordaron”³, “los titulares de las Acciones Serie A se obligan frente a los titulares de las Acciones Serie F”⁴, “los accionistas acuerdan”⁵. Es decir, las obligaciones contenidas en las cláusulas del Convenio de Accionistas vinculan expresamente a los accionistas. En virtud del proemio del Convenio de Accionistas, la hoja de firmas y la redacción de las cláusulas, es posible concluir que Sabores no es parte del mismo y por tanto tampoco de su Cláusula Arbitral.

18. Es de estudiado derecho que los contratos solo pueden generar efectos entre sus partes. Este principio es conocido como *res inter alios acta*, y se traduce como principio de relatividad. El Codex de Justiniano se refiere al mismo de la siguiente manera: “Muchas veces... se ha dispuesto que las cosas hechas entre unos no pueden causar perjuicio a otros.”⁶ La doctrina también ha estudiado este principio aplicado a la cláusula arbitral. Al respecto, Trazegnies Granda concibe el principio de relatividad de la siguiente manera:

res inter alios acta: El convenio arbitral al ser un acuerdo de voluntades en principio debería surgir efectos tan solo entre las partes que lo suscriben.⁷

19. Según Fausto Rico Álvarez, este principio también se encuentra en el artículo 1796 del Código Civil, pues *a contrario sensu*, el artículo dispone que los contratos no obligan a personas distintas de los contratantes.⁸

Artículo 1796.- Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, excepto aquellos que deben revestir una forma establecida por la ley. Desde que se perfeccionan obligan a los contratantes, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a las consecuencias que, según su naturaleza, son conforme a la buena fe, al uso o a la ley.

20. Por lo tanto, es posible afirmar que el principio *res inter alios acta* está contenido dentro del derecho mexicano. Asimismo, es un principio que aplica a los contratos y, en este caso, a la cláusula arbitral. Por lo tanto, los efectos de la cláusula arbitral sólo vinculan a las partes del Convenio de Accionistas, en este caso, a los Accionistas A y a Foods.

² Cláusula segunda

³ Cláusula tercera

⁴ Cláusula 5.3

⁵ Cláusula sexta y octava

⁶ Fausto Rico Álvarez, “Tratado teórico práctico de las obligaciones”, Pág. 262

⁷ Según Trazegnies Granda (citado por Miguel Ángel Pérez). Miguel Angel Perez, “El Convenio Arbitral en el arbitraje societario y sus efectos en la sociedad”, Revista Actualidad Jurídica, no. 299, octubre 2018, pp. 182.

⁸ Fausto Rico Álvarez, “Tratado teórico práctico de las obligaciones”, Pág. 262

21. En conclusión, el Convenio no fue firmado por Sabores como parte del mismo, sólo como compareciente. Asimismo, la doctrina y la ley indican que los contratos sólo surten efectos entre las partes. En virtud del contrato y de las fuentes del derecho citadas, Sabores no está vinculado al Convenio de Accionistas, ni a su Cláusula Arbitral.

2.4 La cláusula no tiene el alcance suficiente

22. Como ya fue analizado, Sabores no es parte del Convenio de Accionistas y por ello no está obligado al mismo. Suponiendo sin conceder que se le vinculara como parte, aún así el Tribunal no podría conocer de la vida corporativa de la sociedad. Esto porque los estatutos no contemplan una cláusula arbitral.

23. Respecto a ese supuesto, cabe recordar que algunas de las cláusulas del Convenio de Accionistas fueron trasladadas a los estatutos. Sin embargo, la cláusula arbitral no fue una de esas disposiciones. En este sentido, es posible hablar de una cláusula arbitral que no tiene alcance para conocer de Sabores ni de su vida corporativa. La Demandante, en un esfuerzo por confundir al Tribunal, haciéndolo creer que tiene competencia sobre la vida corporativa de Sabores, incluye en su demanda una cita del prestigiado tratadista Francisco Gonzales de Cossío, quien opina que los aspectos corporativos son arbitrables, mientras no afecten a terceros. La postura de González de Cossío es correcta. Sobre las cuestiones corporativas no pesa una inarbitrabilidad objetiva y pueden ser sujetas a arbitraje, pero para ello hay que incluir un pacto arbitral en los propios documentos corporativos (es decir, en los estatutos), lo que en el caso concreto no se hizo. Las acciones en una sociedad anónima son de libre circulación y por tanto pueden ser transmitidas a terceros. Imagínese que, en el caso de Sabores, los Accionistas A transmitieran parte de sus acciones a un tercero que no es parte del Convenio de Accionistas. ¿Le sería aplicable a este tercero una cláusula arbitral que no está en los estatutos sino en un contrato que no firmó y del cual no es parte?

