

LA ATRACCIÓN DE LOS NO FIRMANTES DE LA CLÁUSULA COMPROMISORIA EN LOS PROCEDIMIENTOS ARBITRALES

James A. GRAHAM*

SUMARIO: I. *La firma no es un requisito de validez.* II. *El no firmante no es necesariamente un tercero al acuerdo arbitral.* III. *Conclusión.* IV. *Bibliografía.*

Si no cabe duda que la persistencia de la doctrina, a la imagen de Rodolfo Cruz Miramontes, a favor del arbitraje tuvo sus resultados, también es cierto que aún falta mucho para que México se convierta en una verdadera plaza moderna del arbitraje internacional. La jurisprudencia pone obstáculos innecesarios, como el deplorable fallo de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en materia de *kompetenz-kompetenz*,¹ y no está lista para confrontar problemas jurídicos que van más allá del actual alcance de la lucha ideológica que parece preocupar tanto a los jueces y magistrados de nuestro país.²

* Doctor en derecho por la Universidad de París I Panthéon-Sorbonne; profesor de carrera y presidente de la Academia de Derecho internacional de la Universidad de Monterrey.

¹ Pereznieto & Graham, “Mexican Supreme Court Rejects the Principle of *Kompetenz-Kompetenz*,” *Arbitration*, 2006.388”; Graham & Leal-Isla, “Commentaire sous Cour Suprême du Mexique, 30/3/2006”, *Revue de l’Arbitrage*, 2006.1039; Pereznieto & Graham, “Some recent decisions on *Kompetenz-Kompetenz* and related issues”, *Revista Latinoamericana de Mediación y Arbitraje* 2006.131, www.med-arb.net.

² En efecto, uno de los debates internacionales actuales es el de si el derecho del Estado de ejecución tiene que prevalecer sobre el derecho del Estado sede (véase Pereznieto & Graham, “La muerte programada del Estado sede del arbitraje?”, *Liber amicorum Patricio Aylwin Azócar*, Santiago, 2006, p. 595; *Revista Latinoamericana de Mediación y Arbitraje*, 2006.197, www.med-arb.net) mientras que nuestros tribunales aún se preguntan si el arbitraje es constitucional (véase Pereznieto & Graham, “Chroniques de jurisprudence

Una de esas problemáticas jurídicas complejas es la que unos llaman de manera errónea la atracción de los terceros en los procedimientos arbitrales, o de la extensión de la cláusula arbitral a partes terceras al contrato de base objeto de la controversia. Sin embargo, esa facilidad de lenguaje no refleja la esencia misma de la problemática, porque no cabe duda que un tercero a un acuerdo arbitral ¡simplemente no puede ser atraído a un arbitraje! De lo que habla la doctrina es en realidad del problema de los no firmantes de un acuerdo arbitral. En otras palabras: una parte que no ha firmado la cláusula compromisoria, ¿puede ser obligada a ir al arbitraje?

La pregunta general anterior a su vez implica otras dos preguntas especiales distintas. En primer lugar, ¿la firma es un requisito *ad validitem* en materia de acuerdos arbitrales? Si la respuesta es afirmativa, la ausencia de firma hace imposible a demandar a un no firmante. En segundo lugar, la ausencia de firma hace presumir que el no firmante es tercero al contrato de base, y consecuentemente al acuerdo arbitral. Y en este sentido, ¿aún es a demandarle en la vía arbitral?

La que precede implica que sí es posible de demandar a un no firmante en un procedimiento arbitral, pero tienen que verificarse dos condiciones: que la firma del acuerdo arbitral no sea un requisito de fondo (I); que el no firmante no sea un tercero al acuerdo arbitral (II).

I. LA FIRMA NO ES UN REQUISITO DE VALIDEZ

No obstante que se pudiera opinar que la firma es una condición *sine que non* para el acuerdo arbitral, no cabe duda que en realidad ésta sólo constituye un medio probatorio. En efecto, debemos recordar que en la materia la regla es el consensualismo,³ el consentimiento puede expresar-

mexicaine”, *Revue d’Arbitrage*, 2005, p. 775; Pereznieto & Graham, CNUDMI “Model Law Related Case Law”, *Revista Latinoamericana de Mediación y Arbitraje*, 2004, p. 190, www.med-arb.net; Graham, “La fase post-arbitral en materia de controversias comerciales internacionales”, *Revista Internacional de Derecho y Ciencias Sociales*, núm. 5, 2004, p. 9; Graham, “La figura del amparo y la ejecución de los laudos en México”, *Revista Brasileña de Arbitraje*; 2004, p. 100; Pereznieto & Graham, “Arbitration News”, *Mexico Update*, American Bar Association, 2005; Graham, *Guía práctica para la ejecución de sentencias y laudos comerciales internacionales*, Lazcano, 2007, p. 31.

