

EL QUE TOMA EL BOTÍN, TOMA LA CARGA: LA IDEA GANA ADEPTOS

*Francisco González de Cossío**

I. UNA TEORÍA ENFRENTADA AL MERCADO DE LAS IDEAS	1
II. LA IDEA EN <i>LEX SPECIALIS</i> DIVERSAS	2
A. ARBITRAJE EN MATERIA SUCESORIA	2
B. ESTIPULACIÓN A FAVOR DE TERCERO	5
III. LA IDEA EN JURISDICIONES DIVERSAS	11
A. EL CASO MEXICANO	11
B. EL CASO DEL PERÚ.....	15
IV. COMENTARIO FINAL: UNA IDEA QUE POR ÚTIL MERECE DEFENDERSE.....	17

I. UNA TEORÍA ENFRENTADA AL MERCADO DE LAS IDEAS

Recientemente defendí una teoría que puede remediar un género de problemas no infrecuentemente vistos en arbitraje.¹ Postulé que un ‘tercero’² que desea beneficiarse de un estatus jurídico o derecho contenido en actos jurídicos que contienen una cláusula arbitral debe entenderse vinculado por la misma. Le aplica como parte del universo de derechos y obligaciones que asume conforme al estatus jurídico que enviste o el derecho que desea

* GONZÁLEZ DE COSSÍO ABOGADOS, S.C. (www.gdca.com.mx). Árbitro y abogado de parte en arbitrajes nacionales e internacionales. Observaciones bienvenidas a fgcossio@gdca.com.mx.

¹ El Que Toma El Botín, Toma La Carga: La Solución A Problemas Relacionados Con Terceros En Actos Jurídicos Que Contienen Un Acuerdo Arbitral E Involucran A Terceros publicado en Aplicación del Convenio Arbitral A Partes No Signatarias. Intervención de Terceros en el Arbitraje, Anuario Latinoamericano del Arbitraje, Instituto Peruano del Arbitraje, No. 2, Septiembre de 2012, p. 113 *et seq.* Ensayo consultable en www.gdca.com.mx/publicaciones/arbitraje.

² Por ‘tercero’ me refiero a una persona que no es parte formal del acto jurídico que contiene el estatus o derecho que desea recibir.

aprovechar.³ Encapsulo el punto en el siguiente aforismo: *el que acepta el botín, acepta la carga*.

El resultado ha sido una avalancha de comentarios; algunos aprobatorios, algunos reprobatorios. Lo que es más, un par de casos que he vivido tanto como árbitro como abogado de parte han ventilado la idea. Es mi deseo documentar y compartir las experiencias adquiridas a efecto de continuar dialogando.

II. LA IDEA EN *LEX SPECIALIS DIVERSAS*

Aunque la idea que defiendo se verá manifestada en áreas diversas, a continuación comento dos donde ha florecido (doctrinal o pragmáticamente).

A. ARBITRAJE EN MATERIA SUCESORIA

Un jurista mexicano (Werner Vega Trapero) recientemente hizo una formidable labor de reflexión que merece mención no solo por el *que*, sino por el *quien*:⁴ se trata de un experto tanto en derecho sucesorio como arbitral. Por ende, nadie más calificado que él para esclarecer el tema.

En su ensayo, Werner Vega aborda tanto la posibilidad como las aristas que genera el utilizar arbitraje en materia sucesoria. A continuación deseo enfrentar mi opinión a la de Werner.⁵ Para ello, diferenciaré las áreas de coincidencia de las de diferencia.

1. Coincidencias

Una primera—e importante—coincidencia entre Werner y yo consiste en la *posibilidad* de utilizar el arbitraje en esta materia.⁶ Ello merece énfasis

³ Por ejemplo, el heredero o legatario cuando el testamento contiene un acuerdo arbitral; el tercero beneficiario de una estipulación a favor de tercero contenida en un contrato que contiene un acuerdo arbitral; el accionista que adquiere mediante endoso en propiedad acciones de una sociedad cuyos estatutos contienen un acuerdo arbitral; el tercero en relaciones contractuales complejas que contienen un acuerdo arbitral.

⁴ Werner Vega Trapero, CONSIDERACIONES ACERCA DEL ARBITRAJE EN MATERIA SUCESORIA, IUS Ibero, Revista de Alumnos, Profesores, Egresados de la Universidad Iberoamericana, Año 1, número 2, Revista Trimestral, julio-septiembre, 2012, p. 13. (“*Consideraciones*”)

⁵ Lo aquí expuesto se nutre de ARBITRAJE EN MATERIA SUCESORIA— COMENTARIO A LAS REFLEXIONES DE UN EXPERTO, nota publicada en IUS Ibero, Revista de Alumnos, Profesores, Egresados de la Universidad Iberoamericana, Año 1, número 3, octubre-diciembre 2012. (“*Comentario*”)

⁶ En la sección 2 de su ensayo hace un análisis sobre casos en que podría utilizarse el arbitraje. En el párrafo 15 señala especies de controversias que pueden ser sometidas

puesto que centra la discusión, y la encausa: siendo posible, analicemos los obstáculos con miras a vencerlos.

Una segunda coincidencia es que sugiere que la materia sea regulada de manera más clara, para lo cual ofrece sugerencias diversas.⁷ Siguiendo su sugerencia, he propuesto que se siga el ejemplo peruano,⁸ cuya ley de arbitraje disipa cualquier duda sobre su arbitrabilidad aludiendo a ello *expressis verbis*.⁹

Werner pone el dedo en la llaga cuando indica que el heredero acepta el arbitraje cuando acepta la herencia o el cargo de albacea¹⁰—una reexpresión de la teoría “*El que Toma el Botín, Toma la Carga*”.¹¹

El área donde más coincidimos Werner Vega y yo es en su sección 5, donde alude a las ventajas de la utilización del arbitraje en materia sucesoria. Werner aplaude las virtudes del arbitraje e informa sobre su utilidad para disputas sucesorias. *No puedo estar más de acuerdo*. Y sobre la única desventaja que él detecta (costo), haría dos observaciones. Primero, indicaría que cualquier análisis crítico serio tiene que considerar la opción: litigar en las instancias y tiempos que el proceso sucesorio actualmente implica—recuérdese que el arbitraje es veloz y uni-instancial. Segundo, no tiene que serlo. La maleabilidad del arbitraje permite llegar a un acuerdo con el árbitro que sea aceptable a las partes. Luego entonces, no puede hablarse genéricamente de onerosidad.