24. Por estas razones, no es posible extender implícitamente la cláusula arbitral del Convenio de Accionistas a los estatutos de Sabores. Sin embargo, la actora solicita su extensión. Sobre ello, haremos dos precisiones adicionales: la primera, es la inejecutabilidad que afectaría el laudo si esto se hace así, y la segunda, es la inaplicabilidad de uno de los casos citados en el escrito de demanda.

A. El laudo no será ejecutable

25. La Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (“Convención de Nueva York”) es una disposición de carácter internacional que trata de

establecer normas legislativas comunes para el reconocimiento de los acuerdos o pactos de arbitraje y el reconocimiento y la ejecución de las sentencias o laudos arbitrales extranjeros y no nacionales.⁹ Esto con el objetivo de resolver las controversias comerciales internacionales. Es decir, la Convención de Nueva York rige el reconocimiento y ejecución de los laudos. Dicho instrumento establece reglas específicas para lograr su cometido.

26. En el caso concreto, nos atañe la falta de una cláusula que vincule a Sabores. A la luz de la Convención de Nueva York, es posible identificar un supuesto jurídico que impide la ejecución de un laudo si se trata de vincular a Sabores. Esto en virtud de que no existe una cláusula arbitral que faculte al Tribunal para conocer de la vida corporativa de Sabores. El Artículo V de dicho ordenamiento, indica lo siguiente:

Sólo se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de la sentencia, a instancia de la parte contra la cual es invocada, si esta parte prueba ante la autoridad competente del país en que se pide el reconocimiento y la ejecución:

c) Que la sentencia se refiere a una diferencia no prevista en el compromiso o no comprendida en las disposiciones de la cláusula compromisoria, o contiene decisiones que exceden de los términos del compromiso o de la cláusula compromisoria; no obstante, si las disposiciones de la sentencia que se refieren a las cuestiones sometidas al arbitraje pueden separarse de las que no han sido sometidas al arbitraje, se podrá dar reconocimiento y ejecución a las primeras [...].

Es decir, un tribunal arbitral no podrá conocer un asunto si no existe una cláusula arbitral o un acuerdo entre las partes. La Convención dispone que los laudos que se emitan excediendo los términos de la cláusula no podrán ser ejecutados en los Estados firmantes. Si el Tribunal, que tiene competencia para conocer los aspectos contractuales entre los Accionistas A y Foods bajo el Convenio de Accionistas, tratara de extender esa competencia a los estatutos de Sabores y demás aspectos de su vida corporativa, incurriría en un exceso que haría que el laudo arbitral no pudiera ser ejecutado bajo la Convención de Nueva York.

B. El caso no aplica en el caso concreto

27. La actora trata de vincular a Sabores a una cláusula arbitral que no firmó mediante el caso *Dow Chemical c. Isover Saint Gobain*. Sin embargo, este caso no es aplicable al caso que nos ocupa, pues Dow es un caso que versa sobre la aplicabilidad de cláusulas arbitrales a empresas enteramente propiedad (*wholly owned subsidiaries*) de una de las partes firmantes, mediante la teoría del grupo de sociedades:

Considerando, en particular, que la cláusula arbitral expresamente aceptada por algunas de las compañías del grupo debe obligar a las demás, las cuales, por virtud de su participación en el cierre, ejecución o

⁹ Convención de Nueva York, 1958

terminación del contrato que contiene las cláusulas, y que, de acuerdo con la mutua intención de todas las partes en el procedimiento, parecieran haber sido verdaderas partes de esos contratos o haber participado principalmente con ellas y las disputas a las que pudieran dar lugar.¹⁰

Este precedente simplemente no resulta aplicable al caso concreto. En el caso Dow, le hicieron aplicable la cláusula arbitral firmada por una empresa de un grupo corporativo a otra empresa totalmente propiedad del mismo grupo corporativo (*wholly owned subsidiary*), misma que no estaba relacionada con la otra parte en el arbitraje. Esto es muy distinto a aplicarle la cláusula de un contrato de coinversión (que por definición no es totalmente propiedad de una de las partes) a la empresa de coinversión que es objeto del propio contrato y en donde, además, ambas partes tienen participación.