³ Artículo 78, Ccom; León Tovar, *Contratos mercantiles*, Oxford, 2004, p. 39.

se sin ninguna formalidad, que sea bajo el amparo del derecho convencional (A) o en aplicación de las reglas del derecho común mexicano (B).

1. *Derecho convencional*

Según la interpretación predominante de la Convención de Nueva York, la firma sólo se requiere *ad probationem*. Como lo sostiene E. Gaillard, el artículo II del Convenio exige la firma sólo para los contratos escritos, mientras que la misma disposición prevé que el acuerdo arbitral puede también pactarse por telegrama o fax, medios que obviamente no permiten que un acuerdo arbitral pueda ser firmado en el sentido legal, sino que únicamente pueden contener una “copia” de la firma. Consecuentemente, en ausencia de una firma, la existencia de la cláusula compromisoria puede ser comprobada por cualquier otro medio, como testimonios, por ejemplo.⁴ Ahora bien, es verdad que un autor muy autorizado sostiene que el Convenio neoyorkino se aplica únicamente a acuerdos firmados.⁵ Si es cierto que unos tribunales comparten tal punto de vista,⁶ sin embargo, la jurisprudencia y la doctrina mayoritaria establecen lo contrario.⁷ En efecto, es menester recordar que es posible de anclar la validez del acuerdo arbitral en el derecho interno más favorable⁸ o en la ley aplicable más favorable determinada por la regla de conflicto del Estado de

⁴ *Sphere Drake Insurance PLC v. Marine Towing Inc* (5th Cir. 1993), 9 *Int'l Arb. Rep.* 8 (1994); Suprema Corte de Hong Kong, *Jiangxi*, 6/4/1995, 10 *Int'l Arb. Rep.* 8 (1995).

⁵ Van den Berg, *The New York Arbitration Convention of 1958*, p. 178.

⁶ CA Halogaland, 16/8/99, *Stockholm Arbitration Report*, 1999, p. 121; Tribunal de Primera Instancia de Dordrecht, *North American Soccer League Marketing, Inc. v. Admiral International Marketing and Trading BV & Frisol Eurosport BV*, 18/8/82, *Yearbook*, 1985, p. 490; Tribunal Supremo, *Delta Cereales España SL v. Barredo Hermanos S.A.*, 6/10/98, *Yearbook*, 2001, p. 854.

⁷ Entre los numerosos casos que pudieran ser citados es interesante mencionar el fallo *L'Aiglon SA v. Textil Untiao* de la Suprema Corte brasileña —en especial uno se recuerda la posición restrictiva que tuvo Brasil durante tantos años—, estableciendo que ni la Convención de Nueva York ni la ley brasileña requieren la firma del acuerdo arbitral como condición de validez (No SEC 856, 18/5/05).

⁸ Fouchard-Gaillard-Goldman, *Traité d'arbitrage commercial international*, París, Economica, 1996, núm. 271; Alemania: OLG Hamm, 2/11/1983, *Yearbook*, 1989, p. 629; BGH, 26/3/1987, *Yearbook*, 1988, p. 471; Francia: Civ¹, *Bomar Oil*, 11/10/1989, *JDI*, 1990, p. 633; Loquin; Suiza: TFS, *Denysiana SA c. Jassica SA*, 14/3/1984, *Bull. ASA*, 1984, p. 206.

*exequatur*⁹ y pedir en el mismo tiempo la ejecución del laudo sobre las disposiciones convencionales. No hay que olvidar que la Convención de Nueva York no pretende establecer reglas uniformes, sino que tiene por objetivo liberalizar la circulación internacional de los laudos.¹⁰ Las mismas observaciones se aplican *mutatis mutandis* a la Convención de Panamá, cuyo contenido sustancial es idéntico a las disposiciones de la Convención de Nueva York.

