

ACUERDO ARBITRAL CONTENIDO EN UN CONTRATO CON CLÁUSULA DE ESTIPULACIÓN A FAVOR DE TERCERO

Emilio González de Castilla
Francisco González de Cossío

| | | |
|------|--|----|
| I. | INTRODUCCIÓN | 2 |
| A. | ¿DOS INSTITUCIONES CONTRADICTORIAS <i>IN NATURA</i> ? | 2 |
| B. | ÁMBITO DE ESTE ESTUDIO..... | 2 |
| II. | REQUISITOS FORMALES DEL ACUERDO ARBITRAL | 3 |
| A. | INTRODUCCIÓN | 3 |
| B. | REQUISITOS DE FORMA | 3 |
| 1. | La regla..... | 3 |
| 2. | La excepción..... | 4 |
| III. | REQUISITOS DE VALIDEZ DE LA ESTIPULACIÓN A FAVOR DE UN TERCERO | 5 |
| IV. | ACUERDO ARBITRAL Y ESTIPULACIÓN: <i>¿QUID IURIS?</i> | 13 |
| A. | INTRODUCCIÓN | 13 |
| B. | POSTURA EN CONTRA | 13 |
| 1. | La forma de la <i>lex specialis</i> prevalece..... | 13 |
| 2. | Naturaleza de la estipulación a favor de tercero | 14 |
| 3. | Autonomía del acuerdo arbitral y su impacto en la estipulación a favor de tercero | 16 |
| C. | POSTURA A FAVOR..... | 18 |
| 1. | Acuerdo arbitral por referencia | 18 |
| 2. | Obligación del tercero de arbitrar al aceptar estipulación..... | 19 |
| a) | Legal..... | 20 |
| b) | Jurisprudencial..... | 23 |
| c) | Doctrinal | 24 |
| d) | <i>Post scriptum</i> | 27 |
| 3. | Postulado | 28 |
| V. | COMENTARIO FINAL | 29 |

I. INTRODUCCIÓN

A. ¿DOS INSTITUCIONES CONTRADICTORIAS *IN NATURA*?

La estipulación a favor de tercero es una institución de excepción al principio *res inter alios acta*. Mediante la misma dos partes contratantes (promitente y estipulante) pueden crear un derecho en el patrimonio de un tercero—el beneficiario.

El arbitraje es un mecanismo *privado* de solución de controversias. Por definición, pueden recurrir a él únicamente quienes así lo hayan acordado: *res inter alios acta in essentia*.

La duda surge sobre el efecto jurídico, alcance y oponibilidad de una cláusula arbitral inserta en un contrato que también contempla una cláusula con estipulación a favor de tercero. En específico, ¿el tercero está vinculado por la misma?

B. ÁMBITO DE ESTE ESTUDIO

Este estudio busca dar respuesta a la interrogante. Para hacerlo analizaremos el régimen de forma del acuerdo arbitral (§II), los requisitos de validez de la estipulación a favor de un tercero (§III), para luego conjugarlos (§IV), y finalizar con un comentario conclusivo (§V).¹

¹ Una advertencia preliminar es procedente. Todo este ejercicio parte de la premisa que el contrato que contiene tanto el acuerdo arbitral como la estipulación son sencillos. No contienen complejidad alguna. Tener esto en mente es importante pues el sentido de las opiniones que en este estudio se vierten pueden cambiar radicalmente en caso de que la estipulación contenga una mención expresa sobre el acuerdo arbitral, el acuerdo arbitral haya contemplado y resuelto la interrogante, u otras previsiones contractuales hayan tenido lugar. Sin embargo, como ello haría de la pregunta un ejercicio banal, hemos partido de la premisa más difícil—pero más estimulante—para poder lograr el fin último de este ensayo: hacer una contribución a nuestra disciplina.

II. REQUISITOS FORMALES DEL ACUERDO ARBITRAL

A. INTRODUCCIÓN

La “forma” constituye el conjunto de requisitos que la Ley exige para que la expresión de la voluntad conste de manera fehaciente.

Por su forma, los actos jurídicos pueden clasificarse en: consensual, formal y solemne. Los actos **consensuales** son aquellos para cuya perfección sólo basta el consentimiento de las partes—aunque no se haga constar en formalidad alguna. Los actos **solemnes** son aquellos que la ley somete a cierta formalidad que eleva a esencial bajo la pena de inexistencia. No tiene valor alguno a los ojos del derecho si no se ha manifestado en la forma prescrita por éste. Los actos **formales** son aquellos cuya falta de forma no acarrea su inexistencia, sino nulidad relativa, por lo que no impide que el acto produzca sus efectos.

A continuación se analizarán los requisitos de forma del acuerdo arbitral con la finalidad de preparar el terreno para la discusión que tendrá lugar.

B. REQUISITOS DE FORMA

En principio, el acuerdo arbitral es un acto formal. Dicha regla tiene tres excepciones.

1. La regla

El artículo 1423 del Código de Comercio establece:

El acuerdo de arbitraje deberá constar por escrito, y consignarse en documento firmado por las partes o en un intercambio de cartas, télex, telegramas, facsímil u otros medios de telecomunicación que dejen constancia del acuerdo, o en un intercambio de escritos de demanda y contestación en los que la existencia de un acuerdo sea afirmada por una parte sin ser negada por la otra. La referencia hecha en un contrato a un documento que contenga una cláusula compromisoria, constituirá acuerdo

de arbitraje siempre que dicho contrato conste por escrito y la referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato.

(énfasis añadido)

Como puede observarse, el acuerdo arbitral debe constar por escrito y estar firmado por las partes. Ello hace del acuerdo arbitral ‘tradicional’ un acto formal.

La necesidad de que el acuerdo arbitral esté por escrito ha encontrado aceptación (casi) universal tanto por las legislaciones nacionales² como por los tratados internacionales³ sobre la materia. El motivo: su facilidad de determinación, aunado a la consecuencia del acuerdo arbitral: restar jurisdicción a los tribunales que de otra manera serían competentes.⁴ Lo que se conoce en la doctrina arbitral como el “efecto negativo” del acuerdo arbitral.

2. La excepción

La (frecuentemente pasada por alto) segunda parte del artículo 1423 del Código de Comercio establece:

El acuerdo de arbitraje deberá constar por escrito, y consignarse en documento firmado por las partes o en un **intercambio** de cartas, télex, telegramas, facsímil u otros **medios de telecomunicación que dejen constancia del acuerdo**, o en un **intercambio de escritos de demanda y contestación** en los que la existencia de un acuerdo sea afirmada por una parte sin ser negada por la otra. La **referencia hecha en un contrato a un documento que contenga una cláusula**

² Austria (Artículo 577 Código Austriaco de Procedimiento Civil); Bélgica (artículo 1677 del CJB); Reino Unido (artículo 5 de la Ley de Arbitraje Inglesa); Francia (artículo 1442 del NCPC) Alemania (artículo 1027(1) del Código Alemán de Procedimiento Civil); Italia (artículos 807 y 808 del CPC); Países Bajos (artículo 1021 de la ley de arbitraje de los Países Bajos); Polonia (artículo 698 del código Polaco de Procedimiento Civil); Suiza (artículo 178(1) de la LDIP); entre otras. En otros casos (como el de Suecia) no existe requisito de forma.