2.5 Competencia del tribunal respecto a los asuntos contractuales

28. Como se mencionó previamente, la cláusula arbitral está contenida dentro del Convenio de Accionistas. Dicho Convenio fue firmado por los Accionistas A y por Foods. Es decir, sí rige la relación de los accionistas de la sociedad. Por lo tanto, el Tribunal sí puede conocer de los asuntos contractuales entre dichos accionistas.

29. Honorable Tribunal, en virtud de esa competencia parcial, solicitamos que resuelva las cuestiones de fondo que se presentarán a continuación, mismas que versan sobre el ejercicio y el precio del ejercicio de venta forzoso reclamado por la actora, la mala fe en la que supuestamente incurrieron los Accionistas A, y los supuestos incumplimientos al Convenio de Accionistas.

3. Argumentos contractuales

3.1 Ejercicio del derecho de venta forzoso

30. Sobre los argumentos relativos al Convenio de Accionistas, en la presente controversia el de mayor importancia y el que dio origen a la misma es el relativo al ejercicio del derecho de venta forzosa.

La cláusula 5.3 del Convenio indica lo siguiente:

5.3 bis Los titulares de las Acciones Serie "A" se obligan frente a los titulares de las Acciones Serie "F" a comprar las acciones Serie F de su propiedad, ejecutable en el caso de que el órgano de arbitraje dictamine Mala Fe, en el caso de incumplimiento del pacto de socios u otros supuestos. Los titulares de las Acciones de la Serie "A" garantizan la contrapartida en caso de activación de los derechos de venta, a un precio equivalente al Precio VENTA FORZOSA establecido en el Anexo 1.

¹⁰ Considering, in particular, that the arbitration clause expressly accepted by certain of the companies of the group should bind the other companies which, by virtue of their role in the conclusion, performance, or termination of the contracts containing said clauses, and in accordance with the mutual intention of all parties to the proceedings, appear to have been veritable parties to these contracts or to have been principally concerned by them and the disputes to which they may give rise. *Dow Chemicals v. Isover Saint Gobain*

Es decir, para que se actualizara el derecho de venta forzosa tenía que acreditarse la mala fe de los Accionistas A. Asimismo, el precio se calcularía conforme la fórmula del Anexo 1, que se basa en el método de valuación por múltiplos de EBITDA.

3.2 La declaración de que no se actualiza el supuesto de mala fe contemplado en la cláusula 5.3 bis del Convenio de Accionistas.

31. Inicialmente, es necesario aclarar que no ha habido mala fe por parte de los Accionistas A, como lo mencionó el Auditor designado por Foods. Por el contrario, los Accionistas A han actuado en concordancia con la principal obligación que un accionista tiene como parte de una sociedad, es decir, conforme al mejor interés de la sociedad.

32. Con el objetivo de demostrar la buena fe de los Accionistas A en los párrafos siguientes se desarrollarán los siguientes puntos: A. Los principios que rigen a la sociedad; B. El incumplimiento de Foods al Convenio; C. La actuación desleal de Foods; y D. Los incentivos de Foods y de los Accionistas A para incumplir el contrato.

A. Los principios que rigen a la sociedad.

33. A las sociedades las rige un principio general proveniente de la doctrina clásica del derecho romano: el *animus societatis* o *affectio societatis*. Éste consiste en la obligación de los involucrados de actuar como buenos socios. En términos del autor Ripert, este principio se refiere a la voluntad de colaboración activa, jurídicamente interesada e igualitaria¹¹. Es decir, el *animus societatis* es “la intención de los socios de tratarse como iguales y de realizar conjuntamente la obra común”¹². Asimismo, Fargosi define el *animus societatis* como la voluntad de los socios de “adecuar su conducta y sus intereses personales, egoístas y no coincidentes, a las necesidades de la sociedad para que pueda con ella cumplir su objeto”¹³.