2. Derecho común

Se sabe que las disposiciones mexicanas sobre arbitraje provienen de la incorporación de la Ley Modelo de la Uncitral sobre Arbitraje Internacional, cuyo artículo 7o. en su versión original se referiría a un acuerdo arbitral firmado. Sin embargo, la disposición, al haber sido muy similar a la de la Convención de Nueva York, participa de las mismas observaciones, a saber: que el artículo 7o. de la Ley Modelo exigió la firma sólo para los contratos escritos, mientras que la misma disposición previó que el acuerdo arbitral también puede pactarse por telegrama o fax, medios que obviamente no permiten que un acuerdo arbitral pueda ser firmado en el sentido legal, sino que únicamente pueden contener una “copia” de la firma. Consecuentemente, en ausencia de una firma, la existencia de la cláusula compromisoria puede ser comprobada por cualquier otro medio, como testimonios, por ejemplo.¹¹ Y el hecho de que la nueva versión del artículo 7o. ya no se refiere a la firma del acuerdo arbitral refuerza nuestro punto de vista.¹²

La adopción por México de la Ley Modelo también implica que ésta tiene que ser interpretada a la luz de la jurisprudencia internacional, como lo estableció un tribunal colegiado.¹³ En este sentido, la interpretación predominante de la Ley Modelo establece que lo que importa no es tanto la presencia de una firma, sino la prueba de que la parte requerida

⁹ BGH, 21/9/05, *SchiedsVZ*, 2005.306; Graham, *Guía práctica para la ejecución...*, cit., nota 2, p. 44.

¹⁰ Fouchard-Gaillard-Goldman, *op. cit.*, nota 8, p. 271.

¹¹ Graham *et al.*, *Guía práctica para el arbitraje internacional*, Lazcano, 2005, p. 18.

¹² Artículo 7.3: “Se entenderá que el acuerdo de arbitraje es escrito cuando quede constancia de su contenido en cualquier forma, ya sea que el acuerdo de arbitraje o contrato se haya concertado verbalmente, mediante la ejecución de ciertos actos o por cualquier otro medio”.

¹³ Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito. Amparo en revisión. RC 14/2005. ADT Security Services. 19/5/2005.

al arbitraje emitió su consentimiento a la participación en tal procedimiento.¹⁴ Y así lo entendió también el Primer Circuito, que estableció lo que sigue:

ARBITRAJE. DEBE CONSTAR DE MANERA EXPRESA E INDUBITABLE LA VOLUNTAD DE LAS PARTES DE CELEBRARLO. La interpretación sistemática de los artículos 78, 1416, fracción I y 1423 del Código de Comercio permite colegir que la voluntad de las partes constituye la piedra angular de las convenciones mercantiles, entre las que se encuentra el acuerdo de arbitraje, el que se produce cuando las partes deciden, es decir, expresan su voluntad de someter todas o ciertas controversias al arbitraje, pero ese acuerdo debe constar por escrito, pudiendo hacerse referencias entre contratos en relación con una cláusula compromisoria aunque, en tal supuesto, además de la exigencia de la forma escrita, es menester que se comprenda, como parte integral del contrato, a la mencionada cláusula, ya que la manifestación clara y terminante de las partes de solucionar sus diferencias mediante arbitraje, es la que da sentido a todo el procedimiento posterior, llegando el arbitraje a donde las partes quisieron, nada más. Así, es factible que las partes sustituyan una cláusula jurisdiccional establecida en un acuerdo de voluntades inicial por una cláusula compromisoria, a través de un convenio posterior, ad hoc o general, y también es posible que incluyan en esa nueva cláusula de arbitraje a las cuestiones pactadas en el convenio primitivo, sin embargo, ello debe constar de manera expresa e indubitable, es decir, revelando la voluntad de las partes, ya que de no ser así, debe entenderse que el ánimo volitivo posterior no fue someter al arbitraje las diferencias relacionadas con ese convenio previo.¹⁵

En resumen, no cabe duda que en el derecho mexicano la firma del acuerdo arbitral es *ad probationem* y no *ad validitem* y que, consecuentemente, bajo este punto de vista no existe obstáculo para atraer un no firmante de la cláusula compromisoria en un procedimiento arbitral.

¹⁴ Por ejemplo: High Court of Hong Kong, *William Company v. Chu Kong Agency Co. Ltd. and Guangzhou Ocean Shipping Company*, 17/2/93, *Hong Kong Law Digest*, B7; High Court of Hong Kong, *Oonc Lines Limited v. Sino-American Trade Advance-ment Co. Ltd.*, 2/2/94, no publicado; Saskatchewan Court of Queen's Bench, *Schiff Food Products Inc. v. Naber Seed & Grain Co. Ltd.*, 1/10/96, 149 *Sask. R.* 54.