³ Artículo II.1 de la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras del 10 de junio de 1958 (la “Convención de Nueva York”), artículo 1 de la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional (“Convención de Panamá”), artículo 2(a) de la Convención Europea sobre Arbitraje Comercial Internacional (“Convención de Ginebra”).

⁴ Como resultado del artículo II de la Convención de Nueva York.

compromisoria, constituirá acuerdo de arbitraje siempre que dicho contrato conste por escrito y la referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato.

(énfasis añadido)

El texto resaltado contempla tres hipótesis en los que existe un acuerdo arbitral, aunque no sea el tradicional:

- a) Intercambio de comunicados que dejen constancia del acuerdo arbitral;
- b) Intercambio de demanda y contestación sin oposición de una excepción de incompetencia; y
- c) La incorporación por referencia de un contrato que contenga un acuerdo arbitral.

La mecánica, contenido y alcance de dichos acuerdos arbitrales no se agotarán. Tan sólo se deja constancia de los mismos pues se tornarán relevantes más adelante. De alguna manera constan también por escrito, aunque no de la forma comúnmente conocida mediante una cláusula arbitral directa sino mediante intercambio de documentos que finalmente implican una constancia por escrito del acuerdo arbitral.

III. REQUISITOS DE VALIDEZ DE LA ESTIPULACIÓN A FAVOR DE UN TERCERO

La estipulación a favor de tercero desde su origen hasta nuestros días ha sido motivo de análisis y comentarios en torno a su naturaleza jurídica. De no atender y entender ésta, las consecuencias jurídicas pueden ser diferentes o, en todo caso, incongruentes con su regulación positiva.

En su origen el principio de “*alteri stipulari nemo potest*” impedía estipular a favor de un tercero pues se afectaba dicho principio; es decir, no se podría afectar un patrimonio ajeno sin consentimiento de su titular.

Necesidades prácticas motivaron aceptar casos de excepción a la regla, particularmente en (i) la donación “*sub modo*” o con carga en la que se permitió al tercero beneficiario exigir el cumplimiento de la carga al donatario no mediante una acción directa si no mediante una “*actio utilis*”, y (ii) en la condición de estipular --una pena-- para uno mismo; es decir, me pagas una pena si no entregas una prestación a un tercero. En ambos se podría afectar el patrimonio ajeno sin consentimiento del titular.

Estas excepciones limitadas abrieron finalmente la posibilidad de estipular a favor de otro—no en contra—siempre que el estipulante tuviera un interés en dicha estipulación; *donandi, solvendi o credendi* causa. Especialmente los temas de seguros contra accidentes y de vida a favor de un tercero exigían un cambio en esta materia. De esa forma existió la posibilidad general de estipular a favor de otro sin caer en casuismos de excepción.

Ello, sin embargo, motivó que se desarrollaran esfuerzos para explicar su naturaleza jurídica. De ello dependen consecuencias jurídicas y congruencia con los principios generales de derecho común.

Así, en una primera instancia se pretendió explicar la naturaleza jurídica de la estipulación a favor de tercero a la luz de la teoría contractual (Laurent y Thaller) para tratar de hacer compatible el principio del “*alteri stipulari nemo potest*” con la institución. Es decir, buscar la compatibilidad del principio con la institución. Surgieron las opiniones que explicaron a la estipulación a favor de tercero como un doble contrato, teorías que, a su vez, se dividieron en dos corrientes, a saber.

a.- La doble contratación como un primer contrato entre estipulante y promitente como fuente de un derecho (con su correlativa obligación) que nace en el patrimonio del estipulante, y un segundo contrato entre el estipulante (titular del derecho) y el tercero, mediante el cual el derecho nace en el patrimonio de éste último. Este sistema es incompatible, pues generaría sólo una acción del tercero en contra del estipulante. Aún sobre la base de que el segundo contrato tuviese como objeto el derecho nacido en el patrimonio del estipulante con motivo del primer contrato, ésta transmisión del derecho sería entonces incongruente con la posibilidad de que el propio estipulante pueda exigir del promitente el cumplimiento de la obligación en favor del tercero, pues al ceder su derecho a éste en el segundo contrato, lo desvincularía de la relación jurídica, además de que su concurso ocurrido entre la celebración del primer y segundo contrato dejaría al tercero desprotegido. El tercero no podría exigir el cumplimiento de la obligación del promitente sino hasta que se concluyera el segundo contrato, pues antes de ello no estaría legitimado, y, finalmente, no se entendería la revocabilidad del derecho que nace en el patrimonio del tercero, pues antes de la celebración del segundo contrato aún no habría nacido el derecho en su patrimonio, y después de la celebración del segundo contrato ya habría manifestado su deseo de querer aprovecharlo.

b.- La doble contratación como primer contrato entre estipulante y promitente como fuente del derecho (y su correlativa obligación) cuyo objeto es un “hacer”; que el promitente ofrezca al tercero quedar obligado en su favor, ofrecimiento que, de ser aceptado por el tercero, surge un segundo contrato entre éste y el promitente. Este sistema no explica cómo el estipulante, quien no es parte en el segundo contrato, mantiene la posibilidad de exigir del promitente el cumplimiento de la obligación, además de que no se entendería la revocabilidad del derecho que nace en el patrimonio del tercero, pues antes de la aceptación no se podría revocar lo que no ha nacido en su patrimonio, y de revocar el promitente su ofrecimiento estaría incumpliendo el contrato con el estipulante.

Una vez aceptado el ofrecimiento por el tercero, ya no sería revocable pues ya habría manifestado su deseo de querer aprovecharlo, todo lo cual hace incompatible esta segunda teoría de la doble contratación.

Lo anterior motivó que autores como Labbé y Planiol pretendieran explicar la naturaleza jurídica de la estipulación a favor de tercero como un tipo de Gestión de Negocios Ajenos, teoría que no es congruente con los efectos de la estipulación a favor de terceros, pues una vez concluida la gestión el gestor queda desligado dejando la satisfacción del vínculo que contrajo a nombre del dueño del negocio a cargo de este; ya sea que lo ratifique o que resulte útil la gestión, situación que no ocurre en la estipulación a favor de terceros pues se mantiene la revocabilidad del derecho que nace en el patrimonio del tercero, además de que el propio estipulante mantiene una legitimación para exigir del promitente el cumplimiento de la obligación, lo que no puede hacer el gestor una vez concluida la gestión. Además, lo más importante, es que la gestión obliga al dueño del negocio, mientras que en la estipulación a favor de tercero no se obliga al tercero, sino que sólo hace nacer en su patrimonio un derecho.