34. A la par del principio de *animus societatis*, coexiste el principio de buena fe, que también es vinculante para los socios. El mismo está dispuesto en el Artículo 1976 del Código Civil, que indica:

“Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, excepto aquellos que deben revestir una forma establecida por la ley. Desde que se perfeccionan obligan a los contratantes, no sólo al

¹¹ Ripert, G. (1988). *Tratado elemental del derecho comercial* (t. II). Buenos Aires: Librería y Editorial Labor. Citado en Paternina, Lauren. “La pérdida del *animus societatis* como causal de disolución de la sociedad” en *Revista de derecho privado* no. 53, Universidad de los Andes. <https://www.redalyc.org/pdf/3600/360039790007.pdf>

¹² ídem

¹³ Fargosi, H. (1955). *La “Affectio societatis”*. Buenos Aires: Librería Jurídica Valerio Abeledo. Citado en Paternina, Lauren. “La pérdida del *animus societatis* como causal de disolución de la sociedad” en *Revista de derecho privado* no. 53, Universidad de los Andes. <https://www.redalyc.org/pdf/3600/360039790007.pdf>

cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a las consecuencias que, según su naturaleza, son conforme a la buena fe, al uso o a la ley.”

La doctrina ha hecho esfuerzos por desentrañar el significado de este principio en su aplicación a los contratos. En lo relativo a la buena fe contractual, Raúl Ortiz-Urquidi recuerda que el artículo 1796 del Código Civil de 1928 tiene como modelo el Proyecto Español de García Goyena, que expresa que “la equidad y la buena fe son el alma de los contratos”¹⁴. Por lo tanto, en el Código Civil la idea de equidad forma parte de la expresión de buena fe. En este sentido, es posible identificar que para acreditar la buena fe los contratantes deben cumplir lo expresamente pactado conforme a la idea de equidad.

35. Asimismo, otros autores se refieren a la buena fe. Por ejemplo, Enneccerus Kipp y Wolf la definen así:

“La buena fe prohíbe, en primer lugar, que se cometa abuso con pretensiones jurídicas formal o aparentemente fundadas. La buena fe quiere proteger al deudor contra las exigencias impertinentes, que choquen contra el derecho y la equidad.”¹⁵

También Planiol se refiere a la buena fe:

“Es la obligación de obrar como hombre honrado y consciente no sólo en la formación sino también en el cumplimiento del contrato, sin atenerse exclusivamente a la letra del mismo”¹⁶

36. En este sentido, la actora alega que la mala fe se actualiza porque tanto Sabores como los Accionistas A decidieron ignorar el Convenio de Accionistas, como se expresa en su siguiente declaración:

“la contraparte decidió ignorar su contenido, procurando, a su vez, que mi representada continuara en el engaño, creyendo erróneamente que tanto los Estatutos, como el Pacto, se seguían observando conforme a lo acordado.”¹⁷

Esta conclusión resulta errónea. Primeramente, porque el concepto de mala fe al que se refiere, “la disimulación del error”, ni siquiera es aplicable a la situación fáctica en la que se basa el argumento de la Demandante. Aun asumiendo que los Accionistas A incumplieron acuerdos bajo el Contrato de Accionistas, ninguna actuación de Sabores o de los Accionistas A permite suponer que buscaron engañar a Foods o inducirla en el error.

B. El incumplimiento de Foods al Convenio de Accionistas

¹⁴ Ortiz-Urquidi, Raúl. “Derecho Civil”, Tomo I, Volumen II, Bosh Casa Editorial, Barcelona, Eso. 1960, p. 145 en Barroso Figueroa, José. “El principio de la buena fe en el derecho civil”, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

¹⁵ Ludwig Enneccerus y Henrich Lehmann, Derecho de Obligaciones, Segunda Edición, Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1954, pág. 19.

