

NOVACIÓN Y ACUERDO ARBITRAL

*Francisco González de Cossío**

I.	INTRODUCCIÓN	2
II.	NOVACIÓN	2
A.	DEFINICIÓN	2
B.	TIPOS DE NOVACIÓN.....	4
1.	Diseño: objetiva y subjetiva	5
2.	Efectos: propia e impropia	6
III.	AUTONOMÍA DEL ACUERDO ARBITRAL	6
A.	<i>LEITMOTIV</i>	6
B.	NOCIÓN	8
C.	TRASCENDENCIA	8
IV.	NOVACIÓN Y AUTONOMÍA	9
A.	LA PREGUNTA.....	9
B.	PRECEDENTES JUDICIALES	9
1.	Francia	9
2.	México	10
3.	Comentario	11
a)	Caso mexicano.....	11
b)	Caso francés	12
C.	MODELO	13
1.	Tipo de Novación	13
a)	Diseño.....	14
i)	Novación objetiva.....	14
ii)	Novación subjetiva.....	15
1.	Cambio de acreedor.....	15
2.	Cambio de deudor	17
b)	Efectos	18
2.	Régimen de la Novación	18
D.	¿ACUERDO ARBITRAL COMO ACCESORIO?.....	19
V.	COMENTARIO FINAL	19

* GONZÁLEZ DE COSSÍO ABOGADOS, S.C. (www.gdca.com.mx) Árbitro, abogado y mediador en casos nacionales e internacionales. Profesor de Arbitraje, Arbitraje de Inversión y Arbitraje Deportivo, Universidad Iberoamericana y Escuela Libre de Derecho. Anterior Coordinador del Comité de Arbitraje de la Barra Mexicana, Colegio de Abogados. Representante alterno de México ante la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. Miembro del Instituto Mexicano del Arbitraje, London Court of International Arbitration, International Arbitration Institute, Club Español del Arbitraje, y del Comité de Arbitraje y Solución de Controversias del Artículo 2022 del Tratado de Libre Comercio para América del Norte. Árbitro del *Tribunal Arbitral du Sport*. Observaciones bienvenidas a fgcossio@gdca.com.mx

I. INTRODUCCIÓN

El impacto de la novación de una relación jurídica en el acuerdo arbitral es interesante y controvertido. *Interesante*, pues conjuga principios de leyes especiales. Por un lado, del derecho de las obligaciones. Por otro, uno de los principios más tradicionales del derecho arbitral: la autonomía del acuerdo arbitral. *Controvertido*, pues la confrontación de ambas instituciones genera dudas y propicia diferencias de opinión.

A continuación se adopta una postura sobre el tema. Para ello se recordará el régimen de la novación (§II), el principio de separabilidad del acuerdo arbitral (§III), para luego enfrentarlos, adoptando una postura sobre el resultado (§IV).

II. NOVACIÓN

A. DEFINICIÓN

Deseo adoptar la definición de Castán Tobeñas:¹ la novación es una forma de extinción de las obligaciones mediante la creación de otra nueva destinada a reemplazarla.

Dos aspectos caracterizan ésta forma de extinguir obligaciones, en comparación con las demás:²

1. La *extinción* de una obligación pretérita; y
2. El *nacimiento* de una nueva obligación que la sustituye.

¹ José Castán Tobeñas, DERECHO CIVIL ESPAÑOL. COMÚN Y FORAL. DERECHO DE LAS OBLIGACIONES, LA OBLIGACIÓN Y EL CONTRATO EN GENERAL, Ed. Reus, S.A., Madrid, 1992, Tomo Tercero, p. 483.

² Compensación, confusión, remisión, novación, prescripción.

Ambos elementos dependen recíprocamente.³ Si no existen ambos, simplemente no se está en presencia de novación.⁴ Se tratará de otra forma de extinguir obligaciones, por ejemplo remisión. Ello pues la novación tiene una doble función: extingue y crea. Disuelve la obligación preexistente y da a luz a una nueva. No pueden separarse el efecto extintivo y creador.⁵

En ambos casos, la introducción de un elemento nuevo (*aliquid novi*) es esencial. De lo contrario, no se estará en presencia de una novación. Será un *idem debitum*. Ciertamente, tiene que existir un *animus novandi*,⁶ pero si el ánimo existe sin que haya alteración,⁷ simplemente no hay novación.

³ Algo observable en que la nulidad de la obligación anterior contagia a la nueva obligación, y que la nulidad de la nueva obligación hace revivir la obligación novada. (Artículos 2217 al 2219 del Código Civil Federal.)

⁴ Henri, Leon y Jean Mazeaud, LECCIONES DE DERECHO CIVIL, CUMPLIMIENTO, EXTINCIÓN Y TRANSMISIÓN DE LAS OBLIGACIONES, Parte segunda, volumen III, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1978, p. 467.

⁵ Marcelo Planiol y Jorge Ripert, TRATADO PRÁCTICO DE DERECHO CIVIL FRANCÉS DE LAS OBLIGACIONES, Tomo Segundo, Editorial Acrópolis, México, 1ª Edición, 1998, p. 592-604.