2. Diferencias

Tengo diferencias de opinión con mi amigo Werner Vega que deseo compartir a efecto de ventilar, dilucidar y aprender.

al arbitraje: controversias entre herederos, entre herederos y legatarios, diferencias sobre la cuota hereditaria o los bienes que se les asignarán como parte de su cuota de herencia, y conflictos entre herederos y legatarios con el albacea.

⁷ Consideraciones, *ob cit*, sección 3.

⁸ Comentario, *ob. cit.*, p. 3.

⁹ Decreto Legislativo No. 1071, Disposición Complementaria Séptima, que dice “Mediante estipulación testamentaria puede disponerse el sometimiento a arbitraje de las controversias que puedan surgir entre sucesores, o de ellos con los albaceas, incluyendo las relativas al inventario de la masa hereditaria, su valoración, administración y partición. Si no hubiere testamento o el testamento no contempla una estipulación arbitral, los sucesores y los albaceas pueden celebrar un convenio arbitral para resolver las controversias previstas en el párrafo anterior.”.

¹⁰ Consideraciones, *ob cit*, sección 4, párrafo 3.

¹¹ Werner hace observaciones valiosas que no abordaré. Para ello, se remite a su ensayo (sección 3) y el mío pues les da eco.

Se cuestiona el que el albacea pueda designar al árbitro dado que sus facultades son limitadas.¹² Sospecho que la duda puede ser inocua—serán las partes en disputa quienes designen al tribunal arbitral.

Mi querido amigo postula que la ineficacia del testamento genera la nulidad de la cláusula arbitral.¹³ Más aún, que el árbitro no tiene la facultad para declarar la nulidad de un testamento.¹⁴ Mi diferencia de opinión es triple. *Primero*, la nulidad del testamento no afecta la nulidad del acuerdo arbitral como consecuencia del principio de ‘vida propia’ del acuerdo arbitral.¹⁵

Segundo, con respecto a la posibilidad de que un árbitro decida la validez de un testamento, deseo postular que, siendo un testamento un acto jurídico, un árbitro podría ser confiado la misión de aquilatar su validez bajo derecho sucesorio. No hay mucha diferencia entre la facultad que tiene el árbitro de determinar la validez de un acto jurídico *bilateral* (el contrato) y un acto jurídico *unilateral* (el testamento). La única diferencia que existe es insuficiente para justificar el cuestionamiento aducido: el que el *de cuius* ya no está para aclarar cualquier duda. ¿Por qué cierra ello la posibilidad que un árbitro decida una disputa derivada del testamento? En una relación bilateral, las partes con frecuencia tampoco están de acuerdo sobre el significado y contenido legal de una disposición contractual. Por ende, la posibilidad de recurrir a la intención del autor del acto juega un papel reducido—si no es que ninguno. Ante ello, la indisponibilidad del creador del acto para dilucidar su verdadera intención ante un texto que dista de ser diáfano no debe—en mi opinión—ser óbice para que un árbitro determine el contenido jurídico del mismo (incluyendo su validez). En esencia, realizará el mismo ejercicio que hace frente a un acto jurídico plurilateral sobre el que existe diferencia de opinión en relación con su significado o validez: discernir el contenido y alcance jurídico atendiendo al derecho aplicable y las reglas de la hermenéutica jurídica. Nada nuevo bajo el sol.

Tercero, Werner ha sido consistente en su inquietud sobre el impacto que el artículo 1297 del Código Civil Federal tiene en nuestra materia.¹⁶ Sin embargo, no percibo por qué dicho precepto sea un obstáculo. El precepto

¹² Id., sección 3, párrafo 10.

¹³ Consideraciones, *ob cit*, sección 3, párrafo 16.

¹⁴ Consideraciones, sección 2. El fundamento de su duda es el artículo 1297 del Código Civil Federal, sobre el cual abundo más adelante.

¹⁵ Artículo 1432 del Código de Comercio.

¹⁶ Que dice “Ni la subsistencia del nombramiento del heredero o de los legatarios, ni la designación de las cantidades que a ellos correspondan, pueden dejarse al arbitrio de un tercero.”.

busca procurar que sea el testador quien teste: que sea la voluntad *del testador* la que defina quién hereda—no otro. Al fin y al cabo, es *su* última voluntad. ¿Pero por qué es ello un obstáculo para dirimir una disputa que involucra a herederos o legatarios bajo el prisma del testamento? Si entiendo bien a nuestro experto, teme que el resultado de arbitrar una disputa sobre si un heredero debe heredar resulte justamente en el efecto proscrito por la norma: que un tercero (el árbitro) decida quién hereda y quien no. Me pregunto si ello es una exposición apropiada de lo que en verdad busca evitar dicha norma. ¿Es lo mismo decidir quién hereda que resolver si, bajo el testamento relevante, Juan Pérez tiene el derecho a heredar? ¿Qué no es lo mismo que hace un juez civil a quien se somete dicha disputa? ¿Está ello vedado por el artículo 1297?

3. Comentario final

Es de esperarse que este diálogo continúe. El arbitraje puede dar valor en el manejo y encausamiento de disputas en materia sucesoria—mismas que tienden a ser sensibles. Y para dicho propósito, la idea aquí defendida será clave.

