

ARBITRAJE FAMILIAR

FRANCISCO GONZÁLEZ DE COSSÍO*

SUMARIO: I. CUESTIONES INICIALES. A. ¿Por qué usar mecanismos de solución de controversias?. B. ¿Por qué usar arbitraje?. C. Aplicabilidad. II. LAS RELACIONES JURÍDICAS FAMILIARES. A. Matrimonio. B. Concubinato. C. Patrimonio. D. Tutela. E. Alimentos. F. Sucesión. 1. Arbitrabilidad. 2. Pacto arbitral sucesorio. 3. Precauciones. 4. Proceso. III. CONCLUSIÓN. A. El papel de la voluntad en el derecho familiar. B. Lo sensible de la materia es premisa de permisión, no prohibición. C. Utilidad de MSC en disputas familiares.

El aspecto más valioso de la vida es la familia. Como toda relación humana, en la familia hay diferencias. A veces graves. A veces dolorosas. Los mecanismos de solución de controversias (“MSC”) ofrecen un acervo de instrumentos jurídicos y destrezas que ayudan a resolver problemas de una manera que maximizan las posibilidades de encontrar solución adecuada a los problemas, tanto por su contenido, como por su tiempo, manejo y costo. Es por ende una buena idea explorar cómo y hasta dónde pueden usarse los MSC en esta materia. Ello para cerciorar que no estamos dejando de explorar formas de ayudar a manejar y resolver problemas de la mejor manera posible.

I. CUESTIONES INICIALES

Previo a entrar en materia, existen tres temas dignos de ser abordados en forma preliminar.

A. ¿Por qué usar mecanismos de solución de controversias?

Los mecanismos de solución de controversias son herramientas jurídicas para gestionar de mejor manera el riesgo jurídico. Siendo que los problemas no son unificables —tienen características distintas—, su manejo no puede ser uniforme. Hacerlo necesariamente implica que algunos de los problemas no están siendo idóneamente manejados. No cuestionarlo implica más suponer una cuestión, que una conclusión ponderada. Existe un acervo de instrumentos jurídicos con características diversas que los tornan herramientas idóneas para cierto tipo de problemas, pero no adecuados para

* Árbitro, abogado de parte, miembro de *Dispute Boards*, y mediador (www.gdca.com.mx). Observaciones bienvenidas a fgcossio@gdca.com.mx. Deseo reconocer la ayuda que recibí de la Maestra Gemma Naveja Romero al elaborar este ensayo, que incluyó deliberación ponderada que refinó las ideas. Cualquier error es sin embargo responsabilidad exclusiva del autor.

otros. Vistos conjuntamente, conforman un *continuum* de opciones que, dependiendo del reto enfrentado, ofrecen un valor diverso. Son:

- Mediación
- Conciliación
- Peritaje
- Litigio
- Arbitraje
- *Dispute Boards*

Lo que hace un buen abogado que busca ayudar a sus clientes a enfrentar y resolver el problema vivido de la mejor manera posible es reconocer la variedad de herramientas disponibles para de entre ellas escoger la más adecuada *in casu*. Es por ello que existe una transición del entendimiento del acrónimo “MASC” del término “mecanismos *alternativos* de solución de controversias” a “mecanismos *apropiados* de solución de controversias”: por que, más que una *opción*, son una *mejor* forma de manejar problemas.

Aceptado entonces que el Derecho nos ofrece alternativas diversas para enfrentar problemas con características diversas, el corolario que de ello surge es que éstos *permiten el mejor manejo de los problemas*. Tanto por su *resultado* como su *proceso*. Y ambos pueden ser importantes. Mejoran las posibilidades de un resultado positivo. Es por ello que se justifica llevarlos a un área que arroja problemas delicados: los problemas familiares.