⁶ Artículo 2215 del Código Civil Federal.

⁷ Y las alteraciones *de minimis* o de *quantum* no encierran *animus novandi*. Por ejemplo, si se aumenta o reduce el monto debido, si se altera el plazo o se otorga una prórroga. Nuestra judicatura ha hecho eco de este principio. (Ver por ejemplo, ARRENDAMIENTO. LA MODIFICACIÓN EN EL MOMENTO DE LA RENTA NO CONSTITUYE NOVACIÓN DEL CONTRATO, Registro No. 818037, Sexta Época, Tercera Sala, Semanario Judicial de la Federación Cuarta Parte, LXI, p. 60; ARRENDAMIENTO. LA MODIFICACIÓN EN EL MONTO DE LA RENTA NO CONSTITUYE NOVACIÓN DEL CONTRATO, Registro No. 818117, Sexta Época, Tercera Sala, Semanario Judicial de la Federación Cuarta Parte, LVIII, p. 61; ARRENDAMIENTO. EL AUMENTO DE LAS RENTAS NO CONSTITUYE NOVACIÓN DEL CONTRATO, Registro No. 818067, Sexta Época, Tercera Sala, Semanario Judicial de la Federación Cuarta Parte, XXXIV, p. 28; ARRENDAMIENTO. LA MODIFICACIÓN DE LA RENTA NO ENTRAÑA NOVACIÓN, Registro No. 271703, Sexta Época, Tercera Sala, Semanario Judicial de la Federación Cuarta Parte, XXVIII, p. 84; NOVACIÓN DE CONTRATOS DE ARRENDAMIENTO, NO EXISTE EN LOS CASOS DE DISMINUCIÓN DE LA RENTA, Registro No. 349513, Quinta Época, Tercera Sala, Semanario Judicial de la Federación CII, p. 1108; RENTAS, EL AUMENTO DE LAS, NO CONSTITUYE NOVACIÓN DEL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO, Registro No. 814336, Sexta Época, Tercera Sala, Informe 1960, p. 87).

Concluiré el resumen del régimen de la novación con una pregunta: ¿es *cualquier* cambio suficiente? La respuesta es negativa. Tiene que ser ‘sustancial’.⁸ ¿Pero qué significa eso? Al regular con adjetivo se invitan diferencias de opinión. Y aunque la jurisprudencia da ciertos lineamientos,⁹ son útiles para ejemplificar que no cualquier alteración es suficiente, mas no esclarecen a partir de cuándo un cambio es ‘sustancial’.

Es lo anterior lo que explica que la institución de la novación sea poco utilizada,¹⁰ con frecuencia evadida.¹¹ Como alerta Castán Tobeñas¹² (citando a Díaz Pairó):¹³

Téngase en cuenta ... que la relatividad del límite que separa lo principal y lo accidental, da gran inseguridad a toda esta doctrina, y obliga a que se considere, en cada caso, para determinar si existe o no verdadera novación, no sólo la naturaleza de la cláusula modificada, sino también la voluntad de las partes y la significación económica de la modificación.

B. TIPOS DE NOVACIÓN

Tomando como base los diferentes regímenes existentes,¹⁴ existen los siguientes tipos de novación:

⁸ Artículo 2213 del Código Civil Federal “Hay novación de contrato cuando las partes en él interesadas lo alteran *substancialmente* substituyendo una obligación nueva a la antigua.” (Énfasis añadido.)

⁹ Aquellos citados en el pie de página 7 anterior.

¹⁰ Aunque en derecho romano era importante por el principio que una obligación existente, conservando su identidad, no podía ser transferida ni a otro acreedor ni a otro deudor, ni alterarse sustancialmente su contenido. Si ello quería lograrse, era necesario crear una nueva obligación, mediante la *stipulatio*. Tal modificación se lograba con la novación. (Ennecerus, TRATADO DE OBLIGACIONES, vol. I, §75, p. 363.)

¹¹ En la práctica es frecuente observar pactos expresos indicando que lo acordado no es una novación.

¹² Castán Tobeñas, *ob. cit.*, p. 497.

¹³ Díaz Pairó, *ob. cit.*, p. 118.

¹⁴ La observación es relevante. La institución de la novación recibe diferente tratamiento en diferentes jurisdicciones. Por ende, mucho de lo que a continuación se abordará exige despejar inicialmente la duda sobre en base a qué jurisdicción se está analizando.

1. Atendiendo a su diseño: Objetiva y subjetiva
2. Atendiendo a sus efectos: propia e impropia

Estando de acuerdo en el núcleo de lo que es novación, las especies varían.¹⁵ Por ende, las resumiré por separado.

1. Diseño: objetiva y subjetiva

La doctrina¹⁶ identifica dos géneros de novaciones:¹⁷ la objetiva y la subjetiva. En la *objetiva* lo que cambia es el *objeto*. Sea por que cambia la *cosa* o la *causa*,¹⁸ se extingue la obligación antigua. La *subjetiva* cambia los sujetos, deudor¹⁹ o acreedor.^{20y21}

¹⁵ Aunque todas las jurisdicciones examinadas contemplan la novación objetiva.