¹⁵ Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito. Amparo en revisión 442/2004. *Conproca, S. A. de C. V. y otra*. 14 de diciembre de 2004. Mayoría de votos. Disidente: Anastacio Martínez García. Ponente: Neófito López Ramos. Secretario: Raúl Alfaro Telpalo.

Ahora bien, lo que se queda es la verdadera pregunta, que consiste en si un tercero, lo que se presume porque no hay firmado el acuerdo arbitral, puede ser atraído en un procedimiento arbitral. La base del tema que nos ocupe es la teoría civilista de la extensión de la responsabilidad contractual a los *penitus extranei* —en realidad, “falsos” terceros, como lo veremos en el siguiente punto.

II. EL NO FIRMANTE NO ES NECESARIAMENTE UN TERCERO AL ACUERDO ARBITRAL

En este sentido, es menester presentar la teoría y la jurisprudencia de los dos países predominantes en materia de arbitraje, a saber: Francia (A) y Estados Unidos (B), para en final de cuenta ver cuáles pudieran ser las soluciones en el derecho mexicano (C).

1. *Derecho francés*

A. La jurisprudencia francesa en materia de contratos

En su tesis doctoral,¹⁶ B. Teyssié presentó una nueva figura jurídica en el derecho de las obligaciones, a saber: el “grupo de contratos”, que se puede definir como “una pluralidad de contratos que están relacionados con el mismo objeto o que concurren a la misma finalidad económica”.

En este grupo se encuentran los “contratantes extremos”, que son aquellos que participan en el mismo grupo contractual, pero que nunca han intercambiado directamente un consentimiento a ser vinculados entre ellos. Tal es el caso, por ejemplo, entre el vendedor y el subadquiridor, el adjudicador y el subcontratista, etcétera.

La jurisprudencia francesa distingue dos hipótesis distintas: los contratos traslativos de bienes, y los contratos no traslativos de bienes.

En el primer caso, tanto en las cadenas homogéneas¹⁷ (venta-reventa) como en las cadenas heterogéneas¹⁸ (venta-servicio-venta), el subadquiridor y el subcontratista tienen una acción contractual en contra del fabricante o vendedor original, porque la persona que adquirió el bien dispo-

¹⁶ *Les groupes de contrats*, París, LGDJ, 1975; véase también Bacache-Gibeili, *La relativité des conventions et les groupes de contrats*, París, LGDJ, 1996.

¹⁷ Civ, *Lamborghini*, 9/10/1979, *RTDC*, 1980, p. 354, Durry.

¹⁸ AP, 7/2/86, *RTDC*, 1986, p. 605, Rémy.

ne como causahabiente de todos los derechos y acciones vinculados con el bien; en otras palabras, ellos son accesorios al bien. En este sentido, no existe ninguna problemática con respecto al principio del efecto relativo de los contratos. ¡Los causahabientes no son *penitus extranei* al contrato!

En la segunda hipótesis, en donde no interviene ninguna transferencia de propiedad de un bien, la Suprema Corte francesa en un primer movimiento declaró que todos aquellos que han sufrido de un daño por el vínculo que tuvieron con el contrato tienen una acción contractual en contra del responsable del daño.¹⁹ Sin embargo, en 1991 el Pleno, en un segundo movimiento, cambió la jurisprudencia y condenó la teoría de los grupos de contratos sin traslado de propiedad,²⁰ porque sería derogar al principio del efecto relativo de los contratos. En estos casos no hay causahabientes, y estamos en presencia de ¡verdaderos terceros!

B. *La jurisprudencia francesa en materia de arbitraje internacional*

Ahora bien, en la materia que nos interesa, la pregunta es si el contratante extremo puede ser vinculado por un acuerdo arbitral que nunca firmó. Tienen que ser distinguidos diversos casos.

En primer lugar, tenemos las cadenas homogéneas, en donde un mismo bien es objeto de una serie de compraventas sucesivas. En este caso los tribunales franceses, por ejemplo, han considerado de manera general que el último comprador beneficia como causahabiente de una cláusula arbitral en contra del primer vendedor de la cadena, no obstante que este último y su contratante directo (el comprador-vendedor) fueron los únicos a firmar el contrato. Por la jurisprudencia *Peavy Co*, la Suprema Corte estableció que “en una cadena homogénea de contratos translativos, la cláusula arbitral se transmite con la acción contractual salvo la prueba de la ignorancia razonable de la existencia de la cláusula”,²¹ constituyendo así una nueva regla material en materia de arbitraje internacional.