¹⁶ Citado por Ernesto Gutiérrez y González, Derecho de las Obligaciones, Porrúa, México, 1995, pág. 435

¹⁷ Párrafo 39 del escrito de demanda de Foods

37. Pero aún más importante que las deficiencias técnicas de cómo construye su argumento nuestra contraparte, es el hecho de que nunca existió mala fe (sea cual sea la definición que se utilice) por parte de los Accionistas A, toda vez que las acciones que de ellos se reclaman no fueron sino reacciones para proteger a Sabores ante los indicios sobre la verdadera pretensión de Foods al invertir en la sociedad: obtener un lucro abusivo y desproporcionado. En efecto, mientras los Accionistas A actuaron en protección de la empresa y conforme al *animus societatis*, Foods sólo busca el pago de sus acciones a una cantidad mucho mayor a su valor, en perjuicio de la sociedad misma y de los demás accionistas. En el caso concreto sí hubo mala fe. Pero ésta fue del lado de Foods y no de los Accionistas A.

C. La actuación desleal de Foods y el precio del derecho de venta forzosa

38. El derecho de venta forzoso pactado en el Convenio estaba sujeto a la acreditación de la mala fe, y la determinación de su precio se haría conforme al Anexo 1 del contrato. La fórmula para calcular el precio del put incluía un método de valuación común en el mercado y cuya correcta interpretación está fuera de toda controversia. Sin embargo, tratando de explotar deficiencias en la redacción del Anexo, Foods tergiversa el método de valuación para tratar de obtener un lucro desproporcionado.

39. Como se mencionó en el apartado de hechos, el Anexo 1 contenía una fórmula basada en un método de valuación de empresas comúnmente utilizado en el mundo de los negocios: la valuación por múltiplo de EBITDA. El EBDITA es un indicador de la rentabilidad de una empresa, por lo que este método toma este indicador para calcular el valor total de la empresa, multiplicándolo por determinado múltiplo, el cual varía dependiendo de la industria en que opere la empresa. En el caso de la fórmula del Anexo 1 del Convenio de Accionistas, el múltiplo es de 12. Así, el Anexo 1 planteaba una fórmula para calcular el valor total de Sabores, que para después calcular el valor proporcional de las acciones de Foods, tendría que multiplicarse por .27, toda vez que la participación de Foods en sabores es del 27%. Sin embargo, Foods omite este último paso, pretendiendo que se le pague por su 27%, el 100% del valor de Sabores.

40. Por dichas razones, el actuar de Foods constituye una mala práctica comercial -en términos del Convenio- y un reclamo contrario a la equidad -según Raúl Ortiz-Urquidi-. Y acredita un actuar desleal desde la perspectiva de la mala fe. Así, el ejercicio del put constituye un abuso con pretensiones aparentemente fundadas -en términos de Enneccerus- y demuestra que el comportamiento de Foods no ha sido honrado ni consciente -según Planiol-.

41. Es posible afirmar que la actuación desleal de Foods es contraria al *animus societatis* y a la buena fe. Naturalmente, los Accionistas A debieron actuar en respuesta y defensa a dicho incumplimiento de los principios que rigen a la sociedad. Por ello, no se puede considerar que la actuación de los Accionistas A sea de Mala Fe. Al contrario, la defensa de Sabores por parte de los Accionistas A acredita su actuación de buena fe, ya que tiene como objeto cumplir con su obligación principal como accionistas. Esta afirmación reitera el hecho de que no se actualiza el supuesto de Mala Fe de los Accionistas A, esencial para el ejercicio del *put*.

D. Los incentivos de Foods y de los Accionistas A para incumplir el contrato

42. De forma marginal, cabe explorar los incentivos que tenían ambas partes para incumplir el Convenio:

Es insostenible la alegación que hace la contraparte en la cual aseguran que los Accionistas A pretendieron incumplir el contrato y mantener en el engaño a Foods. Es imperante aclarar que los Accionistas A no obtendrían ningún beneficio del incumplimiento del contrato. Por el contrario, desde el principio accedieron a establecer una pena convencional significativa según el precio de mercado y la tenencia accionaria. Por otro lado, Foods tenía a su favor el derecho de venta forzosa, que además presentaba una fórmula que mediante interpretaciones abusivas le permite intentar obtener un lucro desproporcionado. De tal modo, le convenía actuar de una manera perjudicial para la sociedad y así orillar a los Accionistas A a incumplir el Convenio en respuesta a su mala fe.