¹⁶ Es importante mencionar que la distinción es doctrinaria, pues, como se detallará más adelante, la ausencia de regulación expresa en nuestro Código Civil Federal podría interpretarse en el sentido que la novación objetiva no ha sido recogida en el mismo. (En dicho sentido ver Manuel Borja Soriano, TEORÍA GENERAL DE LAS OBLIGACIONES, Ed. Porrúa, México, D.F., 13ª edición, 1991, p. 620. Pero *confere* Ernesto Gutiérrez y González DERECHO DE LAS OBLIGACIONES, Ed. Porrúa, México, D.F., 9ª edición, 1993, p. 1104, Fausto Rico Álvarez y Patricio Garza Bandala, TEORÍA GENERAL DE LAS OBLIGACIONES, Ed. Porrúa, México, D.F., 2005, p. 527, e Ignacio Galindo Garfias, TEORÍA DE LAS OBLIGACIONES, Ed. Porrúa, México, D.F., segunda edición, 2003, p. 247).

¹⁷ Aunque algunos hablan de tres: subjetiva, objetiva y mixta, ésta última abarcando tanto una novación objetiva como subjetiva.

¹⁸ Por ejemplo, si en la obligación primigenia se hablaba de depósito y las partes mudan su contenido obligacional a préstamo.

¹⁹ Este género contiene dos especies: expromisión y delegación. Mientas que en la *expromissio* un tercero asume espontáneamente la obligación del deudor, en la *delegatio* el deudor presenta a un tercero para que éste asuma la obligación, lo cual es aceptado por el acreedor. La delegación supone aceptación del deudor anterior. La expromisión no.

²⁰ El acto de cambiar al acreedor también ha sido definido como ‘delegación’.

²¹ El Código Civil del Perú inclusive las regula por separado: la novación subjetiva por delegación (artículo 1282) y la novación subjetiva por expromisión (artículo 1282).

2. Efectos: propia e impropia

En cuanto a sus efectos, algunos²² admiten la existencia de dos tipos de novaciones: la novación propia e impropia. Mientras que la primera reúne los requisitos anteriormente explicados, la impropia no. En palabras de Díaz Pairó, la impropia consiste en:²³

La simple modificación del vínculo, que perdura, aunque modificado, con un nuevo contenido.

Puede cuestionarse la aceptación de la novación impropia como una verdadera novación. Y el cuestionamiento no solo tendría mérito, sino que propiciaría un debate deseable para aclarar el régimen de la novación. Sin embargo, en la medida en que hay quien la acepta,²⁴ merece comentarse.

III. AUTONOMÍA DEL ACUERDO ARBITRAL

A. LEITMOTIV

El principio de separabilidad²⁵ del acuerdo arbitral es uno de los dos principios clásicos del derecho arbitral. Junto con *compétence de la compétence*, constituye uno de sus principios más característicos.

Esto es sabido y comúnmente repetido. Lo que es menos conspicuo es el porqué.²⁶ La respuesta es doble. Primero, es un principio que da efectos al

²² Por ejemplo, **Chile** (artículo 1631.1 del Código Civil de la República de Chile), **Colombia** (artículo 1690.1 del Código Civil de Colombiano), **España** (artículo 1203(2) del Código Civil Español), **Francia** (artículo 1271.1 del Code Civil Française).

²³ Teoría, t. II, número 57, pp. 112 *et seq.*

²⁴ Además de las jurisdicciones citadas en el pie de página 21 anterior, existe doctrina que también la acepta. Por ejemplo, Castán Tobeñas, (*ob. cit.*, p. 490).

²⁵ También conocido como independencia, vida propia y autonomía del acuerdo arbitral.

²⁶ Lo aquí expuesto toca, mas no agota, los motivos. De desear abundar, puede consultarse González de Cossío, ARBITRAJE, Ed. Porrúa, México, D.F., 2004, p. 113 *et seq.*; González de Cossío, ARBITRAJE Y LA JUDICATURA, Ed. Porrúa, México, D.F., 2007, p. 17 *et seq.*; y González de Cossío, KOMPETENZ KOMPETENZ A LA MEXICANA: CRÓNICA DE UNA MUERTE ANUNCIADA (visible en www.gdca.com.mx/publicaciones/arbitraje).

deseo de las partes de someter su controversia al arbitraje. Segundo, resuelve un problema conceptual y práctico. Explicaré ambos con un ejemplo.

Piénsese en una relación contractual entre *A* y *B* que contiene un acuerdo arbitral y que da origen a una controversia. *A* demanda a *B* por incumplimiento de contrato. *B* esgrime una defensa consistente en la inexistencia del contrato. *A* refuta argumentando que el contrato es válido. El tribunal arbitral, seguido un proceso arbitral, emite un laudo fallando a favor de *B*: el contrato es inexistente. Como el lector atento seguramente ha notado, se detona un dilema jurídico: si el contrato es inexistente, siguiendo el principio lógico y jurídico de *ex nihilo nil fit*, el laudo—producto del acuerdo arbitral, a su vez parte del contrato—es justamente eso: la nada jurídica. Resultado: todo el ejercicio arbitral se siguió en vano. Únicamente propició desperdicio de recursos.