B. ESTIPULACIÓN A FAVOR DE TERCERO

1. El Debate Mexicano

Con respecto a estipulación a favor de tercero, he sostenido un debate intenso sobre el tema con un amigo que es uno de los expertos en derecho de obligaciones más reconocido de México: Emilio González de Castilla. Dicho jurista ha tomado en serio mi inquietud relacionada con la estipulación a favor de tercero y el acuerdo arbitral. Hace un lustro escribimos conjuntamente un ensayo donde vertíamos nuestros comunes denominadores y diferencias.¹⁷ Recientemente sostuvimos un intercambio al respecto en el cual participó otro experto tanto en arbitraje como litigio: Carlos Loperena Ruiz.¹⁸ El ejercicio fue una delicia intelectual. Adquirí lecciones diversas que a continuación comparto, junto con una reflexión relacionada con el tema que nos interesa.

¹⁷ Emilio González de Castilla y Francisco González de Cossío, ACUERDO ARBITRAL CONTENIDO EN UN CONTRATO CON CLÁUSULA DE ESTIPULACIÓN A FAVOR DE TERCERO, Homenaje a Raúl Medina Mora, Colección Foro de la Barra Mexicana, Colegio de Abogados, Ed. Themis, 2008, p. 255. Consultable en www.gdca.com.mx/publicaciones/arbitraje.

¹⁸ Sesión del 14 de noviembre de 2012 del Seminario Avanzado de Arbitraje organizado por el Centro de Arbitraje de la Industria de la Construcción y la Universidad Iberoamericana el cual tuvo como tema “Estipulación a Favor de Tercero y Acuerdo Arbitral”.

Solía pensar que el acuerdo arbitral podía ser entendido como una “modalidad” a la que está sujeta el derecho que nace en el patrimonio del beneficiario.¹⁹ Emilio me ha persuadido que, siendo instituciones jurídicas del derecho de las obligaciones, deben ser entendidas bajo su noción como términos de arte. Y entendido así, el acuerdo arbitral no puede concebirse como una modalidad: no estamos en presencia del género de complicaciones que pueden ser imbuídas a una obligación otrora pura y simple, como lo son las atinentes a su **eficacia** (condición, término o plazo), las relativas a los **sujetos** de la obligación (indivisibilidad o solidaridad) o inclusive las relativas a su **contenido** (la obligación conjuntiva, alternativa o facultativa). La discusión debe centrarse en la posibilidad de entender al acuerdo arbitral como parte de la relación jurídica que se entabla entre el promitente y el beneficiario.²⁰ Que el mismo irradia aplicación multidireccionalmente. Que dentro de su ámbito material de validez están no sólo las disputas entre el promitente y estipulante, sino *cualquiera que surja de la relación jurídica* en la que está enterrado: incluyendo la estipulación. En la medida que ésta tiene como acreedor al beneficiario, le aplica por el simple hecho que *surge de la misma*. Será una disputa que emane del acto jurídico del que emana el acuerdo arbitral. Después de todo, el derecho no es *ex lege*. Es *ex contractu*. Y el contrato está amparado por el acuerdo arbitral. Este es—y debe permanecer—el corazón de la discusión. Y en dicho contexto, mi amigo me ha invitado a que re-estudie la historia de la institución pues le preocupaba que la estuviera desnaturalizando.

He seguido la sugerencia. He estudiado toda la bibliografía que he conseguido al respecto.²¹ Me atrevo a aseverar que la historia de la idea de la *stipulatio* puede resumirse en que, no obstante la importancia del principio *nemo alteri stipulari potest*²² (nadie puede estipular por un tercero), se (gradualmente) aceptó la posibilidad de otorgar *derechos*—no *obligaciones*—a terceros. Dado que se está en presencia de beneficios, no imposiciones, no se contradice el principio citado. Recordada dicha historia y la importancia del principio *alteri stipulari nemo potest*, tengo que admitir que mi amigo tiene un punto: si el acuerdo arbitral impone la *obligación* de canalizar las disputas al arbitraje (en vez de ante el juez competente), entonces parece *in natura*

¹⁹ Mi argumentación, reconociendo su acepción bajo el derecho de las obligaciones, invitaba una concepción más amplia—su acepción bajo el lenguaje común—a efecto de permitir satisfacer la hipótesis normativa. (Artículo 1870 del Código Civil Federal.)

²⁰ Es decir, como parte de lo que contemplan y autorizan los artículos 1868 y 1869 del Código Civil Federal mexicano.

²¹ Para mi gusto, quien mejor lo explica es Mazeaud, LECCIONES DE DERECHO CIVIL, Cumplimiento, Extinción y Transmisión de las Obligaciones, Parte Segunda, Vol. III, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1978, p. 56 *et seq.*

²² Institutas de Justiniano, 3, 19, 4.

inaceptable postular que la *stipulatio* pueda darle cabida. *Sólo se pueden dar derechos, no imponer obligaciones.*

Mi intención sin embargo es invitar una relectura.²³ Aceptar que el otorgamiento de un *derecho* puede implicar que diferencias que de él deriven sean seguidas en el foro pactado como competente en el acto que le dé origen. No por que haya *imposición*, sino *consistencia*. Si así lo desearon los autores del acto para el *todo*, ello incluye la *parte*—la estipulación.²⁴ Y dicho deseo existe cuando el acto jurídico que contiene la estipulación también contiene un acuerdo arbitral.

Observo y entiendo que quien está en desacuerdo, no lo está por que el resultado sea *imposible*, sino porque tiene que constar *expresamente*.²⁵ Es decir, que el estipulante y promitente establezcan *expressis verbis* que el manifestar el deseo de aprovechar un derecho por el beneficiario implicará la necesidad de someter la disputa al arbitraje. Y por supuesto que estoy de acuerdo con dicha solución. Sin embargo, deseo ir más lejos. Creo conveniente ponderar si es aceptable concluir que los actos jurídicos que contengan una *stipulatio* y un acuerdo arbitral conllevan—aún sin el texto sugerido—el resultado que defiendo. El motivo es doble: *consistencia* y evitar problemas.

a) *Consistencia*

Aceptar la idea que defiendo es consistente de dos maneras: *qua* teoría así como con la voluntad de las partes que confeccionaron el acto jurídico.