En segundo lugar, hemos mencionado con anterioridad que en las cadenas heterogéneas los tribunales franceses consideraron que los contra-

¹⁹ Civ, *Clic Clac Photo*, 8/3/88

²⁰ 12/7/1991, *Dalloz*, 1991, Ghestin.

²¹ Civ, *Peavy Company*, 6/2/01, *Rev. Arb.*, 2001.522, Jault-Seseke. Véase también C. A. Lyon, 4 de noviembre de 2002, no publicado.

tantes extremos son vinculados por las cláusulas del contrato original. Sin embargo, en materia de arbitraje el principio *res inter alios acta* continúa imponiéndose en las cadenas heterogéneas, al exigir que haya un consentimiento expreso del subcontratista de aceptar la cláusula.²²

En tercer lugar, existe otra hipótesis en donde el no firmante puede ser atraído al arbitraje aunque que a priori sería una violación del principio del efecto relativo de los contratos. Sin embargo, veremos que no es así, porque se trata de un “falso” tercero al acuerdo arbitral en la medida en que ha expresado su consentimiento de otra manera que por la firma. Se trata de una parte que intervino en la negociación, celebración o ejecución del contrato, y por su intervención consintió de manera implícita al acuerdo arbitral no obstante que nunca lo ha firmado.

Es así que por la decisión *Jaguar*, la Corte de apelación de París enunció que “en el derecho del arbitraje internacional, los efectos del acuerdo arbitral se extienden a todas las partes directamente implicadas en la ejecución del contrato desde el momento en que su situación y sus actividades hacen presumir que tuvieron conocimiento de la existencia y del contenido del acuerdo arbitral, y permitiendo así al árbitro conocer de todos los aspectos económicos del litigio”.²³ Como se escribió, esta jurisprudencia manifiesta la inquietud de una buena administración de justicia, y su principal interés es de no subestimar una realidad económica en detrimento de una observación demasiado estricta de las formas prescritas por el sistema jurídico nacional.²⁴ No se trata de buscar un intercambio de consentimiento, sino de poner en evidencia un concurso implícito de consentimientos. En otras palabras, la jurisprudencia francesa adopta una concepción material y no psicológica de la obligación convencional.²⁵

Esta extensión del acuerdo arbitral a “falsos” terceros se encuentra frecuentemente en los litigios oponiendo los dirigentes de sociedades a la persona moral que encabezan. En el asunto *M. Jacques*, la sociedad miembro de una cooperativa renunció a su adhesión, y consecuentemente su presidente vendió sus partes sociales. Sin embargo, la cooperativa consideró la cesión de las partes como ilícita e inició un procedimiento

²² CA París, *Aquaboulevard*, 22/3/95.

²³ París, 7 décembre 1994, *RTDCom.*, 1995, p. 401, Dubarry et Loquin.

²⁴ Cachard, *Les clauses relatives à la compétence internationale dans les connaissances: consensualisme ou formalisme ?*, tesis de maestría, Universidad de París II, 1997.

²⁵ Oppetit, “Le consentement sans l’échange: le concours des consentements”, *Rev. Jur. Com.*, 1995, p. 73.

arbitral con fundamento en el artículo 24 del Reglamento interno de la cooperativa, que prevé el arbitraje para las controversias entre la cooperativa y sus miembros. El señor Jacques rechazó el procedimiento argumentando que nunca firmó una cláusula compromisoria y que no es miembro de la cooperativa, sino la empresa que él encabeza. Lógicamente, él tiene que ser considerado como tercero a este acuerdo arbitral. Sin embargo, la Corte de Casación francesa consideró, por un *dictum* de una sola frase, que el reglamento interno, que complementa los estatutos, es conocido por los miembros y sus dirigentes, y consecuentemente oponible a ellos.²⁶

Esa jurisprudencia también tiene una aplicación importante en lo que concierne a los grupos de sociedades,²⁷ en donde el acuerdo arbitral es firmado materialmente por la filial, pero el contrato fue negociado por la matriz no firmante del acuerdo arbitral. Conociendo la existencia del acuerdo, la matriz puede ser atraída al arbitraje, como lo decidieron los árbitros en la famosa decisión *Dow Chemical*,²⁸ laudo confirmado por los tribunales judiciales franceses.²⁹

También se aplica la extensión al beneficiario de una estipulación a favor de terceros, porque el consentimiento que se requiere es el estipulante y el que tiene que ejecutar la promesa. No se necesita la aceptación del beneficiario, porque su consentimiento no es condición de la generación de los derechos y obligaciones, y tal cual no es tercero al contrato. Por lo tanto, es lógico que el beneficiario esté ligado por el acuerdo arbitral.³⁰

²⁶ Civ, *M. Jacques X. c. Société Système U*, 20/9/06, no publicado; véase también Com, 8/11/05, núm. 03-14.630, no publicado.