El dilema no solo era práctico sino filosófico. La respuesta del derecho arbitral: cambiar el cauce del silogismo insertando (por ley) la premisa jurídica que evita la consecuencia indeseada: la vida del acuerdo arbitral no proviene del contrato que lo contiene. Deriva de un análisis singular. Autónomo. En el caso mexicano, proviene del artículo 1423 del Código de Comercio. Si el acuerdo arbitral reúne los requisitos de dicho precepto, se estará en presencia de un acuerdo arbitral válido, al margen de la suerte de la relación jurídica que lo contiene. Nuevo resultado: el tribunal arbitral puede *con efectos* emitir un laudo que sostenga la invalidez (¡inclusive inexistencia!) del Contrato. Ergo, el deseo de las partes de someter al arbitraje es cumplido. Y el ridículo jurídico propiciado por el ejemplo anterior es evitado.

Entendido así, el principio de autonomía del acuerdo arbitral es producto de diestra ingeniería jurídica.

B. NOCIÓN

Entendida la teleología, la regla puede resumirse en lo siguiente: *las vicisitudes que pueda sufrir el contrato principal no necesariamente impactan al acuerdo arbitral*. El destino del acuerdo arbitral está dissociado del contrato principal. El análisis de validez del acuerdo arbitral es jurídicamente distinto del análisis de validez de la relación que lo contiene. Ello significa, en el argot del derecho de las obligaciones, que cuando las partes celebran un contrato con un acuerdo arbitral, jurídicamente entablan no *una*, sino *dos*, relaciones jurídicas. Y cada una se cocina aparte.

C. TRASCENDENCIA

Tener en cuenta lo anterior es de importancia para todas las jurisdicciones con derecho arbitral moderno. Aunque he anclado la explicación en derecho arbitral mexicano, la explicación es válida *in genere*. Proviene de, y aplica al, orden jurídico arbitral internacional,²⁷ que es el derecho arbitral trasnacional que tiene un núcleo, un común denominador, que forma un sistema internacional. Y todas las jurisdicciones arbitrales modernas son parte del mismo.

Entendido ello, la materia de este ensayo enfrenta uno de los principios más caros del derecho arbitral trasnacional con una institución que forma parte de la mayoría de los sistemas de tradición civilista.

²⁷ Comulgo con Emmanuel Gaillard (ASPECTS PHILOSOPHIQUES DU DROIT DE L'ARBITRAGE INTERNATIONAL, Académie de Droit International de la Haye, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/Boston, 2008) en la forma de entender el sistema arbitral internacional.

IV. NOVACIÓN Y AUTONOMÍA

A. LA PREGUNTA

¿*Quid iuris* cuando una novación versa sobre una relación jurídica que contiene un acuerdo arbitral? ¿Queda *ex hypothesi* o *a fortiori* extinguida la obligación de arbitrar?

Para responder esta pregunta comenzaré por resumir y comentar lo que han dicho al respecto dos jurisdicciones (§B), para luego proponer un modelo que considero que brinda una mejor solución (§C).

B. PRECEDENTES JUDICIALES

Los precedentes judiciales sobre este tema son incipientes, pero interesantes. Vale la pena mencionar un caso francés y otro mexicano.

1. Francia

En *Cosiac v. Consorts Luchetti*²⁸ al conocer de la solicitud de nulidad de un laudo arbitral derivado de un acuerdo arbitral contenido en un contrato que se alegaba que había sido novado, la Corte de Apelación aseveró en uno de sus considerandos que:

Considerando, sin embargo, que la cláusula compromisoria tiene una completa autonomía y que por ende la transacción o la novación que intervino sobre la convención que contiene la cláusula compromisoria, no puede tener el efecto de privar dicha cláusula de su eficacia;

[Considérant, cependant, que la clause compromissoire possède une complète autonomie et que dès lors, la transaction ou la novation intervenue sur la convention contenant la clause compromissoire ne peut avoir pour effet de priver cette clause de son efficacité;]

Como resultado, se sostuvo la validez del laudo.

²⁸ Corte de Apelación de París el 4 de marzo de 1986 (4 mars 1986 – Cour d'appel de Paris (1 re Ch. suppl.), *Revue de l'Arbitrage*, (Comité Français de l'Arbitrage, 1987, Volume 1987 Issue 2) pp. 167 - 169). Corte de Casación, 10 de mayo de 1988.

La decisión se recurrió ante la Corte de Casación, la cual rechazó indicando:²⁹

Tomando en cuenta que la corte de apelación ha correctamente determinado que la novación – suponiendo su existencia — no puede tener por efecto privar de eficacia a la cláusula compromisoria insertada dentro del contrato, dichos motivos son suficientes para justificar legalmente la decisión

[Mais attendu que la cour d'appel, a justement estimé que la novation - à la supposer établie - ne peut avoir pour effet de priver d'efficacité la clause compromissoire insérée dans le contrat ; que ces motifs suffisent à justifier légalement sa décision]

Como puede verse, ambos tribunales rechazaron que la novación de un contrato impacte el acuerdo arbitral contenida en el mismo.