Como teoría, si el derecho de un tercero nace como producto de un acto jurídico que está sujeto al arbitraje, es una consecuencia natural y lógica que el accesorio siga la suerte del principal. Que el beneficiario reciba el derecho en la forma que lo confeccionaron sus arquitectos: promitente y estipulante.

Ello lograría además *consistencia* con la voluntad de las partes que diseñaron el acto jurídico. Si el promitente acordó con el estipulante que *cualquier* disputa que surja de su relación será sometida al arbitraje, es *obligado* concluir que ello se extienda a la estipulación. Que un problema

²³ En alguna ocasión se perfiló mi postulado como una reconfiguración del paradigma. Ello es inexacto. Lo que deseo hacer es abogar por que implícito en el paradigma actual está lo que propongo. Si además de ello se desea matizar el paradigma, no me opongo dado que tendría efectos positivos—como explico más adelante.

²⁴ Implícito en el régimen actual de la estipulación (artículos 1868 a 1872 del Código Civil Federal) está que el derecho que nace en el patrimonio del beneficiario contiene lo que sus arquitectos (promitente y estipulante) pactaron.

²⁵ Es decir, no se aduce imposibilidad o indeseabilidad. Sólo literalidad.

relacionado con la falta de cumplimiento de su promesa será ventilado de la misma manera que es ventilada cualquier otra diferencia derivada de la relación jurídica. Después de todo, si un promitente y estipulante incluyen un acuerdo arbitral en un acto jurídico que incluye una estipulación es porque desearon encausar *todos* sus problemas por la vía arbitral. De rechazarse la teoría, el resultado es que el cometido no se logra. La voluntad del padre del acto jurídico es obviada.

b) *Evita problemas*

Un segundo—e importante—motivo obedece a que, en ausencia de esta teoría, se invitan problemas que pueden ser importantes. Considérese por ejemplo el escenario que ocurriría ante la no aceptación de la teoría y el hecho que tanto estipulante como beneficiario deseen hacer exigible la promesa del promitente. Mientras que el estipulante estaría obligado a demandar al promitente por la vía arbitral, el beneficiario tendría que hacerlo por la vía judicial. Ello querría decir que la misma obligación estaría sujeta al mismo tiempo a dos jurisdicciones diversas: la arbitral y la judicial. Un escenario lamentable dado que fomenta duplicidad, incrementa onerosidad y es caldo de cultivo de decisiones contradictorias.

Para enfrentar lo anterior se me contesta que la solución radicará en quién demande primero. Si se demanda en arbitraje, todo tendrá que seguirse en dicho foro. Y viceversa. Tengo dudas sobre dicha respuesta.²⁶ No solo es una solución a un problema que no tenía por qué darse (si se acepta la teoría que el que toma el botín toma la carga, el problema nunca surge), sino que además existe una contradicción con la postura que defiende quien lo esgrime.²⁷ Y lo que es más, hace que la teoría contraria a la que defiende sea inconsistente: su procedencia dependerá de un hecho exógeno: ¿dónde se demandó primero? Genera además una “carrera a los tribunales” para radicar el asunto en el lugar deseado. ¿Es ello lo que deseamos propiciar? Bajo mi teoría, no existiría duplicidad de conocimiento del problema en jurisdicciones distintas (arbitral y judicial). Existiría consistencia: todo en el

²⁶ ¿Por qué el primero en tiempo dicta la jurisdicción? Se me ha indicado que ello no es raro, que ocurre con frecuencia en litigio. Creo que la contestación pierde de vista el verdadero contenido de la pregunta. En litigio judicial, ante pluralidad de bases de jurisdicción, uno puede propiciar prevalencia enderezando una demanda ante cierto foro. Sin embargo, el litigio judicial y el arbitraje son jurisdicciones diversas. Hacer depender la prevalencia de cada uno en base al criterio *primo temporis* es contrario a lo que las partes desearon al pactar un acuerdo arbitral.

²⁷ A veces sí se canalizará todo en arbitraje. ¿Cuándo? Cuando se demande primero por la vía arbitral. ¿Qué no contradice ello el postulado de inaplicabilidad del acuerdo arbitral?

mismo foro. ¿Cuál? El deseado por los arquitectos del derecho que nace en el patrimonio del beneficiario.

2. Solución: quien tome el botín, toma la carga

Si se adopta la teoría “*quien toma el botín, toma la carga*” los problemas desaparecen, pues es una solución lógica, consistente y natural. Es además defendible tanto bajo derecho arbitral como derecho civil.

Bajo derecho arbitral, la incorporación por referencia²⁸ puede²⁹ dar la solución.³⁰ Pero además, si el acto jurídico que contiene una estipulación a favor de tercero contiene la cláusula arbitral típica que dice “Cualquier disputa que derive de este contrato o se relacione con el mismo será sometida al arbitraje”, la hipótesis normativa abarcara los derechos del beneficiario que fluyen de la estipulación. El motivo: *ex hypothesi*, la cláusula arbitral abarca todo—“*cualquier* disputa”. Además, la estipulación “deriva” del contrato y “se relaciona” con el mismo. Luego entonces, hay dos motivos—cada uno autónomamente suficiente—para concluir que las disputas entre el beneficiario y el promitente que versan sobre el cumplimiento de la estipulación están comprendidas dentro del radio de acción del acuerdo arbitral.

Bajo derecho civil, podríamos refinar la teoría de la *stipulatio* sin desnaturalizarla. El acto origen de la *stipulatio* no es frente al beneficiario un *res inter alios*: si desea aprovechar un derecho que se le ofrece en un acto jurídico del cual no es parte, el beneficiario ya no es ajeno a la relación. Alega poseer un derecho derivado del mismo. Al pretenderlo, tiene que tomarlo como está diseñado en dicho acto. Y si lo que se le ofrece trae aparejado que las disputas que con ello se relacionen deben ser ventiladas en arbitraje, ello es parte del ‘paquete’ que aceptó al manifestar su voluntad de querer

²⁸ Artículo 1423 *in fine* del Código de Comercio.