Así entonces surgió la teoría de la declaración unilateral de voluntad (Worms-Favré) del promitente, que emite en cumplimiento de un compromiso contractual previo con el estipulante, como fuente del derecho que nace en el patrimonio del tercero. No se explica, sin embargo, cómo el promitente puede oponer al tercero las excepciones derivadas del contrato, si la fuente del derecho lo es su declaración unilateral de voluntad, aunque ésta se haya emitido en cumplimiento de un contrato previo con el estipulante y en el cual el tercero no es parte. De la misma forma, no se entendería cómo el estipulante mantiene su derecho de exigir del promitente el cumplimiento de la obligación a favor del tercero, si la fuente del derecho es la declaración unilateral de voluntad del promitente y no el contrato previo que se agotó al cumplir el promitente con la emisión de su declaración unilateral de voluntad. Por otra parte, no se entiende cómo el derecho nace en el patrimonio del tercero desde la

celebración del contrato, si la fuente de su derecho no es éste sino la declaración unilateral de voluntad del promitente. Finalmente, no se entiende la revocabilidad del derecho que nace en el patrimonio del tercero pues el estipulante no habría sido parte en la fuente del derecho, ya que esta es la declaración unilateral del promitente, y no lo puede revocar éste pues sería dejar a su merced el cumplimiento de su propia obligación.

No obstante lo anterior, por ser la teoría en boga en el año de mil novecientos veintiocho, el legislador Mexicano la toma para incluir a la institución de la estipulación a favor de tercero, como una especie de declaración unilateral de voluntad, no obstante que de inicio es señalado que “*en los contratos*” se puede estipular a favor de terceros.

Finalmente, surge la teoría de la creación directa de la acción (Lambert) en la cual se establece que la estipulación a favor de tercero crea, como excepción al “*res inter alios acta*” con base en la autonomía de voluntad, una acción directa en el tercero en cuyo patrimonio nace un derecho (no una obligación) de naturaleza revocable. Esta teoría justifica que el promitente pueda oponer al tercero las excepciones derivadas del contrato, explica porqué en los contratos se puede estipular en favor de tercero, justifica que el estipulante puede estar legitimado para exigir el pago del promitente toda vez que es parte en el contrato fuente del derecho, además de ser quién tiene interés en la estipulación (que justificó en sus orígenes que se abriera campo la estipulación a favor de terceros) y quien puede unilateralmente (salvo pacto en contrario) revocar por la misma razón el derecho que nace en el patrimonio del tercero mientras no manifieste su deseo de querer aprovecharlo.

Esta última teoría contractualista choca con la ubicación formal de la regulación de la figura en nuestro código dentro del capítulo de la declaración unilateral de voluntad, no obstante lo cual es evidente que habría que seguir la interpretación jurídica contractualista para evitar las contradicciones internas

y lograr así sus consecuencias jurídicas ortodoxas sin forzar la argumentación jurídica.

La consecuencia de lo anterior implica que el tercero titular del derecho puede exigir, salvo pacto en contrario, del promitente el cumplimiento de la obligación establecida en su favor. Si hubiere pacto en contrario, el tercero tendría el derecho más no la legitimación para hacerlo exigible, ya que esta quedaría en poder del estipulante; quien no sería titular del derecho correlativo de la obligación.

En esta tesitura, la pregunta sería ¿el tercero en cuyo favor se ha establecido una prestación, puede intervenir en la relación contractual entre estipulante y promitente, o sólo debe limitarse al efecto particular establecido en su favor?

¿Podría pedir la rescisión del contrato por incumplimiento del promitente y exigir, así, daños y perjuicios? Lo anterior, puesto que la relación contractual es fuente de una serie de efectos jurídicos vinculantes bidireccionales en los contratos de intercambio, uno de los cuales—y sólo uno aislado—se establece a favor del tercero; el derecho establecido en su favor. Por ejemplo, en un contrato de arrendamiento el arrendador (estipulante) puede estipular con el arrendatario (promitente) una prestación (derecho de obtener el importe de la renta) en favor de un tercero con cualquier interés jurídico del estipulante, es decir, con ánimo de liberalidad, con ánimo de liberación de una obligación previa entre estipulante y tercero o con ánimo de otorgar un préstamo al tercero. (*Donandi, credendi y solvendi*).⁵

Si el arrendatario promitente incumple su obligación de pagar el importe de la renta al tercero, éste podrá, salvo pacto en contrario, exigir el cumplimiento de la obligación; pero si el arrendatario promitente no cumple

⁵ Von Tuhr, TRATADO DE LAS OBLIGACIONES, Tomo II. Editorial Reus, S.A. 1934, pg. 210. Ruiz Quiroz Humberto, REVISTA MEXICANA DE FIANZAS, Agosto 1986, pg. 137.

con su obligación de hacer las reparaciones en el inmueble rentado o viola alguna obligación de origen convencional como podría ser el no hacer determinadas actividades dentro del inmueble, es sólo el arrendador estipulante quien estaría legitimado para actuar, no así el tercero, quién es ajeno a esas otras consecuencias jurídicas derivadas del vínculo contractual, ya que su vínculo jurídico se limita a la obtención del pago de la renta. Aquel podría exigir el cumplimiento de esas otras obligaciones, lo que no podría hacer éste. Se debate, por otra parte, si el arrendador estipulante podría rescindir el contrato por incumplimiento culpable y sustancial de arrendatario promitente, ya que dicha rescisión implicaría una revocación indirecta del derecho establecido a favor de tercero, lo que no sería factible toda vez que este habría manifestado su deseo de querer aprovechar el derecho establecido en su favor y por tanto ya irrevocable.

Ya un autor señala que *“hay acuerdo en considerar que el tercero no puede valerse de las acciones de revocación o de rescisión, cuya existencia hemos reconocido a favor del estipulante, en caso de incumplimiento de la estipulación, pues dichas acciones no pueden aprovechar mas que exclusivamente al estipulante, y no al tercero que nada ha dado al promitente.”*⁶

Otro autor ha señalado que *“El contrato a favor de tercero constituye una importante excepción al principio de que los contratos sólo surten efecto respecto a las personas que intervienen en su celebración(1). Esta excepción se justifica por el hecho de que los contratos de que se trata no imponen deberes al tercero, sino que le confieren solamente derechos, derechos que, si no le interesan, será libre par no ejercitar o abandonar.”*⁷

⁶ Gaudemet Eugene, TEORÍA GENERAL DE LAS OBLIGACIONES, Editorial Porrúa, S.A., 1994, 1ª Edición, pg. 272.

⁷ Von Tuhr, id., 196 y 197.

El hecho de que un sujeto sea titular de un derecho sin estar ligado por el resto de los efectos de la vinculación jurídica contractual no es extraño. El mismo resultado se logra en la cesión de derecho por oposición a la cesión de contrato. En aquel, el cesionario resulta titular de un derecho de crédito más no de todo el contrato, mientras que en éste el cesionario toma el papel de parte en el contrato sustituyendo al cedente en todos los derechos y obligaciones contractuales. En suma, puede haber una causahabencia particular (derecho) o una causahabencia vincular (contrato) con consecuencias diametralmente opuestas.

En la estipulación a favor de terceros “...si A. celebra un contrato a favor de X., éste, el tercero favorecido, adquiere por virtud de ese contrato un crédito, pero todos los demás efectos del contrato celebrado se dan en la cabeza de A. ya que éste contrata en nombre propio.”⁸

Todo lo anterior supone, pues, que si bien tanto en la estipulación a favor de tercero como en la cesión de derechos, el promitente y el deudor pueden oponer al tercero y al cesionario respectivamente las excepciones derivadas del contrato y las que podría oponer al cedente al momento de verificarse la cesión, por ser la forma de proteger al sujeto deudor, también lo es que ello no legitima al tercero o al cesionario para ejercer derechos o facultades derivadas de todo el vínculo contractual fuente de su derecho, pues su derecho es aislado y limitado a solo uno de los efectos dentro del conjunto de efectos generados por el contrato, como lo es el derecho de obtener una prestación específica nada más.