B. ¿Por qué usar arbitraje?

Dentro del *continuum* de mecanismos apropiados de solución de controversias está el arbitraje. El arbitraje es litigio privado. El árbitro es un juez privado. Actúa como juez, emite un fallo equivalente a una sentencia: el laudo, que tiene fuerza de cosa juzgada. Y el beneficio que da a este tipo de problemas es que permite escoger a la persona que evaluará y resolverá el problema enfrentado. La persona que se escoja puede ser elegida en base a criterios diversos: especialidad, confianza, reputación, su buen juicio, por ejemplo. Y cualquiera que sea, lo digno de enfatizar es que permite a las partes cerciorar que su problema acabará en las manos correctas. La opción no solo no garantiza ello, sino que genera riesgo. Aunque existen jueces destacados intelectual y moralmente, no hay manera de saber si el caso acabará en sus dignas manos. El arbitraje permite que las partes gerencien dicho riesgo. Que, lejos de esperar a ver dónde acabó su caso, se cerciore que acaba en las manos correctas.

Además del perfil del juzgador, el arbitraje es *flexible*: permite diseñar el proceso como traje a la medida de las necesidades del caso. Siendo los problemas diversos, puede

ocurrir que un problema requiera de atención particular: velocidad, confidencialidad o tecnicidad: versar sobre un aspecto difícil, que requiere ya sea especialización, ponderación detenida, o sencillamente buen juicio.

Finalmente, el *resultado*: el arbitraje es *final*. Ello quiere decir que no existe una segunda instancia. Lo resuelto es *definitivo*. Por consiguiente, la característica tantas veces vista —y repudiada por los clientes— consistente en el tiempo de solución del problema, aparejada al número de instancias (que se presta a trucos y abusos) que toma arribar a una decisión definitiva es obviado: en arbitraje la decisión es *final a la primera*. Y siendo que el proceso puede confeccionarse como traje a la medida de las necesidades del caso, las partes tendrán control sobre este aspecto del problema, acomodándolo a lo que necesitan o prefieren.¹

C. Aplicabilidad

El arbitraje civil está sujeto al régimen civil: los códigos civiles y códigos de procedimientos civiles que resulten aplicables. El arbitraje comercial aplicará cuando ante comerciantes o actos de comercio. El artículo 1415 del Código de Comercio establece que el derecho arbitral (título IV, Libro V del Código de Comercio; artículos 1415 a 1480) aplica al arbitraje comercial nacional y al internacional cuando el lugar del arbitraje se encuentre en territorio nacional.²

Una conclusión de lo citado es que —siendo que el derecho aplicable es civil, no se involucran actos de comercio, y los protagonistas no son comerciantes— las disputas en materia familiar no están sujetas a derecho arbitral comercial.

¿Pero pueden estarlo? ¿Podrá, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, pactarse que aplique?

Un motivo para hacerlo es que, mientras que el régimen civil puede (y con frecuencia suele) no ser acorde a los cánones y paradigmas arbitrales más aceptados,³ el régimen de derecho arbitral del Código de Comercio lo es.⁴ Por consiguiente, la interrogante

-
- 1 Existen virtudes adicionales del arbitraje. Me ciño a las más relevantes atento al tema de este ensayo.
 - 2 El “lugar del arbitraje” en dicho precepto significa lo que el derecho arbitral conoce como “sede” del arbitraje. El vínculo jurídico entre un tribunal arbitral y un derecho arbitral. Se trata de una norma que fija cuál es el punto de conexidad que determina el derecho arbitral aplicable. La utilización de la palabra “lugar” ha invitado confusión con el lugar de la audiencia, algo irrelevante para la cuestión: lo que fija la aplicabilidad de un derecho arbitral no es el lugar *físico* de la audiencia sino el vínculo *jurídico* conocido como “sede”.
 - 3 Existen muchos regímenes civiles anacrónicos, tanto sustantivos como procesales. Ello ha invitado diferencias y problemas en casos en que podrían concebirse como aplicables. Y han existido casos en que la parte que recibe un laudo en contra esgrime tal cuestión en el juicio de nulidad, aduciendo que el caso estaba sujeto al régimen civil, que no fue acatado. Aunque nunca ha prosperado el argumento, es de utilidad crear una forma de concebir tal cuestión: redundará en menos tácticas obstructivas.
 - 4 Por ejemplo, el artículo 748 del Código de Procedimientos Civiles de Yucatán exige acuerdos arbitrales en escritura pública y exige una serie de cosas que no son ni útiles ni necesarias. Contrástese con la regla

tiene una implicación pragmática: la posibilidad de pactar un régimen sofisticado y útil para encausar y resolver disputas familiares, lo cual es deseable: maximizará las probabilidades de éxito—además de reducir formalismos y costos innecesarios.