²⁷ Suárez Anzorena, "Algunas notas sobre los grupos de sociedades y los alcances del acuerdo arbitral según la práctica internacional", *Revista Internacional de Arbitraje*, 2005, p. 55; Derains & Schwartz, *El nuevo Reglamento de Arbitraje de la CCI*, Oxford, 1998, pp. 113 y ss.; Jarvin, "La validité de la clause arbitral vis-à-vis des tiers non signataires de la clause. Examen de la doctrine de Groupe de Société dans l'arbitrage CCI", *RDAI*, 1995, p. 730; Sandrock, "Arbitration Agreements and Groups of Companies", *Mélanges Lalive*, Genibra, Helbing & Lichtenhahn, 1993, p. 625; Fadlallah, "Clauses d'arbitrage et groupes de sociétés", *TCFDIP*, 1985, p. 105.

²⁸ CCI # 4131, *JDI*, 1983.899, Derains.

²⁹ CA París, 21/10/83, *R. Arb.*, 1984.98, Chapelle. Para otros ejemplos, véase Fouchard-Gaillard-Goldman, *op. cit.*, núm. 501 y ss.

³⁰ Civ, *Banque populaire Loire et lyonnais*, 11/7/2006, *R. Arb.*, 2006, p. 969, Larroumet.

2. Derecho norteamericano

La noción más o menos equivalente en la *common law* es la de *Third party beneficiary*. Este “beneficiario” está en el derecho inglés expresamente vinculado por la cláusula arbitral en relación con los derechos que está reclamando.³¹ Aunque inconsistente, parece que la jurisprudencia norteamericana también considera al beneficiario como vinculado por la cláusula compromisoria del contrato de base.³²

En lo que concierne la teoría de los grupos de sociedades, ésta está consagrada desde hace mucho tiempo bajo varias nociones, como la del *piercing the corporate veil*,³³ la del *alter ego*³⁴ o la del *estoppel*.³⁵ Sin embargo, en tiempos recientes se ha perfilado una teoría general bajo el término de *group of companies doctrine*.³⁶ Al contrario de los países de derecho civil, el fundamento legal para los tribunales norteamericanos para atraer el no firmante al arbitraje es no sólo un consentimiento implícito (subrogación, tercero beneficiario), sino también el principio de equidad (que sea vía el *estoppel* o vía el principio de la buena fe).³⁷

La posición de los países enumerados refleja también la tendencia general de la doctrina,³⁸ y por ciertos autores son reglas integrales de la *lex mercatoria*,³⁹ considerando así que es posible de atraer no firmantes a procedimientos arbitrales. La misma postura se verifica en el derecho mexicano, como lo veremos ahora.

³¹ *UK Contracts (Rights of Third Parties) Act 1999*, section 8.

³² *Thomson-CSF S.A. v. AAA & Evans & Sutherland Computer Corp*, 64 E.3rd 773, 776 (2d Cir. 1995).

³³ *Smith/Enron Co-Generation Ltd Partnership, Ic v. Enron Devp't Corp*, 198 F.3d 88, 97 (2d Cir 1999).

³⁴ *ARW Exploration Corp v. Aguirre, AG*, No 2:01CV049K (D. Utah 2001).

³⁵ *In re Currency Conversión Fee Antitrust Litigation*, No MDL1409,M21-95 (SDNY 2003).

³⁶ *JJ Ryan & Sons v. Rhone Poulenc Textile, SA*, 863 F.2d 315 (4th Cir 1988).

³⁷ Hosking, “Non-Signatories and International Arbitration in the United States: the Quest for Consent”, *Arbitration International*, 2004, pp. 289, 295 y ss.

³⁸ Y de otros países como Alemania, por ejemplo (véase OLG Duesseldorf, 19/5/06, *SchiedsVZ*, 2006, p. 331).