Es a la luz de estas consideraciones que debemos estudiar y analizar la efectividad de la cláusula arbitral contenida dentro de un contrato con cláusula de estipulación a favor de tercero, para determinar si dicha cláusula arbitral—independiente del contrato por naturaleza—compromete o no al tercero en cuyo patrimonio se ha establecido un derecho limitado revocable.

⁸ Idem, pg. 198.

IV. ACUERDO ARBITRAL Y ESTIPULACIÓN: ¿*QUID IURIS*?

A. INTRODUCCIÓN

Comprendido el régimen del acuerdo arbitral y de la estipulación a favor de tercero, a continuación comentaremos el resultado de conjugar ambas *lex specialis*.

El resultado es tan interesante como controvertido. Lo que es más, ha dividido a los autores. Para entender porqué, a continuación se expondrán los argumentos en contra de la obligatoriedad del mismo al tercero (§B), para luego abordar la postura a favor (§C). Expuestas las posturas, dejaremos que el lector llegue a sus conclusiones.

B. POSTURA EN CONTRA

Existen argumentos en contra de la obligatoriedad de un acuerdo arbitral *vis-à-vis* el tercero beneficiario de una estipulación a favor del tercero. En esencia son tres:

1. La forma de la *lex specialis* prevalece

Se ha dicho que una consecuencia que fluye de la formalidad del acuerdo arbitral es que, para vincular al tercero, éste tiene que haber consentido por escrito y plasmando su firma ya sea en forma directa o indirecta, pues, como ya se comentó, existen formas de aceptar la arbitrabilidad mediante cruce de documentos.⁹ Ello prevalecerá sobre otros regímenes pues, al ser la *lex specialis*, prevalece sobre *lex generalis*.

Y la *lex specialis* es la *lex arbitrii*, dado que la duda versa sobre el alcance del acuerdo arbitral. Por consiguiente, ante una concurrencia de

⁹ Artículo 1423 del Código de Comercio.

regímenes, prevalece sobre otros, incluyendo el civil (artículos 1869 a 1872 del Código Civil).

El acuerdo arbitral es un acto jurídico *sui generis*. El motivo es doble. Primero, está regulado por una ley especial (aunque formalmente inmersa en el Código de Comercio). Segundo, sus requisitos de forma lo separan de la regla general bajo derecho mexicano: el consensualismo.

Ante ello, la obligatoriedad de un acuerdo arbitral no puede derivar de métodos de transmisión de obligaciones distintos a la aceptación expresa y por escrito (directa o indirecta) por el tercero.

2. Naturaleza de la estipulación a favor de tercero

La estipulación *a favor* de tercero es justamente eso: *a favor*. No en contra. Mediante una estipulación pueden darse derechos, más no imponerse obligaciones.

El principio de efecto relativo (o relatividad) de los contratos establece que los contratos establecen obligaciones únicamente entre las partes del mismo. No ante terceros. Ello está representado por el conocido aforismo: *res inter alios acta*. Lo que es más, el latinajo completo puede ser más ilustrativo: *res inter alios acta aliis neque nocere neque prodesse potest*.

La estipulación a favor de tercero es una excepción a dicho principio, *pero una excepción parcial*. Es una excepción en cuanto a que el tercero, que *ex hypothesi* no es parte de la relación jurídica, se ve afectado por el Contrato. Pero la afectación es positiva (sólo adquiere derechos), y es de naturaleza revocable, pues nace en su patrimonio desde la celebración del contrato (entre

estipulante y promitente) pero no se consolida sino hasta que manifiesta su derecho de querer aprovecharlo.¹⁰

En respuesta a los argumentos contenidos en la sección IV(C)(2) de este estudio, debe considerarse que el derecho de crédito que como resultado de la estipulación nace en el patrimonio del tercero es independiente del resto del contrato que ha sido fuente del derecho y, por tanto, de la cláusula de selección de foro. Ello responde al argumento que el acuerdo arbitral genera una excepción procesal esgrimible contra el tercero conforme al artículo 1872 del Código Civil.

En relación al argumento que el arbitraje es una modalidad como cualquier otra, debe tenerse en cuenta que es diferenciable de las modalidades a las que alude el artículo 1870 del Código Civil, pues éstas se refieren a condiciones suspensivas, condiciones resolutorias, término y plazo—ninguna de las cuales incluye al acuerdo arbitral.

Sin embargo, si se aceptara tratarlo como una “modalidad”, sería esencial que se vincule dicha modalidad expresamente (no por simple inferencia) al derecho que nace en el patrimonio del tercero, pues sólo así dicho tercero podrá manifestar su deseo de querer aprovechar o no el derecho que ha nacido en su patrimonio con pleno conocimiento de causa. En este caso, si bajo la (llamada) modalidad se hace referencia a la cláusula arbitral, es esencial que se ligue expresamente dicha modalidad (arbitrabilidad) al derecho sustantivo que nace en el patrimonio del tercero. El tercero podrá entonces manifestar su deseo de querer aprovechar o no el derecho con esa modalidad, pero entonces, si manifiesta su deseo de aprovecharla, ya habrá una aceptación del compromiso arbitral de su parte. De otra forma, no existirá aceptación de la cláusula arbitral y por tanto no le sería obligatoria.

¹⁰ Artículo 1871 del Código Civil.

Entendido lo anterior, podría argumentarse que vincular al tercero por el acuerdo arbitral es contrario a lo que el régimen excepcional de la estipulación permite. Y puede encontrarse apoyo judicial a la postura. Por ejemplo:

ESTIPULACION A FAVOR DE TERCERO, NATURALEZA DE LA.

La estipulación a favor de tercero constituye una declaración unilateral de la voluntad, y sin que signifique una liberalidad a una donación, **el tercero no adquiere obligación alguna**; de manera que de la circunstancia de que ésta hubiese repudiado la obligación que a su nombre quiso contraer quien no era su apoderado, ni tenía facultades para ello, no se deriva el derecho de revoca la estipulación, una vez que la misma había sido aceptada.¹¹

(énfasis añadido)

Dado que el motivo por el cual el derecho civil ha permitido romper (o más bien excepcionar) el (importante) paradigma de la relatividad está basado en que al hacerlo no se *daña*, sino sólo *enriquece*, un patrimonio ajeno, argumentar a favor de hacerle oponible el acuerdo arbitral rebasa a dicho razonamiento.

En una institución que parte de la premisa que sólo pueden *darse* derechos, no *imponerse* obligaciones, exigir que se obligue al tercero al arbitraje parece inaceptable *in natura*.

3. Autonomía del acuerdo arbitral y su impacto en la estipulación a favor de tercero

Lo anterior en cuanto a doctrina civil. Sin embargo, existe doctrina arbitral que es relevante. El principio de separabilidad del acuerdo arbitral puede resumirse en lo siguiente: *Las vicisitudes que pueda sufrir el contrato principal no necesariamente impactan al acuerdo arbitral*. Es decir, el destino del acuerdo arbitral está disociado del contrato principal.