No existe una respuesta tajante a la interrogante planteada.⁵ De ocurrir sin embargo, el resultado estará abierto a cuestionamientos que serán probablemente aprovechados por una parte que desee sabotear las consecuencias de lo pactado, si es que el laudo no le conviene.

Ante lo discutible de la legalidad del paso propongo al lector que evite tal discusión en aras de blindar su acto jurídico. Que, en ejercicio de la libertad contractual que el derecho civil suele reconocer,⁶ pacte la aplicabilidad del arbitraje regido por el Código de Procedimientos Civiles de la Ciudad de México⁷ o el del CNPCF⁸. Ello pues dicho derecho procesal arbitral, aunque no idéntico, está bastante apegado a los paradigmas del arbitraje moderno. De esta manera, de ser aplicable un código civil procesal que no contemple derecho arbitral moderno, puede soslayarse su aplicación mediante dicho pacto, que se asemeja a un pacto de foro prorrogando.

II. LAS RELACIONES JURÍDICAS FAMILIARES

¿Cómo utilizar los mecanismos de solución de controversias para manejar y resolver problemas en las relaciones familiares? Contestaré la pregunta tema por tema.

A. Matrimonio

Todos los aspectos del matrimonio pueden mediararse o conciliarse. Y dada la sensibilidad de dichos problemas, y lo doloroso que puede ser una sentencia o laudo,⁹ puede ser conveniente usar dichos instrumentos para resolver estos problemas.

de derecho arbitral, que se inspira del consensualismo (artículo 1423 del Código de Comercio).

5 Existen elementos para defender el paso, y no solo de principio (la postura contraria es paternalista), sino de derecho escrito. El artículo 542 del Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares (“CNPCF”) contempla como reglamento arbitral supletorio precisamente un reglamento de derecho arbitral comercial. ¿Si dicha norma lo establece supletoriamente, por qué no podría hacerse expresamente?

6 Por ejemplo, el artículo 1796 del Código Civil Federal y del Código Civil de la Ciudad de México contemplan tal libertad. El paso podría también encontrar asidero en el artículo 149, 151 y 152 del Código Federal de Procedimientos Civiles de la Ciudad de México (que permite el pacto de foro prorrogando) y el criterio de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia que ha calificado la libertad contractual como un derecho constitucional (ver criterio en Registro 2008086 con rubro “AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD. ES UN PRINCIPIO DE RANGO CONSTITUCIONAL”).

7 Artículos 609 a 635 del Código de Procedimientos Civiles para la Ciudad de México (CPC).

8 Artículos 533 al 545 del CNPCF.

9 Piénsese por ejemplo en un problema derivado de alcoholismo o maltrato de un cónyuge a otro; o una infidelidad; o incumplimiento del débito conyugal. Estos son tan solo algunos ejemplos de problemas

La utilización de mediación en estas disputas permite canalizar más humana y diestramente problemas que suelen ser delicados, cargados de emoción, y que con frecuencia se prefiere mantener confidenciales. El que la solución pueda ser lograda mediante una mediación abona al respeto de la misma, y su observancia: las personas suelen estar más dispuestas a cumplir las soluciones que acordaron cuando provienen de ellas mismas, que soluciones impuestas por un tercero. El mediador empleará el (enorme) acervo de destrezas que la mediación ofrece para avenir a las partes para que logren una solución que sea aceptable. Ello contrasta con una decisión impuesta por un tercero, que puede ser dolorosa, que con probabilidad será imperfecta,¹⁰ y que por ende su observancia requerirá actos de monitoreo y coacción constantes—caldo de cultivo de ineffectividad de la materia, especialmente ante el hastío que suele observarse que sienten los involucrados.¹¹