2. México

El único precedente judicial mexicano que ha tocado el tema dice:³⁰

ARBITRAJE MERCANTIL. CRITERIOS PARA DETERMINAR LA INEFICACIA DEL ACUERDO DE. Un acuerdo de arbitraje es ineficaz cuando hay algún motivo por el cual no puede producir efectos, por lo que son causas de ineficacia del acuerdo arbitral aquellas que impiden que se produzcan sus efectos, positivos o negativos, ya sea porque las partes no están facultadas y obligadas a someterse al arbitraje, o debido a que es imposible plantear la diferencia ante un tribunal estatal. Así, no podrán generarse los efectos del arbitraje si existe una renuncia de ambas partes al mismo, dado que esa voluntad es prioritaria en la conformación del acuerdo y debe atenderse a ella, como se tiene que respetar en el caso opuesto, esto es, cuando se pacte el convenio arbitral, en atención a que la voluntad de las partes es la base toral de las convenciones mercantiles. Desde luego, esa renuncia deberá constar de manera expresa e indubitable, porque de esa misma forma tiene que obrar el acuerdo arbitral en aras de la certeza y de la constatación del efectivo consentimiento en comprometer, y la exigencia que para ese acuerdo se impone debe también, por identidad de razón, regir en cuanto a la

²⁹ Bulletin 1988 I N° 139, p. 96. Cour de cassation, 1re chambre civile, 10 mai 1988, N° 86-13.333.

³⁰ Registro No. 176595, Novena Época, Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXII, Diciembre de 2005, p. 2623. Tesis: I.3o.C.521 C. Amparo directo 465/2005.

dimisión al compromiso. **Tampoco podrán surtir los efectos del arbitraje si hay una novación de la cláusula arbitral, pues en tal caso se sustituirá el compromiso de someterse al arbitraje por el pacto de sujetarse a la jurisdicción estatal, es decir, una obligación primigenia por una posterior, acorde a la naturaleza de esa figura que se regula en el artículo 2213 del Código Civil Federal.** De la misma forma, si el plazo en que debía acudir al arbitraje, en caso de existir pacto sobre esa vigencia temporal o aplicarse el previsto legalmente de manera genérica, ha fenecido, porque en tal caso opera la prescripción en su vertiente negativa, liberadora de obligaciones, conforme a los artículos 1135 y 1158 del Código Civil Federal, en relación con los artículos 1038 y 1047 del Código de Comercio. Similar imposibilidad de producción de efectos del pacto arbitral se dará si un tribunal estatal resolvió la controversia sin oposición de las partes, o cuando la sentencia judicial ha causado ejecutoria, dada la firmeza que ello produce y el respeto que debe darse a la cosa juzgada, lo cual impedirá a las partes someter al arbitraje una cuestión ya fallada por un órgano del Estado, quien tampoco podrá hacer la remisión correspondiente. La muerte o incapacidad de los árbitros, en caso de que hayan sido designados nominalmente en el convenio arbitral y no se haya previsto en este último la posibilidad de sustituirlos, también provoca que no pueda producir efectos dicho pacto, dado que no habrá tribunal arbitral que conozca del asunto y al cual deba remitir la autoridad judicial. Los anteriores supuestos relacionados con la falta de capacidad para que el acuerdo de arbitraje surta sus efectos, esto es, con su ineficacia, son enunciativos y no limitativos, ciertamente, pero revelan que el juzgador que se pronuncia sobre esa cuestión debe constreñirse a verificar si existe un motivo que impida que los referidos efectos se produzcan. (énfasis añadido.)

3. Comentario

Los casos se prestan a comentarios y lecciones. Tomémoslos por separado.

a) *Caso mexicano*

En relación con el caso mexicano, la tesis citada no arroja mucha luz sobre nuestro tema. El motivo es que parte de la premisa que existe una novación *de la cláusula arbitral*. Partiendo de dicha premisa, no hay nada que discutir.³¹

³¹ De hecho, podría decirse que la tesis comete el error de la lógica argumentativa en exponer una pregunta de tal manera que la respuesta es obligada. (La rectitud de ésta crítica dependerá de cómo se litigó el asunto, cuestión que admito ignorar.)

Pero si la novación no es del acuerdo arbitral, sino de la relación que lo contiene, las dudas que motivaron este ensayo subsisten.

b) *Caso francés*

Cosiac v. Consorts Luchetti despierta dudas si se pone bajo la lupa de derecho civil mexicano.³² Aunque es cierto que el principio de autonomía implica que la suerte del contrato principal no necesariamente impacta el acuerdo arbitral, sostener lisa y llanamente que el acuerdo arbitral sobrevive una novación exige la pregunta: ¿es imposible novar un acuerdo arbitral?

Como seguramente el lector contestará negativamente,³³ la lógica arroja otra pregunta: ¿Cómo? Es decir, a la luz de *Cosiac v. Consorts Luchetti*, ¿cómo novar de tal manera que abarque el acuerdo arbitral?