¹¹ Amparo civil directo 3720/42, 5 de diciembre de 1946, No. 347583, Quinta Época, Tercera Sala, Semanario Judicial de la Federación XC, pg. 2486. Esta tesis, si bien refleja que el tercero no puede ser obligado, es sin embargo un análisis erróneo de la figura a la luz de los comentarios ya vertidos en este opúsculo.

La relevancia que dicho principio guarda en este tema es *a contrario*: es porque el acuerdo arbitral tiene que reunir requisitos distintos a los del contrato que podría suceder que el contenido del contrato será válido mientras que el acuerdo arbitral no lo es. El fenómeno que el argot arbitral denomina ‘la otra cara de la moneda’ del principio de separabilidad del acuerdo arbitral: es porque el acuerdo arbitral tiene un régimen emancipado del contrato que lo contiene que si no cumple con **sus** requisitos de forma que carecerá de validez—aunque el contrato *in toto* sea válido.

Ello milita en contra de vincular al tercero mediante el acuerdo arbitral. Después de todo, ante el tercero no existe un acuerdo arbitral que reúna sus requisitos de forma.

Este tema ya ha sido considerado en el ámbito y praxis arbitral y por ello, con base en resoluciones arbitrales y de tribunales, se ha señalado que:

En dichos casos (representación) el mandante está obligado, mas no su mandatario. En contraste, una estipulación a favor de tercero no conlleva representación y el beneficiario de dicha disposición por ende únicamente estará obligado si acepta el mecanismo de solución de controversias. Esto explica porqué la Corte de Casación sostuvo en un caso que el consignatario no estaba vinculado por un acuerdo arbitral contenido en un conocimiento de embarque que ha sido aceptado por el transportista y no por el consignatario.¹²

Lo anterior es relevante, pues si no existe un acuerdo de voluntades que dé sustento a la arbitrabilidad de la litis, podría no ser ejecutable el laudo que se llegue a dictar con base en el artículo 1457 del Código de Comercio.

¹² Fouchard Gaillard Goldman, INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION. Kluwer Law International. The Netherlands 1999. pgs. 280 y 281. Traducción de “*In such cases (Representation) the principal is bound, and not its representative. In contrast, a stipulation in favor of a third party does not entail representation, and the beneficiary of that provision will therefore only be bound if it subsequently agrees to the specific method of dispute resolution. This explains why the Cour de cassation held in one case that a consignee was not bound by an arbitration clause contained in a bill of lading which had been accepted by the shipper but not by the consignee.*”

C. POSTURA A FAVOR

La postura que considera que el acuerdo arbitral obliga al tercero descansa en dos argumentos—uno proveniente de cada *lex specialis*:

1. El derecho arbitral contempla la existencia de acuerdos arbitrales por referencia. Su régimen engrana adecuadamente con la estipulación a favor de tercero.
2. La obligación de arbitrar a cargo del tercero es una extensión natural del hecho que el tercero, al aprovecharse de la estipulación, debe hacerlo sujeto al régimen que el promitente y estipulante han contemplado en el contrato que lo contiene.

A continuación se tratarán, para luego hacer ver porqué uno de los autores considera que, desde el punto de vista de política judicial, es mejor Derecho.

1. Acuerdo arbitral por referencia

El derecho arbitral mexicano contiene un requisito de forma del acuerdo arbitral que lo extirpa de la regla general: el consensualismo. Para observar cómo se conjuga este requisito con la estipulación a favor de tercero, comencemos por observar qué dice la norma aplicable. El artículo 1423 del Código de Comercio dice:

El acuerdo de arbitraje deberá constar por escrito, y consignarse en documento firmado por las partes o en un intercambio de cartas, télex, telegramas, facsímil u otros medios de telecomunicación que dejen constancia del acuerdo, o en un intercambio de escritos de demanda y contestación en los que la existencia de un acuerdo sea afirmada por una parte sin ser negada por la otra. **La referencia hecha en un contrato a un documento que contenga una cláusula compromisoria, constituirá acuerdo de arbitraje** siempre que dicho contrato conste por escrito y la referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato.

(énfasis añadido)

Dicho precepto contiene dos géneros de acuerdos arbitrales. El ‘ortodoxo’: por escrito y firmado; y tres casos especiales. De los mismos, existe uno que es relevante para los propósitos de este estudio: el acuerdo arbitral por referencia.

La incorporación por referencia es una institución facilitadora de la contratación. Permite enriquecer la relación jurídica entre partes contratantes mediante la alusión a otro contrato. El único requisito es que la referencia “implique” el acuerdo arbitral. Ello quiere decir que la alusión al contrato que contiene una cláusula arbitral *abarque* la misma. Se trata de un ejercicio interpretativo de la voluntad de las partes.

Si del análisis de los documentos se desprende que era (es) la intención de las partes que el acuerdo arbitral forme parte de los derechos y obligaciones que rigen a las partes en su relación jurídica, entonces estarán vinculados por dicho acuerdo arbitral.

La incorporación por referencia es útil con respecto a la estipulación a favor de tercero pues funge como engrane de unión entre el derecho civil y el derecho arbitral. Logra sincronía entre ambas *lex specialis*. Y de nuevo el ejercicio es interpretativo: ¿cuál fue la voluntad de las partes?

Si el estipulante **A** y el promitente **B** contemplaron un acuerdo arbitral en el contrato que contiene una estipulación a favor de un tercero **C**, buscaban que *todas* las disputas que surgieran del contrato fueran sometidas al arbitraje. Y ello incluye no sólo la relación entre *A-B*, sino también entre *A-C* y *B-C*. Por consiguiente, si, por ejemplo, existe una diferencia con respecto al cumplimiento de la promesa, **C** podría demandar a **A** *únicamente mediante arbitraje*, pues el acto que da origen al derecho así lo previó.

2. Obligación del tercero de arbitrar al aceptar estipulación

El régimen de la estipulación a favor de tercero está contenido en el contrato que le da origen. Sea que se trate del núcleo del derecho del tercero, o una

cuestión accesoria, las fronteras de los derechos y obligaciones del tercero son aquellas contempladas por el contrato que hace nacer en su patrimonio el derecho. Luego entonces, sí, como parte de dicho régimen, se contempla la obligación de acudir al arbitraje, el tercero estará vinculado por la misma.

El tercero no tiene que aprovechar el derecho. Así lo prevé nuestro Código Civil.¹³ Sin embargo, de hacerlo, tiene que ajustarse a sus modalidades.

No sólo son principios de la estipulación las que soportan la conclusión, sino principios generales de derecho. Por ejemplo, *ubi eadem ratio, idem ius*: donde existe la misma razón, debe existir la misma disposición. El derecho/obligación consistente en que cualquier disputa surgida del contrato será canalizada al arbitraje es como cualquier otro que deriva del contrato. Sigue la misma suerte que el contenido de la estipulación misma. Después de todo, si el promitente y estipulante desearon que *todas* las controversias que puedan surgir del contrato se canalicen al arbitraje, ¿porqué habría una de las obligaciones bajo el mismo seguir una suerte distinta?