La conciliación ofrece un valor diverso digno a ser entendido.¹² Se distingue de la mediación en cuanto al papel del tercero y el resultado: el *papel* del conciliador es evaluar, no avenir (lo cual hace el mediador). El *resultado*: el conciliador puede recomendar una solución. Ambas características pueden ofrecer beneficios diversos. Avenir es útil (y digno de ser intentado) para que sean las partes mismas las que lleguen a un resultado que les sea mutuamente aceptable. Pero ello puede tener límites. Llegados dichos límites, puede ser conveniente que el tercero mude de *avenir* a *evaluar*, y utilice las técnicas que de ello brotan para lograr encontrar una solución al problema de las partes. En cuanto a resultado, puede ser conveniente que en algún punto del ejercicio conciliatorio el tercero haga alguna sugerencia. El conciliador puede —con frecuencia *suele*— ver cosas que las partes conjuntamente no ven por el sencillo hecho que el conciliador tiene información que las partes no tienen.¹³ Así, gracias al uso diestro de este MSC surgen soluciones posibles que no estarían disponibles en un contexto adversarial, pero que podrían servir de espacio de solución para el problema de las partes. No olvidemos que las sentencias no buscan soluciones, aplican derechos. La diferencia es enorme: con frecuencia lo que las partes necesitan y el derecho que tienen es distinto. Solo por esto, usar MSC es una buena idea: procura espacios de entendimiento que de otra manera no se lograrían. Solo por esto, usar MSC mejora las posibilidades de que la solución a la que se llegue sea superior a la que provendría de un litigio o arbitraje.

delicados y (lamentablemente) no infrecuentes que surgen en esta materia, y que es frecuente que se busque discreción.

- 10 Si se compara con lo que pudo haberse logrado de haber las partes hecho un esfuerzo para encontrar una solución que se acomoda a las características del caso, y las necesidades de las partes.
- 11 No es infrecuente observar que, con tal de evitar más dolor, las partes evadan. Al hacerlo, con frecuencia dejan de ejercer derechos.
- 12 Para abundar sobre la diferencia entre la mediación y la conciliación, véase González de Cossío, Francisco, *Análisis Económico de los Mecanismos Alternativos (Rectius: Apropiados) de Solución de Controversias*, Spain Arbitration Review, Club Español e Iberoamericano del Arbitraje, Vol. 38, Año 2020, p. 121.
- 13 Me refiero a que las partes pueden confiarle información que desean mantener como confidencial, y que conjuntamente sirve para encontrar soluciones que no son evidentes a las partes por el sencillo hecho que la desconocen.

El arbitraje también puede ser de utilidad. Algunos aspectos del matrimonio son arbitrables, y otros no. Ejemplifican los primeros la situación de los bienes en el matrimonio;¹⁴ la creación, cumplimiento, la extinción y disolución de la sociedad conyugal;¹⁵ las cuestiones relacionadas con la separación de bienes;¹⁶ las donaciones antenupticiales. Ejemplifican los segundos la validez del matrimonio,¹⁷ el divorcio,¹⁸ y la situación de los hijos como resultado del divorcio.¹⁹

Las controversias en las áreas disponibles del matrimonio pueden ser de mejor manejo si se encausan a un árbitro por el sencillo hecho que se puede elegir a una persona especializada o en cuyo juicio se confía. La solución además será veloz, lo cual contrasta con los tiempos judiciales. Y será confidencial, lo cual puede ser muy útil en casos delicados. La experiencia enseña que la realidad supera la imaginación: los retos intelectuales que la experiencia nos pone suelen rebasar lo que conceptual o académicamente pudo preverse. Para todo esto, la especialidad, flexibilidad y finalidad del arbitraje puede ser ideal para resolver problemas de esta materia.

B. Concubinato

¿Serán arbitrables las disputas relacionadas con el concubinato? Si se medita sobre la interrogante, es más sutil de lo que a primera impresión parece. Y la diferencia puede residir en algo no tan mecánico como si se ha cumplido el tiempo de cohabitación,²⁰ puede involucrar una determinación más ponderada—del género que las partes pueden desear contar con una apreciación especializada, o de una persona en cuyo juicio confían.²¹ Ello pues no siempre versa sobre cuestiones sencillas. Piénsese por ejemplo en los siguientes ejemplos:

- (1) La situación de los bienes de los concubinos, una cuestión que puede invitar diferencias de opinión dado que el régimen de los bienes no es algo abordado —

14 Artículos 178 a 182 del Código Civil de la Ciudad de México. (En lo sucesivo, “*Código Civil*”.)

15 Artículo 540.II del CNPCF.

16 Por ejemplo, diferencias sobre el alcance, el inventario, las deudas de los consortes y su pago, los salarios, sueldos y emolumentos y ganancias de los consortes, los bienes adquiridos por donación, la forma de dividir el usufructo de los bienes.