²⁹ Un joven experto, Bernardo Cortés Araujo (Secretario General del Centro de Arbitraje de la Industria de la Construcción (CAIC)), me ha hecho ver que existen motivos para cuestionar la suposición. Le estoy agradecido, pues me ha hecho ponderar sobre el punto. Mi contestación al cuestionamiento es que si la manifestación de voluntad de aprovechar el derecho que emite el beneficiario es por escrito y firmada, probablemente se surta el requisito exigido por la incorporación por referencia (pues partimos del supuesto que el acuerdo arbitral ya consta por escrito en el contrato que contiene la estipulación). Si no lo hace mediante un comunicado que conste por escrito y firmado, probablemente Bernardo Cortés tenga razón—aunque el beneficiario tendría un problema probatorio que se extiende no sólo a esta cuestión sino a que se haya tornado en acreedor del derecho. (Le extiendo mi agradecimiento a dicho experto por su atinada observación.)

³⁰ Los motivos son detallados en Acuerdo Arbitral contenido en un Contrato con Cláusula de Estipulación a Favor de Tercero, *ob cit*, pp. 269-270.

aprovechar el derecho contenido en la estipulación: el aprovechamiento del *todo* acarrea la *parte* (arbitraje).

No me cansaré de decirlo: no hay imposición unilateral alguna por parte del promitente y estipulante. *El beneficiario no está obligado a tomar el derecho. Puede rechazarlo. Pero si lo acepta, lo acepta con todo su contenido.*

Esta hebra de razonamiento fue recientemente aceptada por un destacado civilista chileno³¹ en un caso donde existió un cuestionamiento jurisdiccional del tercero, al considerar que:³²

“...el derecho del tercero tiene por fuente el contrato... ese derecho ha de sujetarse naturalmente a las mismas condiciones convenidas por las partes para el resto del negocio, incluyendo la aplicación de la cláusula arbitral...”³³

“... [el tercero beneficiario] no es un tercero ajeno a la cláusula arbitral... pues alega poseer un derecho sustantivo que tiene fuente el mismo contrato al que dicha cláusula acude...”³⁴

Enfrentado con este argumento, se me refuta que:

1. Aunque el tercero se beneficia de un derecho, no se hace parte de la relación jurídica.
2. Mi argumento en el sentido que el derecho que nace en el patrimonio del tercero viene embarazado del acuerdo arbitral carece de sustento.
3. El tercero no “acepta” un paquete de derechos que contiene obligaciones, sino únicamente manifiesta su deseo de aprovechar un derecho.

Por lo anterior, el tercero nunca se vuelve parte del contrato. Aunque acreedor del promitente, no es causahabiente en toda la relación jurídica.

Tengo que admitir que los puntos son agudos. Lo que es más, posiblemente³⁵ sean suficiente para refutar mi teoría bajo el estatus actual del

³¹ Autor de una de las mejores obras escritas sobre responsabilidad civil: Dr. Enrique Barros Bourie, TRATADO DE RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2012.

³² Arbitraje 1341-11 del Centro de Arbitraje y Mediación de Santiago, laudo de 16 de agosto de 2011.

³³ Considerando I.3, p. 5.

³⁴ Id., p. 5.

³⁵ El motivo por el que digo que *posiblemente* sea suficiente en vez de simplemente reconocerles la razón radica en que, entendido el (sutil) punto sobre la naturaleza jurídica de la estipulación, aún así uno podría sostener que la cuestión no radica

derecho de las obligaciones. Mi punto sin embargo va más lejos—y es de *lege ferenda*. Aunque de *lex lata* puede ser que tengan razón, considero que la aceptación judicial de mi teoría enriquecería nuestro Derecho conceptual y pragmáticamente. Solucionaría los problemas que he indicado con anterioridad, y sería consecuente inclusive con la trayectoria de la idea que dio lugar a la institución de la estipulación a favor de tercero: un facilitador de contratación que soluciona cierto tipo de problemas. Ingeniería jurídica en su más fina expresión.

Veremos qué nos depare el futuro.

III. LA IDEA EN JURISDICCIONES DIVERSAS

La idea aquí defendida ha recibido eco en dos jurisdicciones: la mexicana y la peruana. Las comentaré brevemente.

A. EL CASO MEXICANO

En México, el arbitraje ha crecido tanto en cantidad como en calidad.³⁶ En relación con el tema que ocupa a este ensayo, dos desarrollos judiciales recientes son dignos de mención. El primero es la siguiente tesis:

ARBITRAJE. CORRESPONDE A LAS AUTORIDADES JUDICIALES O A LOS ÁRBITROS ANALIZAR LA EXISTENCIA Y EFICACIA DEL ACUERDO DE LA TRANSMISIÓN A TERCEROS. En términos de los artículos 1416, fracción I y 1424 del Código de Comercio, los efectos del convenio arbitral o acuerdo de arbitraje son positivos y negativos, consistiendo los primeros en la facultad y correlativa obligación de las partes de acudir al arbitraje como medio de arreglo de sus diferencias, cooperar en el nombramiento de los árbitros, participar en el procedimiento arbitral y aceptar de antemano el carácter obligatorio de la decisión que dicte el órgano arbitral designado por ellas; por el contrario, los efectos negativos consisten en la imposibilidad de plantear la diferencia ante un tribunal estatal y de que éste conozca del fondo del asunto. Conforme al primero de los preceptos invocados, el acuerdo de arbitraje se celebra entre las partes y obliga a las mismas, lo que significa que, en principio, los efectos del convenio arbitral sólo se extienden a quienes suscribieron ese pacto, sin embargo, existen

exclusivamente en si el derecho que el beneficiario desea aprovechar viene preñado de la obligación de arbitrar, sino que el deber de arbitrar es la consecuencia adjetiva—no sustantiva—de la aplicabilidad del acuerdo arbitral contenido en el acto jurídico que contiene la estipulación. Ambos compiten. Cuál debe prevalecer es, en justicia, una cuestión discutible en ambos sentidos.