El eslabón propuesto en la cadena argumentativa descrita descansa en tres premisas: legal, jurisprudencial y doctrinal.

a) *Legal*

Dos artículos son relevantes: el 1870 y el 1872 del Código Civil. Empecemos por el artículo 1870 del Código Civil, que establece:

El derecho de tercero nace en el momento de perfeccionarse el contrato, salvo la facultad que los contratantes conservan de imponerle las **modalidades** que juzgue convenientes, siempre que éstas consten expresamente en el referido contrato.

(énfasis añadido)

Una ‘modalidad’ es el modo de ser o de manifestarse una obligación.¹⁴ Las

¹³ Artículo 1870 del Código Civil Federal.

partes, en ejercicio de su autonomía de la voluntad, tienen derecho a confeccionar el régimen de derechos y obligaciones de su relación jurídica en la forma que lo consideren adecuado.

Siguiendo la clasificación de Gaudement,¹⁵ sea que busquen establecer modalidades sobre su *eficacia*, su *objeto* o contenido o relativas a los *sujetos* (activo y pasivo) de la obligación, las partes pueden confeccionar su relación jurídica como lo deseen.

La estipulación a favor de tercero no es una excepción. Lo que es más, lo escueto de su regulación obedece justamente a eso. Permite que las partes (promitente y estipulante) diseñen su contrato sin que el derecho escrito les estorbe. Ello es buen Derecho. Una regulación más exigente podría friccionar a la institución con algunas de las especies de casos en los que se utiliza. Ante el género de situaciones en las que puede utilizarse—cuyo régimen atendería a la institución misma que se escoja¹⁶—lo más sensato es establecer normas genéricas que sean de utilidad en todos los casos.

Entendido lo anterior, la moraleja es clara: *el contenido y alcance del derecho que se estipula a favor de un tercero está contenido en el contrato que lo contiene*. Mucho puede decirse sobre esto, nos centraremos en el régimen atinente a una de las tres relaciones que la estipulación involucra: la relación promitente-tercero.

Como resultado de la estipulación, el tercero tiene derecho a demandar

¹⁴ Manuel Bejarano Sánchez, OBLIGACIONES CIVILES, Ed. Harla, México, D.F., Tercera Edición, 1984, pg. 531.

¹⁵ Eugene Gaudement, TEORÍA GENERAL DE LAS OBLIGACIONES, Ed. Porrúa, México, D.F., Tercera Edición, 2000, pg. 451 et seq.

¹⁶ Por ejemplo, Planiol y Ripert hacen una enumeración de los diversos casos en los que se utiliza (TRATADO PRÁCTICO DE DERECHO CIVIL FRANCÉS. LAS OBLIGACIONES. Ed. Acrópolis, México, D.F., 1998, Tomo Primero, pgs. 496 y siguientes): seguros de vida, seguro por cuenta de otros, donaciones con cargo, inversiones del marido a favor de la mujer, estipulaciones en compras públicas de mercancías, estipulaciones en contratos de transporte, contratos colectivos de trabajo, títulos a la orden y portador, etcétera.

del promitente el cumplimiento de la promesa. Ello es claro, y la doctrina es unánime al respecto. La duda que ello genera es cómo.

La respuesta también es clara: en *la forma que las partes lo hayan pactado*. Si las partes desearon que ello fuera ante un tribunal determinado, el tercero tendría que obedecer dicha disposición. Lo mismo ocurre si se pactó arbitraje: el tercero tendría que acatar dicha obligación de la misma manera en que tendría que acatar cualquier otra modalidad, excepción o cuestión que las partes hayan pactado como parte de la estipulación.¹⁷

El acuerdo arbitral es justamente eso. Es una obligación que tanto enriquece como limita el conjunto de derechos y obligaciones contenidos en la relación jurídica entre el promitente y el tercero.¹⁸

La obligación de someter al arbitraje la controversia es una más que nutre la relación que formará parte del régimen de la estipulación.

El segundo fundamento legal es el artículo 1872 del Código Civil, que establece:

El promitente podrá, salvo pacto en contrario, oponer al tercero las **excepciones** derivadas del contrato.

(énfasis agregado)

El acuerdo arbitral propicia una excepción procesal:¹⁹ aquella contenida en el artículo 1424 del Código de Comercio. Luego entonces, en caso de que el tercero demande ante un juez el cumplimiento de la estipulación del

¹⁷ Por ejemplo, una condición suspensiva. Si la promesa estaba sujeta a un acontecimiento futuro incierto, el tercero podría demandar del promitente únicamente si la misma se ha cumplido.

¹⁸ Otro ejemplo es el plazo. Si se pactó que el cumplimiento de la promesa podía hacerse exigible en un plazo que ha transcurrido, el tercero se vería vinculado por el mismo.

¹⁹ Artículo 1432 del Código Civil.

promitente, el promitente tendrá derecho a exigir que la pretensión se canalice por la ruta arbitral.

b) Jurisprudencial

De la jurisprudencia existente sobre este tema no se encuentra una tesis que directamente aborde—y menos resuelva—este tema. Sin embargo, algunos principios contenidos en las ejecutorias existentes pueden ser de utilidad. Por ejemplo:

TERCEROS, ESTIPULACIONES A FAVOR DE LOS (LEGISLACION DE GUANAJUATO). Si el autor de una sucesión celebró un contrato de arrendamiento de un teatro con una persona, en el cual se estipuló que durante su vigencia, aquél, como arrendador, su esposa, hijos y familiares, tendrían entrada libre a todos los espectáculos, y uno de los beneficiarios de la obligación, siguió un juicio en contra del arrendatario para exigirle su cumplimiento, así como el pago consiguiente de los daños y perjuicios; y si por otra parte, la sentencia de segunda instancia que se reclama en el amparo, absolvió al demandado, por estimar que el derecho creado por esa estipulación, podía considerarse como parte del precio convenido del arrendamiento, que perteneció en forma exclusiva al arrendador, por lo que sólo éste o sus representantes legales podrían exigir el cumplimiento de la obligación correlativa, y no un tercero, aún siendo este último uno de los beneficiarios de la obligación, debe estimarse que no son jurídicas las consideraciones en que se apoya dicha sentencia y concederse la protección federal contra ella solicitada. En efecto, la cláusula del contrato de arrendamiento, por la cual se creó en favor de los familiares del arrendador, el derecho a entrar gratuitamente a los espectáculos que tuvieran lugar en el teatro, constituye lo que se ha denominado estipulación a favor de tercero. Los tratadistas han admitido como válida esta institución, y G. Baudry Lacantinerie y Colin y Capitant expresan, en sus respectivas obras, entre otros principios, que la **estipulación** a favor de tercero **hace nacer para éste un derecho que puede ejercitar en contra del promitente**; principios que han sido acogidos por el Código Civil vigente en el Distrito y Territorios Federales, que, en sus artículos 1868, y siguientes, establece la posibilidad de hacer en los contratos, estipulaciones en favor de tercero, quien adquiere, salvo pacto escrito en contrario, el derecho de exigir del promitente, la prestación a que se ha obligado; que también el estipulante tiene derecho de exigir del promitente, en cumplimiento de la obligación; que el derecho del tercero nace en el momento en que se perfecciona el contrato, salvo la **facultad de los contratantes para imponer las modalidades que**