17 Artículo 540.III del CNPCF. Artículo 254 del Código Civil: “Los cónyuges no pueden celebrar transacción ni compromiso en árbitros, acerca de la nulidad del matrimonio.”

18 Ver por ejemplo criterio en tesis con rubro “ARBITROS, NULIDAD Y CADUCIDAD DEL COMPROMISO EN” (Registro 356622) cuya parte relevante razona “...materia no compromisoria, como la relativa al divorcio o a la nulidad del matrimonio...”.

19 Artículo 283 del Código Civil.

20 El cual no es uniforme. Por ejemplo, mientras que en el Estado de México el plazo es un año (art. 4.403 del Código Civil del Estado de México) en la Ciudad de México es de dos años (art. 291 BIS del Código Civil).

21 Por ejemplo el Código Civil del Estado de Querétaro contempla que la unión sea “con el propósito de integrar una familia y realizar una comunidad de vida” (art. 273 del Código Civil del Estado de Querétaro).

mucho menos resuelto— por dicho concepto jurídico. Y el razonamiento visible en criterios judiciales invita diferencias de opinión.²²

- (2) El alcance del deber de alimentos una vez concluida una relación de hecho, que puede calificar como sociedad de convivencia o concubinato—una cuestión que está en vías de definirse dada la forma en que gradualmente se aceptan y asimilan socialmente estas instituciones jurídicas.²³
- (3) Problemas que involucren relaciones poliamorosas (aquellas entre personas que, con el consentimiento de todos los involucrados, mantienen relaciones afectivas con varias personas de forma simultánea), las cuales se ha recientemente sostenido que pueden crear el vínculo de concubinato.²⁴ La pluralidad de personas en una misma relación amorosa es caldo de cultivo de problemas que pueden justificar ser sometidos a MSC.

Respecto a su arbitrabilidad, existen elementos tanto para decidir en contra como a favor de su arbitrabilidad. En contra: involucra una cuestión de estado civil, y tiene un componente tutelar. A favor: la consecuencia es por definición una que recae en personas que tienen libertad de disposición. Y su consecuencia es del género que podría entenderse como una materia transigible, y por ende arbitrable: si es que se deben obligaciones a la concubina o al concubinario. Y si la diferencia es sobre los bienes en el concubinato, ¿por qué no sería posible someter al arbitraje? Se trata de cuestiones meramente pecuniarias.

22 Existen criterios judiciales con razonamiento que puede traslaparse o generar discusiones. Ver por ejemplo lo razonado por el criterio cuyo rubro dice “CONCUBINATO. NO ORIGINA UNA POSESIÓN DE LOS BIENES DE LA CONCUBINA O DEL CONCUBINARIO ...” que razona que “no existe disposición legal alguna que establezca que la forma de regular las relaciones patrimoniales entre cónyuges rige para el concubinato, menos aún en el caso de sociedad conyugal” (Registro 169129). Compárese con el pensar del criterio con rubro “CONCUBINATO. LA INEXISTENCIA DE UN RÉGIMEN PATRIMONIAL, NO IMPIDE LA LIQUIDACIÓN DE LOS BIENES Y DERECHOS ADQUIRIDOS POR EL TRABAJO COMÚN DE LOS CONCUBINOS, MEDIANTE LAS REGLAS DE LA SOCIEDAD CIVIL” que razona que las liquidaciones de los bienes surgidos durante el concubinato pueden seguir las reglas de la sociedad civil (registro 168971).

23 Ver por ejemplo criterio “SOCIEDAD DE CONVIVENCIA EN EL DISTRITO FEDERAL. EL ARTÍCULO 21 DE LA LEY RELATIVA VULNERA EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN” (Registro 2007803) que razona que el precepto que establece que, en caso de terminación de la sociedad de convivencia, el conviviente que carezca de ingresos tendrá derecho a una pensión alimenticia solo por la mitad del tiempo que duró aquella implica un trato desigual entre conviviente, cónyuge y concubinario en lo relativo a su derecho a recibir alimentos una vez terminado el vínculo con su respectiva pareja.