Podría contestarse que una novación, para impactar ambas relaciones jurídicas, debe *ex profeso* indicar que abarca el acuerdo arbitral. ¿No será ir demasiado lejos? Aceptando que las partes pueden desear novar ambas relaciones, la novación del acuerdo arbitral procedería, no porque es parte del Contrato, sino porque las partes desearon *en el mismo acto* extinguir ambas obligaciones. En dicho caso, la extinción del pacto arbitral ocurre, no porque ambos están en el mismo contrato, sino de que la novación se confeccionó para asesinar ambas relaciones.

Aún llevando el principio de autonomía al extremo (el acuerdo arbitral está *totalmente* desligado del contrato que lo contiene), si las partes, viendo que su relación contractual contiene un acuerdo arbitral, la novan y, al crear una

³² La aseveración es importante pues la sentencia alude a que, bajo el derecho aplicable, los comunicados de las partes no podían considerarse como una novación. (En sus palabras: "...en vertu de la loi italienne, applicable au fond du litige, et de la ... jurisprudence la Cour Supreme de cassation d'Italie, l'échange de lettres ... ne pouvait pas être considéré comme une transaction ni une novation ...").

³³ Sostener lo contrario sería desnaturalizar al acuerdo arbitral, el cual es un acto jurídico como cualquier otro, que puede ser extinguido *inter alia* mediante una novación.

nueva relación, no reflejan *de novo* su voluntad de quedar vinculados al arbitraje, ¿qué no será suficiente para dar el pacto por extinguido? Después de todo, el nuevo contrato contendrá el alfa y el omega de su relación. De no contener arbitraje, ¿no debe entenderse por simplemente no pactado?

A estas alturas la postura que probablemente empiece a generarse en la mente del lector es: depende.

Coincido con dicha postura. Para discernir, a continuación propongo un modelo.

C. MODELO

Deseo postular que el análisis de la suerte del acuerdo arbitral ante una novación sea menos mecánico y más sofisticado: que se aquilate la voluntad de las partes *in casu*. Cuando un tema puede variar atendiendo a factores diversos, una regla mecánica y genérica puede generar más problemas de los que resuelve.

Propongo que la respuesta a la pregunta que motiva este ensayo es mejor lograda si se analizan dos variables: (1) al tipo de novación; y (2) el alcance de la novación. A continuación explico cada una por separado.

1. Tipo de Novación

Como se explicó, en cuanto a su *diseño*, existen dos géneros de novaciones: la objetiva y la subjetiva. En cuanto a sus *efectos*, también existen dos tipos de novación: la propia y la impropia. La vigencia del pacto de arbitrar dependerá del tipo de novación.

a) *Diseño*

El diseño de la novación que las partes hayan realizado será decisivo. Recuérdese que, antes que nada, la novación es una convención.³⁴ Por ende, lo expresamente acordado contendrá el principio y el fin de éste análisis.

i) **Novación objetiva**

Si las partes cambian la cosa o tipo de obligación adquirida, existe novación de la obligación. Si el régimen de la obligación fresca no contiene acuerdo arbitral, no existirá obligación de arbitrar disputas.

Ello no quiere decir que una novación objetiva siempre conlleve una extinción del pacto arbitral. Quiere decir que la respuesta la dará el régimen en vigor post-novación.

Piénsese por ejemplo en un Contrato de Depósito por \$1,000 entre *A* y *B* que contiene un acuerdo arbitral. Tiempo después tachan la palabra “Depósito” del título del documento para testar en su lugar “Préstamo”. Existe una novación pues cambió la causa. Sin embargo, el régimen está contenido en el (ahora) Contrato de Préstamo (otrora Depósito), el cual contiene un acuerdo arbitral.

Pero ello no quiere decir que la novación objetiva nunca extinga la obligación a arbitrar. Piénsese en el mismo ejemplo, pero con la siguiente variante: *A* (el depositante) le dice a *B* (depositario) que el dinero que *B* posee de *A* lo puede usar para *X* propósito. Se lo presta a cambio de un interés anual del 10%. Proceden a romper el Contrato de Depósito y plasmar su nuevo acuerdo de voluntades en un pedazo de papel que tienen a la mano, sin incluir pacto adicional alguno. Sólo su rúbrica.

³⁴ Artículo 2214 del Código Civil Federal es contundente: “La novación es un contrato, y como tal, está sujeto a las disposiciones respectivas ...”.

En el ejemplo, operó una novación objetiva, tanto del contrato principal como del acuerdo arbitral.

Moraleja: no puede establecerse una regla mecánica sobre la novación objetiva. Tiene que analizarse caso por caso. Y la prueba de ácido será la voluntad de las partes.

ii) Novación subjetiva

Si las partes cambian a la persona que es parte de la relación jurídica, el resultado del cuestionamiento del estatus del acuerdo arbitral es totalmente dependiente de cómo lo hayan hecho. Me explico.³⁵

1. Cambio de acreedor

El cambio del acreedor genera dudas. El motivo es que nuestro Código Civil no lo regula *ex profeso*. Ante ello, surge la duda de la suerte que debe seguir. Por ejemplo, si el nuevo acreedor se pone en los zapatos del anterior, tal parece que sí continuará el deber de arbitrar. Sin embargo, el lector conocedor de obligaciones seguramente matizaría que ello no es una verdadera *novación*, sino una *subrogación* o una cesión de crédito. Es decir, no se está en presencia de una forma de *extinguir*—sino *transmitir*—obligaciones. Ante ello, el régimen de novación sería inaplicable.