juzguen convenientes, siempre que consten expresamente en el mismo contrato, y por último, que la estipulación puede ser revocada mientras el tercero no haya manifestado su voluntad de querer aprovecharla. Ahora bien, si la ley aplicable en el caso, es el Código Civil vigente en el Estado de Guanajuato, debe decirse que aunque este cuerpo de leyes no contiene las disposiciones antes indicadas, a falta de ellas, con apoyo en los artículos 20 y 21 del mismo ordenamiento, puede resolverse el caso según los principios generales de derecho y en favor de quien trata de evitarse perjuicios, y no en el de quien pretende obtener lucro; por lo que si en el contrato de arrendamiento del teatro, se pactó que durante su vigencia el arrendador, su esposa, hijos y familiares tendrían entrada libre a todos los espectáculos, es de estimarse que el acceso gratuito a éstos fue parte integrante del precio convenido para el arrendamiento, y por ello, la controversia debe resolverse en favor del quejoso, hijo del arrendador, ya que a él se le trata de causar perjuicios.²⁰

La porción resaltada es de utilidad. Y como puede observarse, apoya la postura a favor. El tercero tiene derecho a exigir del promitente la promesa, siempre que lo haga conforme al régimen de la misma pactada en el contrato que la contiene. Ello incluye el acuerdo arbitral.

c) Doctrinal

Salvo una mención,²¹ la doctrina nacional no aborda el tema. Sin embargo, existe doctrina extranjera al respecto.²²

La doctrina nacional no soluciona el tema. Lo que es más, salvo la cita indicada, el mismo ni siquiera parece haber sido planteado. Sin embargo, existe en la doctrina elementos que sirven de apoyo a la postura por la que en esta sección se aboga. Nos centraremos en el régimen de la relación tercero-promitente.

²⁰ Amparo civil directo 7095/40, 8 de agosto de 1941, No. 353544, Quinta Época, Tercera Sala, Semanario Judicial de la Federación LXIX, pg. 2160.

²¹ González de Cossío, ARBITRAJE, Ed. Porrúa, 2004, impresión 2008, pg. 112.

²² Christian Larroumet, PROMESSE POUR AUTRUI, STIPULATION POUR AUTRUI ET ARBITRAGE, Revue de L'Arbitrage, Comité Français de L'Arbitrage, 2005, No. 4, pg. 903.

Existe unanimidad en la doctrina en que dicho régimen está determinado por lo que establezca el contrato. Lo que el tercero puede demandar del prominente es lo que las partes (prominente y estipulante) hayan establecido en el contrato. Incluir en dicho principio al acuerdo arbitral es una extensión natural.

En resumen, el argumento central de la postura a favor es que el acuerdo arbitral es como cualquier otra disposición que el promitente y el estipulante hayan pactado en el contrato que rija la estipulación. Como tal, la obligación a arbitrar es una más que enriquece y rige el derecho que nace en el patrimonio del tercero.

El tercero no está obligado a beneficiarse de la estipulación. Pero si lo hace, tiene que aceptar *todo* su régimen, no sólo una parte. Lo contrario sería violatorio de la voluntad de las partes (promitente y estipulante) al diseñar el régimen de la estipulación. Querría decir que la estipulación puede, a voluntad del tercero, no estar sujeta a las modalidades que las partes hayan pagado en el contrato—contrario al artículo 1870 del Código Civil—y que el promitente no podría oponer al tercero la excepción relacionada de arbitraje—contrario al 1872 del Código Civil. Como dice Roca:²³

El derecho del tercero en el contrato queda sujeto, cuando reclama al promitente, a todas las excepciones que éste oponga, fundadas en el contrato; en cambio no cabrán las excepciones extrañas al mismo, como, por ejemplo, la compensación

La aceptación de la postura por la que esta sección aboga es una cuestión transversal a una serie de situaciones en las que el arbitraje se ha enfrentado con terceros. Por ejemplo, el área de *trusts* y sucesiones²⁴ en jurisdicciones de

²³ Estudios, tomo I, pg. 229, citado por José Castán Tobeñas, DERECHO CIVIL ESPAÑOL, COMÚN Y FORAL, Tomo Tercero, Derecho de Obligaciones, 16ª edición, Reus, S.A., Madrid, 1992, pg. 756.

²⁴ Por ejemplo, si existe un testamento o *trust* establecido a favor de ciertos terceros que contiene un acuerdo arbitral, la duda surge si los terceros, de desear recurrir una cuestión relacionada con el mismo, tendrían que hacerlo a través de arbitraje.

common law parece perfilarse una regla que es relevante para lo argumentado en esta sección: “quien toma el beneficio toma sus cargas” (*he who takes the bounty takes its burdens*).²⁵

Dicho principio es buen derecho, y es de utilidad para resolver la interrogante planteada en este estudio.

Quien recibe un botín lo recibe con sus cargas.²⁶ Si un tercero recibe un derecho cuyo cumplimiento coactivo puede buscarse sólo mediante arbitraje, su ejercicio tendrá que tener lugar a través de dicho mecanismo. Si prefiere no hacerlo, pues simplemente no ejerce el derecho.

Un destacado civilista francés contemporáneo recientemente ha estudiado el tema.²⁷ Al hacerlo, Christian Larroumet concluye que:

La cláusula compromisoria debe vincular al beneficiario de la estipulación a favor de tercero, lo cual significa que él la puede invocar y ésta puede ser invocada contra él. La razón obedece no sólo a que el

²⁵ En una nota reciente, Frank Hinks (QC, Serle Court, Recent Developments in Arbitration, Arbitration and Trust Disputes) alude a experiencias recientes en la materia. Por ejemplo, cita la opinión de Lawrence Owen QC y Marcus Staff (Journal of International Trust and Corporate Planning, 1999, pg. 203) quienes aseveran que, al aceptar el beneficio (el ‘botín’) derivado de un *trust*, los beneficiarios deben quedar vinculados por el acuerdo arbitral. El motivo: existe una aceptación tácita. (Sus palabras exactas: “The beneficiary of a trust settlement can only claim under or through the settlor, who was a party to the agreement, for the beneficiary’s title to the trust fund cannot be better than that of the settlor himself. **By seeking to profit from the settlor’s bounty the beneficiary must be taken to acquiesce in the arbitration agreement, because an agreement to arbitrate all matters arising out of or in connection with the trust is a condition precedent to benefiting from the trust.** This amounts to a **theory of deemed acquiescence.**”) El Profesor Hayton opina que al tomar el beneficio del *trust* los beneficiarios y el fiduciario (*trustee*) se hacen parte del acuerdo arbitral. (Underhill and Hayton on the Law of Trust, 11.77-11.78.) Es de admitirse que las autoridades del postulado no son unánimes en este sentido. Por ejemplo, en *Schoneberger v Oelze* ([2004] 96 P.3d 1078 (Arizona App.)) la Corte de Apelación de Arizona sostuvo que un “trust deed” no era un contrato y por ende el acuerdo arbitral contenido en el mismo no vinculaba a los beneficiarios.