³⁹ Lord Justice Mustill, “The new Lex Mercatoria: The first twenty five years”, *Arbitration International*, 1988, p. 86 [regla 8]; Berger, *The creeping codification of Lex Mercatoria*, Kluwer Law International, 1999, p. 300 [regla 50].

3. *Derecho mexicano*

Como una forma de prólogo es interesante subrayar que el Código Civil Federal no establece *expressis verbis* el principio *res inter alios acta*, como lo hace su precesor intelectual, el Código Civil francés, en su artículo 1165. Ahora bien, de manera implícita se puede pretender descubrir el efecto relativo de los contratos en el artículo 1792, que establece que estos son “acuerdos de dos o más personas”, y que *a contrario*, lo que no han “acordado” no son parte al contrato —son *penitus extranei*.

Antes de ver más en detalle cómo se puede integrar la teoría de los grupos de contratos en el derecho mexicano, es menester reproducir *in extenso* una tesis muy interesante del Primer Circuito, que dice a la letra:

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 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 compro-

misoria, 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.⁴⁰

La tesis reproducida pone en realce tanto la noción de causahabiente, que como en derecho francés tiene su origen en las reglas sobre sucesiones,⁴¹ como la de cadena contractual, subordinando la transmisión a un pacto expreso en este sentido.

Vimos que el acuerdo arbitral circula en la cadena contractual por el hecho de que el cocontratante extremo final es causahabiente del contratante anterior. En este sentido, no cabe duda que el derecho mexicano puede admitir sin ninguna mayor dificultad la transmisión de la cláusula compromisoria en las cadenas homogéneas y heterogéneas. Sin embargo, la tesis mencionada subordina la transmisión al requisito de que

aun existiendo una cadena contractual en la que los convenios entre las partes sobre obligaciones principales aparezcan firmemente relacionados,

⁴⁰ Amparo en revisión 442/2004. Tesis I.30.C.475 C. Conproca, S. A. de C. V. y otra. 14 de diciembre de 2004. Mayoría de votos. Disidente: Anastacio Martínez García. Ponente: Neófito López Ramos. Secretario: Raúl Alfaro Telpalo.

⁴¹ Artículo 1281, CCF.

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.

Aunque la formulación parece no equívoca, opinamos que hay una cierta confusión conceptual. Hay que distinguir entre la situación en donde estamos en presencia de un contrato marco y varios contratos sucesivos y la hipótesis que nos ocupa. No cabe duda que en el primer caso no se puede presumir tal cual la transmisión del acuerdo arbitral en el primer contrato a los demás contratos posteriores salvo prueba de la voluntad contraria. Sin embargo, en el segundo caso las circunstancias son distintas, como lo hemos demostrado.

Ahora bien, no obstante que las jurisdicciones francesas han rechazado extender la cláusula arbitral a los grupos de contratos en donde no hay ninguna transferencia de un bien, puede interrogarse si no hubiera la posibilidad de adoptar otra solución en derecho mexicano. En efecto, como lo ha escrito Durry en Francia, lo que importa es la previsibilidad de las soluciones, y no tanto el hecho de calificar tal o tal parte de tercero al contrato,⁴² porque a final de cuenta el contrato es nada más, para tomar la fórmula histórica de Hauriou, la tentativa más extensa para establecer la dominación de la voluntad humana sobre los hechos, integrándoles por avanza en un acta de previsión.⁴³ Si hay un litigio en relación con el contrato de base que contiene el acuerdo arbitral, tiene que ser lógico que este litigio sea sometido al arbitraje, aunque el que lo inicia sea a priori un tercero.

En este contexto es menester señalar una tesis aislada que tiene una cierta importancia para nuestro propósito. Según el Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito,⁴⁴ el acuerdo arbitral puede ser transmitido, y la operación se analiza como una cesión de derechos en los términos del Código Civil Federal,⁴⁵ y no como un derecho procesal (un derecho al arbitraje), sino como un derecho de saber cómo se resolverán las controversias sobre los derechos cedidos. En otras palabras,

⁴² *RTDC*, 1980, p. 355.

⁴³ *Principes de droit public*, París, 1910, p. 206.

⁴⁴ Amparo en revisión 442/2004. Tesis I.30.C.475 C. Conproca, S. A. de C. V. y otra. 14 de diciembre de 2004. Mayoría de votos. Disidente: Anastacio Martínez García. Ponente: Neófito López Ramos. Secretario: Raúl Alfaro Telpalo.