24 Existen precedentes que sostienen la posibilidad de concubinato en estas relaciones, incluyendo entre personas y del mismo sexo. Véase por ejemplo la Sentencia derivada del Amparo 1227/2020 (21 de mayo de 2021) del Juzgado Octavo de Distrito en Materia de Amparo Civil, Administrativa y de Trabajo y Juicios Federales en el Estado de Puebla, que sostuvo que la norma que prevé que el concubinato solo puede ser entre dos personas es inconstitucional: discrimina por motivos de sexo entre personas que tienen otras preferencias sexuales.

Al margen de lo anterior, cualquier disputa entre los concubinos (incluyendo poliamorosos) puede ser mediada o conciliada con los beneficios descritos en la sección sobre matrimonio. Destaca el que, si la relación es plural, es de preverse que existan más problemas y más complejas cuestiones a resolver, de tal manera que puede requerir las destrezas de la mediación y la conciliación.

C. Patrimonio

En esta materia hay una enorme cantidad de temas que pueden ser canalizados a mediación. Los motivos son los mismos que se indicaron en la sección de matrimonio.

Lo mismo ocurre con la conciliación, con el añadido que si lo que se desea es una separación limpia o súbita, una propuesta del conciliador después de seguido un ejercicio de intercambio de perspectivas puede tener como resultado encontrar una solución que no solo no se habría logrado mediante mediación ni litigio, sino además uno que sea exactamente lo que las partes necesitan para lograr lo más rápido posible el corte limpio que su separación necesita. Contrástese ello con un litigio: el tiempo que toma puede ser lo contrario a lo que la relación necesita.

El arbitraje es también idóneo en esta materia. Hay mucho que puede lograrse con la ayuda del mismo en las materias patrimoniales. Citemos algunos ejemplos:

- (1) La situación de los bienes en el matrimonio. Su régimen y criterios judiciales invita diferencias que pueden ser idóneamente canalizadas al arbitraje.
- (2) Casos particulares de ello pueden ser diferencias respecto del manejo de los bienes dada la existencia de sociedad conyugal.²⁵
- (3) Diferencias sobre cómo cuantificar el valor de la contribución económica del cónyuge que realiza labores caseras²⁶ ante un régimen mixto (cuando las capitulaciones optan por separación de ciertos bienes —por ejemplo adquiridos

25 Ver por ejemplo criterio en tesis con rubro “SOCIEDAD LEGAL. SI SE OMITE DESIGNAR ADMINISTRADOR, AMBOS CÓNYUGES TENDRÁN TAL CARÁCTER...” (Registro 2010874) que razona “...la administración del patrimonio común de ese régimen corresponde a ambos cónyuges indistintamente, cuando no se indica cuál la ejercerá...”. La pluralidad de administradores que dicho criterio contempla no incluye un mecanismo para resolver diferencias que pueden naturalmente surgir entre dichos administradores.

26 Ver por ejemplo el (loable) criterio de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la tesis con rubro “MATRIMONIO CELEBRADO BAJO EL RÉGIMEN DE SEPARACIÓN DE BIENES. LAS ACTIVIDADES QUE REALIZA UNO DE LOS CÓNYUGES EN EL HOGAR DEBEN CONSIDERARSE COMO UNA CONTRIBUCIÓN ECONÓMICA A SU SOSTENIMIENTO, PARA EFECTOS DE UNA POSIBLE MODIFICACIÓN DE LOS DERECHOS DE PROPIEDAD DE LOS BIENES ADQUIRIDOS.” (Registro 2018326)

antes del matrimonio— pero sociedad conyugal de bienes adquiridos durante el mismo²⁷).

- (4) Diferencias respecto de si un bien adquirido con fondos diversos forma parte del ‘fondo común’ de la sociedad conyugal cuando ante un régimen mixto.²⁸
- (5) La discusión frecuente sobre la división de bienes logrados a través de esfuerzo de los cónyuges que fue diverso en proporción o monto.
- (6) La división de bienes que no admiten cómoda división.
- (7) La distribución de un patrimonio con activos de valores diversos entre personas diversas.
- (8) Qué hacer ante donaciones entre consortes cuando ante sociedad conyugal sin capitulaciones.²⁹
- (9) Todas las diferencias de naturaleza pecuniaria derivadas de los divorcios.³⁰

Y aunque es evidente, lo diré: la lista de temas es ejemplificativa, no exhaustiva. Este tipo de disputas pueden ser mejor manejadas mediante arbitraje que mediante litigio, que tarda, se presta a tácticas y que puede involucrar cuestiones cuya solución requiere tiempo de análisis.