Tendría que estar de acuerdo con la caracterización, aunque me pregunto si agota la incógnita, pues la novación subjetiva por cambio del acreedor *existe*.^{36y37} Luego entonces, la contestación en el sentido que no debe

³⁵ Todos los ejemplos que siguen parten de la premisa que la relación pretérita contenía un acuerdo arbitral.

³⁶ Ejemplos de países que la contemplan son **Chile** (artículos 1631.3, 1635 y 1643 del Código Civil de la República de Chile), **Argentina** (artículos 814, 815 y 817 del Código Civil de la República de Argentina), **Colombia** (artículos 1690.3, 1694 y 1702 del Código Civil de Colombiano), **España** (artículos 1203(i), 1205 y 1211 del Código Civil Español), **Francia** (artículos 1271.2, 1274 y 1275 del Code Civil Française), **Italia** (artículo 1235 del Codice Civile Italiano), **Louisiana** (artículo 1882 del Louisiana Civil

confundirse con cesión o subrogación³⁸ no satisface la duda.³⁹ Lo que es más, distrae. Regresemos a la pregunta: partiendo de la premisa que existe *animus novandi*—despejando así la fuente de confusión—¿qué sucede si las partes cambian al acreedor?

Partiendo de la premisa que el único cambio es subjetivo, y que el contenido obligacional queda intacto, propondría que la obligación a arbitrar queda incólume.⁴⁰ Estará contenida en la nueva relación.

La postura adoptada debe generar dudas. Después de todo, dado que la novación extingue la obligación anterior, ¿con fundamento en qué aseverar que un pacto pretérito continúa en la nueva relación?

Code), **Perú** (artículo 1280 del Código Civil del Perú). En éste último caso, el título mismo del artículo citado alude a la ‘novación subjetiva activa’.

³⁷ La aseveración debe invitar diferencias de opinión, tanto generales como especiales (en México). Con respecto a las *generales*, existen elementos para pensar que la delegación de acreedor es mejor caracterizada como una forma de *transmitir*—no *extinguir*—obligaciones. Con respecto a las *especiales*, el caso del Código Civil Federal mexicano no lo regula. La omisión podría defenderse de varias maneras. Por ejemplo, dado que el Código Civil de 1884 sí lo contenía (art. 1607), el cambio legislativo podría entenderse como la adopción de la teoría alemana: sólo existe la novación objetiva. Pero también podría defenderse que la novación subjetiva está implícita en el *aliquid novi* y el artículo 2213 del Código Civil Federal. Finalmente, existe doctrina que respalda ambas posturas. Mientras la primera podría encontrar apoyo en Borja Soriano (*ob. cit.*, p. 620), la segunda podría fundarse en Gutiérrez y González (*ob. cit.*, p. 1104), Rico Álvarez y Garza Bandala (*ob. cit.*, p. 527), aunque al hablar del cambio de acreedor y deudor, refieren al lector al capítulo de transmisión de las obligaciones, (*id.*, p. 530). Para una postura que parece ecléctica, ver Galindo Garfias (*ob. cit.*, p. 247).

³⁸ Además de que la subrogación está ligada a pago. Por ende, si en el caso particular no existe pago por un tercero ajeno a la obligación a ser transmitida, simplemente no estamos en presencia de subrogación.

³⁹ Es fácil confundir ambas instituciones pues como resultado de ambas cambia el acreedor. Sin embargo, existen diferencias. Por ejemplo, mientras que la cesión no extingue obligación alguna, la novación sí. La cesión no exige autorización del deudor; la novación sí. Y finalmente una consecuencia importante: mientras que en la cesión pueden oponerse al nuevo acreedor las excepciones relacionadas con la relación anterior, en la novación no.

⁴⁰ Admito que tendrían que analizarse las circunstancias del caso, siguiendo el análisis contenido en la sección IV.C.2 de este ensayo.

Mi respuesta: al hablar de novación *subjetiva*, parto de la premisa que lo *único* que cambió es la *persona*, no el *contenido*, de la obligación. Si cambia el contenido, entonces ya no sería subjetiva, sino objetiva (o mixta).

Y si se acepta que lo único que cambió fue la persona (acreedor en este caso) quiere decir que el resto se mantuvo intacto. Es decir, el contenido de la obligación es el mismo—incluyendo acuerdo arbitral.

2. Cambio de deudor

El cambio de deudor también genera dudas. Si resulta de una expromisión o delegación mediante la cual el nuevo deudor asume la obligación tal como está,⁴¹ ¿porqué no habría de persistir el deber de arbitrar? Podría contestarse que la novación implica *ex hypothesi* una nueva obligación. Estaría de acuerdo en la premisa, pero tengo dudas sobre la conclusión. Si estamos hablando de una novación *subjetiva* donde no se cambia el contenido obligacional, y el mismo incluye una cláusula arbitral, ¿porqué no continuaría existiendo dicho pacto?