⁴⁵ Artículos 2029 y ss.

el deudor tiene el derecho adquirido de ir al arbitraje porque así se pactó en el convenio inicial. La calificación de la transmisión del acuerdo arbitral como cesión de derecho también tiene por consecuencia que según el artículo 2030 del mismo Código no se necesita el consentimiento del deudor, a menos que se haya convenido en el contrato inicial que no opere ninguna cesión. Ahora bien, tal afirmación podría contradecir el principio de la autonomía del acuerdo arbitral en el sentido de que si la cesión del contrato principal se hizo, no quiere decir que había también una cesión del acuerdo arbitral si este es un contrato independiente. Sin embargo, como lo hemos visto,⁴⁶ la cláusula compromisoria representa para el deudor un derecho a la certeza jurídica, y no puede ser dissociado de la economía general del contrato principal, salvo pacto en contrario, que prevé expresamente la exclusión de la transmisión del acuerdo arbitral. En otras palabras, aunque el fallo no lo dice, se puede afirmar que el derecho a la certeza jurídica sigue como accesorio al principal, tal como lo prevé el artículo 2032 del Código Civil Federal en su enumeración no limitativa. El fallo antes citado también subraya que no obstante la cesión automática del acuerdo arbitral con el derecho cedido, este primero no pierde su autonomía con respecto al contrato principal, consagrando así, sin saberlo, el punto de visto defendido por Pierre Mayer.⁴⁷

III. CONCLUSIÓN

No cabe duda que si uno se aventura en el camino anteriormente descrito, es la definición misma del contrato la que se verá afectada, cambiada. La fuerza obligatoria del contrato ya no tendría su fuente en el intercambio de los consentimientos, sino en la ley que la aprehendería como un instrumento socialmente indispensable para organizar el futuro y facilitar el negocio de los bienes y servicios. Ahora bien, en este contexto el acento está puesto sobre la ley como fuente de los derechos y obligaciones, y tal punto de vista se opone a lo que hemos sostenido al respecto del contrato sin ley,⁴⁸ a saber: que la fuente exclusiva del contrato es justamente el consentimiento, que actúa como *Grundnorm* fundamental para

⁴⁶ *Supra*.

⁴⁷ “Les limites de la séparabilité de la clause compromissoire”, *Rev. Arb.*, 1998, p. 359, núm. 5.

⁴⁸ “Breves observaciones sobre el contrato sin Ley en material internacional”, *Revisita Internacional de Derecho y Ciencias Sociales*, núm. 8, 2006, p. 74.

la validez de la creación de las obligaciones y derechos de los contratantes. Sin ninguna duda, existe ahí una contradicción que tiene que ser resuelta. Pero todo esto es otra historia...

IV. BIBLIOGRAFÍA

- BACACHE-GIBEILI, *La relativité des conventions et les groupes de contrats*, París, LGDJ, 1996.
- DERAINS & SCHWARTZ, *El nuevo Reglamento de Arbitraje de la CCI*, Oxford, 1998.
- FOUCHARD-GAILLARD-GOLDMAN, *Traité d'arbitrage commercial international*, París, Economica, 1996.
- GRAHAM y LEAL-ISLA, "Commentaire sous Cour Suprême du Mexique", *Revue de l'Arbitrage*, marzo de 2006.
- GRAHAM, *Guía práctica para la ejecución de sentencias y laudos comerciales internacionales*, México, Lazcano, 2007.
- , "La fase post-arbitral en materia de controversias comerciales internacionales", *Revista Internacional de Derecho y Ciencias Sociales*, núm. 5, 2004.
- , "La figura del amparo y la ejecución de los laudos en México", *Revista Brasileña de Arbitraje*, 2004.
- OPPÉTIT, "Le consentement sans l'échange: le concours des consentements", *Rev. Jur. Com.*, 1995.
- PEREZNIETO y GRAHAM, "Mexican Supreme Court Rejects the Principle of Kompetenz-Kompetenz, Arbitration", *Revista Latinoamericana de Mediación y Arbitraje*, 2006.
- , "¿La muerte programada del Estado sede del arbitraje?", *Liber amicorum Patricio Aylwin Azócar*, Santiago, *Revista Latinoamericana de Mediación y Arbitraje*, 2006.
- , "Chroniques de jurisprudence mexicaine", *Revue d'Arbitrage*, 2005.
- , "CNUDMI Model Law Related Case Law", *Revista Latinoamericana de Mediación y Arbitraje*, 2004.
- , "Arbitration News, Mexico Update", American Bar Association, 2005.