D. Tutela

La utilidad que los MSC pueden conferir en la tutela es enorme. No es extraño vivir situaciones en que una persona desea encausar el futuro de las personas bajo su patria potestad a un tercero, confiando recursos para ello. Y una persona con una condición médica cuyo resultado será que perderá facultades (por ejemplo, la demencia

27 Lo cual invita el artículo 208 del Código Civil Federal al indicar que “La separación de bienes puede ser absoluta o parcial. En el segundo caso, los bienes que no estén comprendidos en las capitulaciones de separación, serán objeto de la sociedad conyugal que deben constituir los esposos.” Ello es consistente con las fracciones IV, V, VI y VII del artículo 189 del Código Civil Federal, que hablan de la posibilidad de comprender ciertos bienes o todos los bienes de los consortes.

28 Los criterios existentes que resuelven sobre ello suponen la existencia de sociedad conyugal. Si el régimen es mixto, ello invita duda. (Ver por ejemplo criterio en Registro 206674 con rubro “SOCIEDAD LEGAL ... BIENES QUE LA INTEGRAN.” Y aquél en Registro 223067 “SOCIEDAD LEGAL...” que razona “...es necesario precisar si un determinado bien pertenece o no al patrimonio común, o si corresponde a uno de los consortes.”)

29 Dado lo que resuelve el siguiente criterio “SOCIEDAD LEGAL. CUANDO NO EXISTEN CAPITULACIONES MATRIMONIALES NO PUEDE DARSE LA DONACIÓN ENTRE CONSORTES...” (Registro 209168) que razona “...cónyuges casados bajo el régimen de sociedad legal y no existiendo capitulaciones matrimoniales, es jurídicamente imposible que uno de los consortes celebre donación gratuita, pura y simple respecto de bienes que formen el caudal común...”.

30 Artículo 540.II del CNPCF.

senil o condiciones semejantes) puede querer planear su futuro de una manera tal que confíe en alguien su bienestar, así como la toma de ciertas decisiones. Para ello, puede utilizar la figura de la tutela y curatela atada a un mecanismo de solución de controversias: eligiendo no solo al tutor y curador, sino a la persona que decida diferencias que surjan entre ellos. Esto tiene un enorme contenido práctico. La experiencia está plagada de historias sorprendentes y lamentables de personas que fueron depositarios de confianza (ya sea *inter vivos* o *mortis causa*) y que actuaron indebidamente, ya sea porque no siguieron las instrucciones, no se desempeñaron con el profesionalismo que se esperaba, que priorizaron en sus decisiones intereses diversos a los de la persona sujeta a la tutela, o abiertamente actuaron indebidamente—por ejemplo, distraendo para sí o para terceros bienes que formaban parte del acervo que se les confió con otra finalidad. Para manejar dicho riesgo puede ser útil contemplar MSC en el contexto de la tutela y curatela en aras de cerciorar que los objetivos de la protección del autor del acto o el menor o incapaz sea la deseada, y pueda ser sujeta a resguardo y revisión por personas que tienen la confianza de quien la constituye.³¹

Siendo un área sujeta a regulación detallada y con objetivos protectores, el espacio para el arbitraje es digno de análisis pues, aunque pudiera a primera impresión parecer estrecho, no lo es: hay un espacio enorme de actuación. Y dentro la misma, puede ser de enorme utilidad. Quien desee cerciorar que el menor o incapaz reciban los cuidados deseados,³² incluyendo que el patrimonio destinado a su resguardo sea utilizado de la manera deseada, podría utilizar los MSC para cerciorar que el régimen y actuación de resguardo sea efectivamente logrado. Por ejemplo, al constituir la tutela, el autor del acto podría designar tutor y curador,³³ solicitando que queden sujetos a MSC y al arbitraje.³⁴ Así, tanto el cuidado del menor o incapaz, como la administración de sus bienes y rendimiento de cuentas,³⁵ serán monitoreados mediante estos mecanismos—lo cual cerciorará que sean acordes a lo deseado por el autor del acto. Y que, en caso de diferencia, exista quien decida en consecuencia—el árbitro elegido.³⁶ Ello brindaría la tranquilidad al autor del acto que su voluntad se observará tal como ella lo desea.³⁷

31 En este contexto me ciño a analizar la tutela testamentaria y cautelar. No abordo la tutela necesaria ni dativa, que por definición estarían excluidas.