En este sentido, los Accionistas A han velado por el bien de Sabores desde antes de la llegada de Foods, como es natural. Los Accionistas A celebraron el Convenio pensando que incluir a un nuevo accionista sería benéfico para la sociedad. Resulta absurdo que, con la contextualización anterior, se creyera que los Accionistas A celebraron el Convenio con la única intención de incumplirlo y perjudicar a su propia sociedad y a sí mismos, beneficiando sin lógica alguna a Foods.

3.3 La declaración de que el ejercicio del *put* es prematuro e improcedente

43. Conforme a lo narrado hasta este punto, es posible reconocer que el ejercicio del derecho de venta forzosa que Foods intenta conforme la cláusula 5.3 bis del Convenio es improcedente. Esto en virtud de tres razones: i) la condición de mala fe a la que está sujeto no ha sido actualizada; ii) la mala fe tampoco ha sido declarada por la autoridad correspondiente; y iii) su ejercicio constituye un lucro excesivo.

44. Como se demostró en el apartado anterior, los Accionistas A no incurrieron en mala fe pues los actos corporativos controvertidos no constituyen un incumplimiento del Convenio. Dichas actuaciones fueron una reacción a la mala fe de Foods. Y las mismas se ejecutaron con el único propósito de beneficiar a la sociedad y protegerla del daño que la actora podría causar a Sabores.

45. En cuanto a la declaración de la mala fe, el ejercicio del *put* puede considerarse prematuro. Esto se debe a que, como menciona Ortiz-Urquidi, la buena fe es el alma de todos los contratos, por lo que se supone su existencia en el actuar de las partes. Respecto a esto, el Código Civil Federal indica en el artículo 807 que “[l]a buena fe se presume siempre; al que afirme la mala fe del poseedor le corresponde probarla.” Por lo tanto, para que la mala fe proceda, conlleva el requisito implícito de que la misma debe de ser declarada.

46. Por último, cabe resaltar el hecho de que el ejercicio del *put* y la interpretación relativa al precio que hace Foods constituyen un lucro excesivo, mismo que resulta perjudicial para la sociedad y sus accionistas. En el mismo sentido, el ejercicio del derecho de venta forzosa constituye un actuar desleal y es contrario al bienestar de la sociedad.

47. Al contrario de lo que alega la actora, todos los actos que los Accionistas A han llevado a cabo cumplen el único propósito de beneficiar a la sociedad. Es de esta manera en que los Accionistas A se han conducido en favor de Sabores todo el tiempo: desde su constitución, antes de la entrada de Foods, hasta la actualidad. Naturalmente, dicho objetivo sigue guiando su actuar aún después de la participación de Foods en la sociedad. Esto permite demostrar que la actuación en respuesta y defensa a las actuaciones de mala fe de Foods no actualizan el supuesto de mala fe. Por el contrario, reafirman la buena fe de los Accionistas A al cumplir con su obligación principal como accionistas en favor de la sociedad Sabores.

4. Argumentos corporativos

48. Como ya ha sido sostenido, el presente Tribunal no tiene competencia para conocer la vida corporativa de Sabores. Lo anterior se debe a los límites de la cláusula arbitral. No obstante, tenemos dos objeciones adicionales a las pretensiones de la actora: La primera de ellas es la falta de exigibilidad de las obligaciones de los Accionistas A, y la segunda, la inexistencia de una obligación solidaria

4.1 Falta de exigibilidad de las obligaciones de los Accionistas A conforme al Convenio.

49. Como se reconoció anteriormente, los Accionistas A y Foods se obligaron mutuamente a través de un Convenio. No obstante, esa no es la única relación jurídica que los vincula. En este caso, Foods se incorporó al contrato de sociedad al momento de invertir en Sabores.