³⁶ En ARBITRAJE, Ed. Porrúa, México, D.F., 3ª edición, 2011 se hace un análisis comprensivo de ello.

supuestos en que personas diversas a las partes pueden estar sujetas al pacto arbitral, como ocurre tratándose de su transmisión a terceros, situación que conduce, entonces, al análisis de esa transmisión para determinar si, efectivamente, la misma se produjo con todas sus consecuencias inherentes, ya que el problema pertenece al ámbito del acto de consentimiento, a la eficacia real que se otorgue a una u otra modalidad de asunción del convenio arbitral, no a la eficacia positiva contractual de éste que es, en sentido estricto, inter partes. **Entre los supuestos en que pueden verse envueltos en el ámbito del convenio arbitral quienes no fueron partes originarias en el mismo, se encuentra la cesión de derechos que, como acto jurídico que implica la sustitución del acreedor en términos de los artículos 2029 y 2032 del Código Civil Federal, puede implicar la transmisión de la cláusula compromisoria, dado que el causahabiente a título particular no puede adquirir más de lo que tenía su causante ni quedar exento del compromiso arbitral en perjuicio del deudor, ya que, de lo contrario, éste quedaría burlado en cuanto a la certeza de quien deba resolver el conflicto que llegue a suscitarse.** Empero, el hecho de que se realice la transmisión mencionada no significa que, en todos los casos, el convenio arbitral resulte eficaz, por lo que corresponde a quien analice ese pacto arbitral y su transmisión, es decir, a las autoridades judiciales o a los árbitros, realizar una evaluación conjunta de las relaciones comerciales de las partes para comprobar en cada ocasión si el convenio arbitral ha circulado por la cadena contractual o, por el contrario, es sólo válido respecto a alguno o algunos de los contratos. De esta forma, el convenio arbitral no pierde su autonomía, simplemente ocurre que puede extender sus efectos a las relaciones comerciales conexas, posibilidad que será comprobada en cada caso concreto y únicamente respecto al convenio arbitral, ya que aun existiendo una cadena contractual en la que los convenios entre las partes sobre obligaciones principales aparezcan firmemente relacionados, no se puede considerar que ha habido transmisión del compromiso arbitral si no aparece expresamente pactada a lo largo de los contratos sucesivos o si la transmisión misma no fue válida. La anterior es una exigencia mínima de certeza y de efectivo consentimiento en comprometer.³⁷ (énfasis añadido)

Como puede observarse, la tesis citada hace alusión a supuestos en que partes que no fueron signatarios originales del acuerdo arbitral pueden “verse envueltos” en el mismo. Cita como ejemplo tanto la cesión de derechos como la causahabencia. Ésta última figura es importante pues implica un universo más amplio de circunstancias. En esencia, cuando *por cualquier motivo* una

³⁷ Registro no. 178 813, Novena Época, Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXI, abril de 2005, p. 1341. Tesis Aislada I.3º.C.475 C Amparo en revisión 442/2004.

persona se pone en los zapatos de una parte en una relación jurídica. El Poder Judicial mexicano la ha definido así:

La doctrina define al causahabiente como el sucesor de los derechos de una persona, de quien ha adquirido una propiedad o un derecho, y puede ser a título universal cuando se trata de la totalidad del patrimonio o parte alícuota de éste, o a título particular, si únicamente se refiere a una cosa o cosas específicas.³⁸

Como puede verse, cuando existe causahabencia o de cualquier manera una parte adquiera a título universal derechos u obligaciones, se verá vinculado por el acuerdo arbitral—inclusive cuando no se cumpla el formalismo que conste por escrito y firmado.³⁹

El segundo desarrollo es una sentencia reciente de un Tribunal Colegiado que razonó que:⁴⁰

existen supuestos en que personas diversas a las partes pueden estar sujetas al pacto arbitral ...

Sus efectos sólo se extienden a las partes que lo firmaron o asumieron [de] una forma u otra; ... la cuestión ... se centra en determinar quién, cómo y con qué extensión devino parte del convenio arbitral ...

El convenio arbitral ... es, en sentido estricto, *inter partes*, empero, en determinados supuestos, quien no fue parte originaria en la firma del

³⁸ **“CAUSAHABIENCIA. PARA EFECTOS PROCESALES, SU ACTUALIZACIÓN REQUIERE QUE SE ACREDITE QUE EL ADQUIRENTE DEL INMUEBLE TUVO CONOCIMIENTO DE LA CONTROVERSIA JUDICIAL A QUE ESTÁ SUJETO DICHO BIEN.** La doctrina define al causahabiente como el sucesor de los derechos de una persona, de quien ha adquirido una propiedad o un derecho, y puede ser a título universal cuando se trata de la totalidad del patrimonio o parte alícuota de éste, o a título particular, si únicamente se refiere a una cosa o cosas específicas. Ahora bien, desde el punto de vista procesal, para que se actualice la causahabencia, tratándose de la adquisición de inmuebles, es necesario que mediante inscripciones hechas en el Registro Público de la Propiedad o algún otro medio de prueba idóneo y fehaciente se acredite que el adquirente de esa propiedad o derecho tuvo conocimiento de que el bien de que se trata está sujeto a una controversia judicial y que, por ende, contrae un derecho litigioso, ya que de no acreditarse dicha situación, debe considerársele como tercero adquirente de buena fe, en tanto que desconoce el estado que guardaba el bien antes de adquirirlo.” (Registro no. 173 604, Novena Época, Primera Sala. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXV, enero de 2007, p. 128. Jurisprudencia 1ª./J. 85/2006 [Contradicción de tesis 68/2006-PS](#). Entre las sustentadas por el Tribunal Colegiado del Décimo Noveno Circuito y el Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Tercer Circuito. 4 de octubre de 2006.)

³⁹ Artículo 1423 de Código de Comercio.

⁴⁰ Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito. Amparo en revisión 273/2012. Sentencia de 27 de septiembre de 2012, pp. 34-35.

convenio arbitral puede verse envuelto en su ámbito ... por ejemplo, la cesión de derechos ... el causahabiente ...