²⁶ El término ‘carga’ es utilizado en su forma común, no técnica bajo el derecho de las obligaciones (conducta que se impone al beneficiario de una liberalidad (artículo 2368 del Código Civil para el Distrito Federal)).

²⁷ Christian Larroumet, PROMESSE POUR AUTRUI, STIPULATION POUR AUTRUI ET ARBITRAGE, Revue de L’Arbitrage, Comité Français de L’Arbitrage, 2005, No. 4, pg. 903.

derecho del beneficiario nace fuera de la aceptación como excepción al principio del efecto relativo de los contratos, sino, y sobretodo, por que dicho derecho no es más que lo que el promitente y el estipulante desearon que fuera. Dicho derecho resulta del contrato concluido entre ellos y no puede ser entendido fuera de dicho contrato. Por ende, si el promitente y el estipulante desearon una cláusula compromisoria, no parece posible descartarla en lo que concierne al tercero. Dicho de otra manera, de la misma manera que la naturaleza del arbitraje no permite hacer caso omiso de los principios que rigen la trasmisión de un derecho o una obligación, tampoco puede prescindir aquéllos que son inherentes a la naturaleza de la estipulación a favor de tercero.²⁸

Como era de esperarse, Larroumet pone el dedo en la llaga, y lo resuelve con una claridad conceptual envidiable.

d) *Post scriptum*

De las discusiones que han dado lugar a este estudio, surgió un aspecto importante. Los autores estamos de acuerdo que el tercero no está obligado a todo lo contenido en el contrato. Sólo aquello que forma parte de la estipulación. ¿Cómo conciliar éste acuerdo con la postura que busca vincular al tercero al acuerdo arbitral—que no forma parte de la estipulación?

La observación—que no extraña de un experto en obligaciones—ha dado mucho que meditar. La respuesta de quien considera que al tercero le es obligatorio el acuerdo arbitral es que *depende de lo acordado entre las partes*. Es cierto que suelen existir obligaciones en el contrato que sólo vinculan a el estipulante y promitente. Y también es cierto que existen cuestiones que sí vinculan al tercero (v.gr., condición suspensiva). Para determinar en qué

²⁸ Traducción de los autores. Sus palabras exactas son “La clause compromissoire doit lier le bénéficiaire de la stipulation pour autrui, ce qui signifie qu’il peut l’invoquer comme elle peut être invoquée contre lui. La raison en est que, non seulement le droit du bénéficiaire naît en dehors de son acceptation par exception au principe de l’effet relatif des contrats, mais encore et surtout que ce droit n’est que ce que le promettant et le stipulant ont voulu qu’il soit. Ce droit résulte du contrat conclu entre eux et il ne peut être envisagé en dehors de ce contrat. Dès lors, si le promettant et le stipulant ont voulu une clause compromissoire, il ne paraît pas possible de l’écarter en ce qui concerne le tiers bénéficiaire. En d’autres termes, de même que la nature de l’arbitrage ne permet pas d’écarter les principes gouvernant la transmission d’un droit ou d’une obligation, il ne devrait pas non plus permettre d’écarter ceux qui sont inhérentes à la nature de la stipulation pur autrui.” (id. pg. 915.)

hipótesis se encuentra la obligación a arbitrar es necesario analizar lo que las partes pactaron. Si el acuerdo arbitral sólo alude al promitente y estipulante, la respuesta es negativa. Pero si el acuerdo arbitral establece ‘*todas las controversias que surjan de este contrato serán sometidas al arbitraje*’ ello debe incluir al tercero que busca hacer cumplir la estipulación, pues es una cuestión que surge del contrato. Es decir, deriva del alcance del acuerdo arbitral, el cual—también es de admitirse—puede *in casu* no abarcarlo.

Dicho de otra manera, tendrá que analizarse si el acuerdo arbitral es amplio o estrecho. Sin embargo, partiendo de la premisa anunciada al principio de este estudio,²⁹ como regla, a menos que el acuerdo arbitral no sea amplio, las controversias que surjan de la estipulación a favor de tercero deben quedar comprendidas en el alcance del acuerdo arbitral.

3. Postulado

El (estimulante) debate doctrinal sobre la naturaleza jurídica de la estipulación a favor de tercero no debe extenderse a su efecto cuando se conjuga con un acuerdo arbitral. Sea que se le conciba como un contrato,³⁰ un oferta,³¹ una declaración unilateral de voluntad,³² una gestión de negocios,³³ o una institución *sui géneris*,³⁴ la constante es *que el tercero recibe la estipulación en*

²⁹ Pie de página 1.

³⁰ Una excelente y persuasiva tesis profesional de un conocido experto (Miguel Ángel Hernández Romo) así lo defiende al aseverar: “*La estipulación a favor de tercero es un contrato, absolutamente un contrato, exclusivamente un contrato*” (NATURALEZA JURÍDICA DE LA ESTIPULACIÓN A FAVOR DE TERCERO, Escuela Libre de Derecho, México, 1960, pg. 83).

³¹ Teoría en boga en el siglo XIX.

³² Abogada por Henri Capitant.

³³ Como así lo defendía Labbé.

³⁴ Como así lo defienden tanto Planiol y Ripert como los hermanos Mazeaud (Planiol y Ripert, ob cit. pg. 405; Henri León y Jean Mazeaud, LECCIONES DE DERECHO CIVIL. CUMPLIMIENTO, EXTINCIÓN Y TRANSMISIÓN DE LAS OBLIGACIONES, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, Parte Segunda, Volumen III, pg. 79).

la forma que fue contractualmente diseñada por las partes (promitente y estipulante). Ni más, ni menos.

El tercero no tiene las manos amarradas. Puede rechazar la estipulación. Pero si decide beneficiarse de la misma, debe hacerlo con sus cargas: el derecho que recibe del promitente y estipulante estará sujeto al régimen está contenido en el contrato. Y si el contrato contiene un acuerdo arbitral, el tercero habrá consentido en estar vinculado por el mismo. Como resultado, el acuerdo arbitral le es obligatorio de la misma forma en que el tercero puede hacerlo valer en contra del prominente y estipulante.

V. COMENTARIO FINAL

El crecimiento del arbitraje en México ha sido tal que se empieza a observar lo que puede llamarse su segunda etapa de madurez: el resultado de enfrentar el Derecho Arbitral con otras disciplinas especiales. Como resultado, se generará Derecho. ‘Derecho Arbitral Mexicano’—el cual no debe de quedar circunscrito a lo dispuesto en el Título IV del Libro V del Código de Comercio, sino que debe estar conformado por la doctrina y el conjunto de decisiones y prácticas judiciales que hagan de dicho enfrentamiento un régimen armónico, congruente y positivo.

Armónico en que de la conjugación no resulte parálisis, sino análisis. *Congruente* en que del enfrentamiento se generen entelequias que lo resuelvan, mas no absuelvan. *Positivo* en que el producto del ejercicio sea tal que permita que el objetivo de las disciplinas se siga logrando, no desvirtuando.

Es dicha aproximación por la que se aboga en este estudio y en el resto de las decisiones que versen sobre la conjugación de la *lex specialis arbitrii* y las otras ramas de nuestro sistema jurídico.