50. Cabe destacar que tanto el Convenio como el contrato de sociedad son contratos sinalagmáticos. Es decir, establecen obligaciones recíprocas entre las partes por lo que la prestación que un socio puede esperar del otro es equivalente a la que está dispuesto a ofrecer. Sobre éstos, existe la siguiente tesis:

CONTRATOS SINALAGMATICOS.

En ellos, el que no cumpla por su parte con las obligaciones estipuladas, no puede exigir que la otra parte cumpla con las suyas.

Amparo civil directo. Herrera Eduardo. 28 de enero de 1925. Mayoría de siete votos. Disidentes: Jesús Guzmán Vaca, Ernesto Garza Pérez y Francisco M. Ramírez. La publicación no menciona el nombre del ponente.¹⁸

51. En virtud del Convenio, Foods tendría derecho a que se cumplieran los acuerdos contenidos en el mismo, siempre y cuando hubiera cumplido con sus propias obligaciones. Como accionista de Sabores, su primordial obligación debió ser velar por el bienestar de la sociedad. O, cuando menos, no dañarla. Como se demostró con anterioridad, Foods incumplió el principio de *animus societatis*. Por lo tanto, no puede exigir el cumplimiento del Convenio a los Accionistas A.

52. Los incumplimientos específicos que señala la Demandante: de las cláusulas relativas a la convocatoria de asambleas, quórum y la remoción del Director General y demás funcionarios, no deben de percibirse como incumplimiento que actualice la mala fe de los Accionistas A, sino que son actuaciones para proteger a la sociedad en respuesta a la Mala Fe de Foods.

53. Por lo tanto no es viable que Foods exija el cumplimiento de las obligaciones de los Accionistas A, pues dichas actuaciones fueron realizadas con la única intención de proteger a la sociedad. Es insensato que la contraparte pretenda que los Accionistas A actúen conforme al Convenio, cuando Foods ha incumplido su obligación primordial bajo el mismo, actuar de buena fe.

4.2 Inexistencia de responsabilidad solidaria de Sabores

54. Como se señaló previamente, Sabores no es parte en el Convenio. Por lo tanto, no puede ser vinculada a las obligaciones que en el Convenio se pactaron. Sin embargo, la actora hace referencia a una supuesta obligación solidaria en el escrito de demanda.¹⁹ Dicha pretensión no tiene fundamento contractual, ni jurídico.

¹⁸ Época: Quinta época, Registro: 279529, Instancia: Pleno, Tipo de Tesis: Aislada, Fuente: Semanario Judicial de la Federación, Tomo XVI, Materia(s): Civil, Página: 165

¹⁹ ii. Postura y pretensiones de la demandante: 4. La condena solidaria de las Demandadas al pago del precio de venta, en los términos pactados en el Convenio entre Accionistas.

55. En primer lugar, el Convenio carece de una cláusula que establezca una obligación solidaria que vincule a Sabores. Al contrario, el Convenio estipula que “Los titulares de las Acciones Serie “A” se obligan frente a los titulares de las Acciones Serie “F”²⁰. La obligación citada es clara y no hay, en todo el Convenio, un indicio de solidaridad.

56. En segundo lugar, el artículo 1988 del Código Civil establece que “La solidaridad no se presume; resulta de la ley o de la voluntad de las partes.” Como se mencionó previamente, las partes no pactaron una responsabilidad solidaria. En virtud de estas cuestiones, no existe una obligación solidaria que vincule a Foods.

5. Petitorio

Por lo expuesto, solicitamos a este Tribunal

- a) Que se declare incompetente para resolver cualquier aspecto relativo a Sabores y/ o a sus actos corporativos;
- b) Que se declare competente para resolver aspectos contractuales entre los Accionistas A y Foods, bajo el Convenio de Accionistas;
- c) Que declare que los Accionistas A no han actuado de mala fe;
- d) Que declare que al no haber los Accionistas A actuado de mala fe, no procede el ejercicio del derecho de venta forzosa (put) que intenta la Demandante;
- e) Que declare que Foods ha actuado de mala fe;
- a) Que condene a la Demandante al pago de los gastos y costas del presente arbitraje.

²⁰ Cláusula 5.3 del Convenio