Corresponde a quien analice ese pacto ... a las autoridades o los árbitros, realizar una evaluación conjunta de las relaciones comerciales de las partes para comprobar por la cadena contractual o, por el contrario, es sólo válido respecto a algunos de los contratos. ...

el convenio no pierde su autonomía, simplemente ocurre que puede extender sus efectos a las relaciones comerciales conexas, posibilidad que será comprobada en cada caso concreto y únicamente respecto del convenio arbitral. ...

El contexto de la sentencia anterior era una relación contractual compleja donde un franquiciante, titular de una marca internacional, franquiciaba a un ente dándole exclusividad en todo el territorio mexicano, y éste a su vez era facultado para sublicenciar (y subfranquiciar) a entes propiedad de—y controlados por—el franquiciatario. La relación contractual era por ende de tres capas. Surgió una disputa entre el franquiciante internacional y el franquiciatario nacional que fue sometida al arbitraje. El franquiciatario nacional interpuso una excepción jurisdiccional aduciendo que el acuerdo arbitral contenido en la relación contractual entre el franquiciante y el franquiciatario no vinculaba a los subfranquiciatarios. En paralelo, inició procedimientos judiciales locales. Fue en dicho contexto que surgió la sentencia comentada. El Poder Judicial mexicano sostuvo que el cuestionamiento jurisdiccional no podía resolverse mediante un análisis miope de la relación entre el franquiciante y franquiciatario. Una decisión correcta requería analizar la “cadena contractual” pues—y este es el eslabón analítico que toca nuestro tema y enriquece nuestra materia— es necesario:

realizar una evaluación conjunta de las relaciones comerciales de las partes para comprobar por la cadena contractual o, por el contrario, es sólo válido respecto a algunos de los contratos. ...

El motivo:

El convenio arbitral ... es, en sentido estricto, *inter partes*, empero, **en determinados supuestos, quien no fue parte originaria en la firma del convenio arbitral puede verse envuelto en su ámbito** ... por ejemplo, la cesión de derechos ... el causahabiente ... (énfasis añadido)

Existe un *leitmotif* detrás de ambos precedentes judiciales, y es *in crescendo*. Mientras que el primero resuelve situaciones donde la persona a la que se le aplicará el acuerdo arbitral recibe derechos *a título universal*, la segunda resuelve situaciones donde ello no ocurre. Le aplica la cláusula arbitral cuando “se vea envuelto en su ámbito”, aunque sea a título particular.

No faltará quien cuestione el desarrollo. Deseo postular que es sano. Aunque se rebasan los requisitos formales del acuerdo arbitral,⁴¹ se hace en aras de resolver problemas derivados de la compleja realidad contractual frecuentemente observada en el mundo de los negocios. Dicho de otra manera, es un caso en el que el derecho civil está cubriendo las lagunas creadas por una norma formalista del derecho arbitral—algo interesante científicamente.⁴²

B. EL CASO DEL PERÚ

Una jurisdicción rica en derecho y praxis arbitral tiene derecho escrito relevante a este tema: el artículo 14 de la Ley Peruana de Arbitraje (Decreto Legislativo No. 1071), que establece:

Artículo 14o.- Extensión del convenio arbitral

El convenio arbitral se extiende a aquellos cuyo consentimiento de someterse a arbitraje, según la buena fe, se determina por su participación activa y de manera determinante en la negociación, celebración, ejecución o terminación del contrato que comprende el convenio arbitral o al que el convenio esté relacionado. Se extiende también a quienes pretendan derivar derechos o beneficios del contrato, según sus términos.

Al conocimiento de este autor, esta es la única jurisdicción del mundo que ha adoptado como *lex scripta* la teoría de la extensión del convenio arbitral a partes no signatarias. Ello es digno de notar en este ensayo, pues sirve de laboratorio para la idea defendida.

Dicha disposición generó controversia cuando se emitió el nuevo régimen peruano de arbitraje. El autor admite que fue uno de los detractores.⁴³ Conforme ha pasado el tiempo ha sin embargo probado útil

⁴¹ Artículo 1423 del Código de Comercio.

⁴² Después de todo, suele ser el derecho mercantil el que colma lagunas del civil; no viceversa.

⁴³ Un motivo detrás de ello obedece a que parece cristalizar la teoría de grupo de compañías, misma que es de cuestionable raigambre como fundamento jurisdiccional. Mientras algunos consideran que dicha teoría es una base de jurisdicción de un tribunal arbitral, lo cierto es que la teoría de la ‘realidad económica única’ del laudo en el caso *Dow Chemical (Dow Chemical France v Isover Saint Gobain*, Caso CCI 4131 de 1982) fue más una (ambivalente) indicación que un sustituto de consentimiento de las partes que, inclusive bajo el derecho que le dio origen—francés—, ha *fait son temps* (Yves Derains, IS THERE A GROUP OF COMPANIES DOCTRINE? en Bernard Hanotiau and Eric A. Schwarz, MULTIPARTY ARBITRATION, ICC Dossiers VII, Paris, 2010, p. 143.) Eric Schwarz hace eco de la reticencia (id., p. 238). Yves Derains inclusive habla de su ocaso en LAS PARTES NO SIGNATARIAS, EN APLICACIÓN DEL CONVENIO ARBITRAL A PARTES NO SIGNATARIAS. INTERVENCIÓN DE

para instancias diversas de problemas—y del género que motivan la idea defendida en este ensayo. Es por ello que este autor le ha seguido la pista: siendo Perú una jurisdicción activa y proarbitraje, se torna en barrica de fermentación útil para aquilatar si la idea tiene futuro. Aunque existe un cuerpo doctrinal interesante que al respecto se ha desarrollado,⁴⁴ a mi entender sólo un caso lo ha puesto en prueba: *TSG v Pesquera et alli*,⁴⁵ donde un tribunal arbitral ancló su jurisdicción *viz* tres entes que no habían firmado el acuerdo arbitral en base al artículo 14 citado. El laudo fue anulado por considerar el juez de nulidad que no existía consentimiento, por lo que atraer a las partes al arbitraje haciéndoles extensivo el acuerdo arbitral era contrario al régimen constitucional.⁴⁶ En sus palabras, por:⁴⁷