Como puede observarse, la novación subjetiva genera dudas. Pero las dudas no provienen de su confrontación con el acuerdo arbitral. Son endémicas a la figura: la novación subjetiva. De hecho la ejemplifican los motivos detrás de la corriente de opinión que defiende que la única verdadera novación es la objetiva.⁴²

Pero mientras se acepte la figura de la novación subjetiva, tendrá que adoptarse una postura sobre sus consecuencias con respecto a nuestro tema. La mía es la descrita en estas líneas.

⁴¹ Suponiendo que el acto mediante el cual el nuevo deudor asume la obligación sea por escrito y firmado (para cumplir con el artículo 1423 del Código de Comercio).

⁴² Estoy en deuda con Emilio González de Castilla del Valle por sus observaciones a proyectos de este ensayo que sirvieron para nutrirlo. Cualquier error es sin embargo atribuible únicamente al autor.

b) *Efectos*

Si se trata de una *novación propia*, también conocida como *novación extintiva*, la respuesta dependerá del nuevo régimen de la novación. Si se trata de una *novación impropia*, también conocida como *novación modificativa*, la respuesta será dependiente del alcance de la modificación. Si la parte no modificada de la obligación pretérita incluye al acuerdo arbitral, éste ligará a los nuevos acreedor y deudor.

Dado que ambos casos exigen un análisis casuista, dependerán del régimen adoptado por las partes post-novación.

2. Régimen de la Novación

La nueva obligación nace con sus caracteres propios,⁴³ conforme las partes lo han querido.⁴⁴ Por ende, cualquier discusión sobre el contenido de la nueva relación jurídica empieza y termina con su texto expreso (suponiendo que haya sido regulado por las partes).

Si las partes desean acarrear estipulaciones de la obligación pretérita a la nueva, el mecanismo para hacerlo es la reserva.⁴⁵ Es decir, tienen que pactarlo. De lo contrario, la relación nueva será fresca. Carecerá de cualquier pacto no expresamente estipulado—incluyendo el arbitral.⁴⁶ De hecho, de dicho principio toma su nombre la novación: *de nuevo*—como lo refleja el aforismo jurídico *novatio enim a novo nomen accipit*.

⁴³ De hecho, este es el origen filosófico de la institución. Si algo cambia tan radicalmente ('sustancialmente', para usar el término de nuestro derecho escrito) que su esencia ya no es la misma, se trata de otra cosa. Se ha convertido en algo distinto. En una nueva obligación. En cambio, si se modifican aspectos accidentales, se está en presencia de lo mismo—aunque con diferencias secundarias.

⁴⁴ Planiol y Ripert, *ob. cit.*, p. 592-604.

⁴⁵ Artículo 2220 del Código Civil Federal.

⁴⁶ Ello es consistente con el principio que, en ausencia de reserva de garantías, la novación las desaparece. Si no se reservan, la nueva obligación será quirografaria.

Dado lo anterior, y el principio que las obligaciones accesorias quedan extintas,⁴⁷ una pregunta obligada es si el acuerdo arbitral debe entenderse como una obligación ‘accesoria’.

D. ¿ACUERDO ARBITRAL COMO ACCESORIO?

Si bien es cierto que, desde el punto de vista comercial, las partes pueden considerar a la obligación de arbitrar controversias como una secundaria o accesoria al objetivo que los llevó a contratar, debe tenerse en cuenta que *la accesoriedad económica no necesariamente implica su accesoriedad jurídica*. El motivo: el principio de autonomía. Como se recordará,⁴⁸ gracias a éste principio, no existe una, sino dos, relaciones jurídicas que nacen de la celebración de un contrato con un acuerdo arbitral. Por ende, jerarquizar mecánicamente una sobre la otra es inexacto. Son dos. Punto.

Ante ello, aunque discutible en lo técnico, considero más adecuado no concebir al acuerdo arbitral como una obligación ‘accesoria’ para efectos del artículo 2220 del Código Civil Federal.

V. COMENTARIO FINAL

El acuerdo arbitral es un acto jurídico como cualquier otro. Y dicho pacto puede novarse, como cualquier otro. Pero la forma de hacerlo y sus consecuencias jurídicas no son evidentes. El motivo: el (ambiguo) régimen de la novación aunado al (importante) principio de separabilidad del acuerdo arbitral.

Ante ello, lejos de mecánicamente suponer que la novación implica la extinción del acuerdo arbitral, propongo que:

⁴⁷ Artículo 2220 del Código Civil Federal.

⁴⁸ Y se explicó en la sección III de este estudio.

1. No se presume que, *per se*, la novación extingue el acuerdo arbitral;
2. La determinación de la existencia de la obligación de arbitrar siga un análisis casuista de la voluntad de las partes *ex post* novación. Del contenido obligacional de la nueva relación;
3. La novación subjetiva conlleve una presunción *iuris tantum* que sigue vigente el pacto arbitral; y
4. No se tilde de ‘accesorio’ al acuerdo arbitral.

De seguirse los lineamientos anteriores, el resultado será más sofisticado y fiel a la verdadera intención de las partes.