“desviar a un sujeto del aparato de administración de justicia y vincularlo a una jurisdicción de naturaleza distinta, [lo cual] no sólo debe encontrarse debidamente justificada en una norma que finalmente encuentre sustento constitucional, sino además, en el caso de la vía arbitral, debe encontrar sustento por regla general, en la decisión del propio sujeto de somete”

En forma relevante a nuestro tema, razonó que:⁴⁸

"Ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley, ni sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos, ni juzgada por órganos jurisdiccionales de excepción ni por comisiones especiales creadas al efecto, cualquiera que sea su denominación"

Centrándome en la cuestión relevante a este ensayo,⁴⁹ si lo que quiso decir el juzgador es que es imposible anclar jurisdicción *vis-à-vis* terceros en base al

TERCEROS EN EL ARBITRAJE, Anuario Latinoamericano de Arbitraje, Instituto Peruano del Arbitraje, No. 2, 2012, p. 342.

⁴⁴ Ver por ejemplo APLICACIÓN DEL CONVENIO ARBITRAL A PARTES NO SIGNATARIAS. INTERVENCIÓN DE TERCEROS EN EL ARBITRAJE, Anuario Latinoamericano de Arbitraje, Instituto Peruano del Arbitraje, No. 2, 2012. A su vez, recientemente dos expertos realizaron un estudio interesante que fue galardonado: Giuseppe Galluccio y Pablo César Mori, ARBITRAJE COMERCIAL: EXTENSIÓN DEL ACUERDO ARBITRAL A PARTES NO SIGNATARIAS EN EL CASO DE LOS GRUPOS DE SOCIEDADES, Ius et Veritas, Ediciones Legales, Perú, 2012.

⁴⁵ TSG Perú S.A.C. v. Pesquera Chicama S.A.C., Langostinera Caleta Dorada S.A.C., Pesquera Libertad S.A.C., Procesadora del Campo S.A.C. y Pesquera Industrial Katamarán S.A.C., resolución de 18 de Marzo de 2009.

⁴⁶ Expediente número 00451-2009, Primera Sala Civil Subespecialidad Comercial de la Corte Superior de Justicia de Lima, Sentencia del 10 de agosto de 2010.

⁴⁷ Id., p. 30 – 36.

⁴⁸ Id. p. 32.

artículo 14, me pregunto si no se está perdiendo de vista el *quid*. El precepto sí exige consentimiento, pero determinado de una manera distinta a la clásica: por escrito y firmado. Al hacerlo, posibilita un análisis sofisticado y comprensivo que tome en cuenta todas las circunstancias del caso—no sólo un análisis formal (firma plasmada en un documento escrito). Se trataría del tipo de consentimiento que el derecho de las obligaciones tilda como tácito: mediante actos que lo presupongan.

Bajo la óptica de la idea defendida en este ensayo, si un tercero desea pretender derechos o beneficios contenidos en un acto jurídico, debe hacerlo como está regulado en dicho acto jurídico. De allí que la redacción de la oración final del artículo sea tan útil como profunda:

“El convenio arbitral se extiende a ... quienes pretendan derivar derechos o beneficios del contrato, según sus términos.”

El artículo 14 promete dar mucho de que hablar. Se propone que, más que ser una base autónoma y novedosa, reitera la idea—no ajena al derecho de las obligaciones—que existen maneras diversas de manifestar consentimiento para quedar jurídicamente obligado. Si por ejemplo uno acude a un restaurante, ordena un platillo y lo consume, ha consentido los precios ofrecidos en el menú. El que sean altos no es una excepción válida para librarse de la obligación. Tampoco lo es que el consentimiento no se haya plasmado mediante una firma en un documento por escrito. En forma similar, si uno desea hacerse de derechos contenidos en un acto jurídico que ostenta un acuerdo arbitral, los recibe con el mismo. Nada nuevo bajo el sol.

IV. COMENTARIO FINAL: UNA IDEA QUE POR ÚTIL MERECE DEFENDERSE

La idea que defiendo no es una elucubración. Es producto de una necesidad: adaptación del derecho. El problema que he descrito y que se proyecta en diversas *lex specialis* tiene un común denominador—y es triple. Primero, la creciente utilización del arbitraje. Segundo, la complejidad contractual. Tercero, el (crecientemente anacrónico) formalismo del acuerdo arbitral.⁵⁰ La

⁴⁹ No hago comentario alguno sobre la cuestión de extensión del acuerdo arbitral hacia terceros, que fue el caso particular que el tribunal arbitral consideró que actualizó la hipótesis normativa contemplada en el artículo 14 del derecho arbitral peruano.

⁵⁰ Conforme a muchos derechos arbitrales, el acuerdo arbitral es un acto formal: debe constar por escrito y firmado. El origen de dicha norma data de hace más de cincuenta años (de 1958) cuando fue redactado el artículo II de la Convención (de Nueva York) sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras). Es hora que lo revisitemos, pues continuará dando problemas. Así lo ha detectado, concebido y regulado la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) (Ver modificaciones de 2006 al artículo 7

tensión que dichas circunstancias provocan puede resolverse de una manera que se propicien resultados lamentables (como procedimientos paralelos, sentencias y laudos contradictorios y onerosidad creciente) o mediante una solución que los encauce a un mismo foro. ¿Cuál? – el que las partes hayan pactado.

Es por ello que he defendido la idea “el que toma el botín, toma la carga”. Por que es una solución tanto útil como consistente con la voluntad de las partes. Entendida así, se trata de una herramienta legal disponible al arquitecto contractual para diseñar actos jurídicos no solo complejos, sino eficaces. Ingeniería jurídica en su mejor expresión.

de la ley modelo sobre arbitraje comercial internacional, mismas que pueden ser consultadas en internet y que han sido explicadas en ARBITRAJE, *ob cit*, pp. 168 a 182.)