32 Artículos 469 Bis y 470 del Código Civil.

33 Artículo 535 del Código Civil.

34 Se sugiere establecer que tengan que someterse al régimen arbitral como condición del investimento del encargo.

35 Artículo 590 del Código Civil.

36 Artículo 567 del Código Civil.

37 Lo dispuesto en el artículo 537 del CNPCF no es óbice para esto. Dice “Las personas tutoras no pueden comprometer los negocios de personas sobre quienes ejercen la tutela, ni nombrar árbitros, sino con aprobación judicial, a menos que éstas fueren personas herederas de quien celebró el acuerdo de arbitraje.” La autorización no versa sobre la tutela y su régimen, sino los negocios de la persona sujeta a tutela.

Hay actos que estarían fuera del alcance del arbitraje por tener que ser realizados por un juez.³⁸ Pero despejados estos, hay una enorme cantidad de actos que pueden ser decididos por un árbitro. Y el que la ley aluda a “juez” no necesariamente significa que no es arbitrable. Existen casos en que la participación del juez está pensada para decidir una cuestión, pero ello no significa que no sea arbitrable. En dichos casos, no es evidente —y tampoco obligado— concluir que la participación del juez significa jurisdicción exclusiva, sino que la ley contempla que alguien tiene que decidir la cuestión, incluyendo por ejemplo diferencias que pueden existir entre el tutor y curador derivadas de los objetivos que la ley les confirió. Pero ello no significa que la alusión del juez es imperativa; puede entenderse como dispositiva (es decir, que admite pacto en contrario). Es por ende conveniente no brincar rápidamente a la conclusión de que el que la ley contemple la participación de un juez implica *ipso iure* que no puede arbitrarse. Ejemplifica la aseveración:

- (1) La determinación del monto de alimentos del menor y su actualización.³⁹
- (2) El desempeño de la obligación de brindar la educación atento a la capacidad económica, en caso de que el curador difiera.⁴⁰
- (3) Las decisiones sobre medidas a tomar en caso de que los ingresos sean insuficientes para cubrir los gastos de la persona sujeta a tutela.⁴¹
- (4) La obligación de informar sobre el desempeño de la tutela.⁴²
- (5) La facultad del juez de tomar medidas que considere convenientes para mejorar la condición de la persona sujeta a tutela.⁴³
- (6) La autorización para tomar las medidas que se juzguen oportunas, oyendo al curador, para mejorar la condición de la persona sujeta a tutela, incluyendo el rendimiento de cuentas de las medidas que se hayan tomado por ser urgentes.⁴⁴
- (7) La decisión sobre la petición del curador de que se incluyan bienes omitidos en el inventario de los bienes a favor de la persona sujeta a tutela.⁴⁵

38 Por ejemplo, la designación del tutor en ciertas circunstancias (art. 497 del Código Civil), decisión de separación de la tutela (art. 507), decisión de inaptitud para ser tutor (art. 511.VIII), designación del tutor interino (art. 515), decisión sobre garantía del tutor (arts. 521, 523, 527, 528.III, lo cual exceptuaría si así lo estableció el autor de la tutela testamentaria), la tutela dativa (art. 495).

39 Artículo 539 del Código Civil.

40 Artículo 540 del Código Civil.

41 Artículo 542 del Código Civil.

42 Artículo 546 del Código Civil.

43 Artículo 546 párrafo tercero del Código Civil.

44 Artículo 547 del Código Civil.

45 Artículo 553 del Código Civil.

- (8) La decisión sobre los montos que deben invertirse en gastos de administración y otros egresos, así como su actualización.⁴⁶
- (9) La decisión sobre la continuación el negocio de los padres del menor.⁴⁷
- (10) La inversión de los montos sobrantes de los gastos de la tutela.⁴⁸
- (11) La decisión sobre si el producto de la enajenación de un activo usado en beneficio del menor ha sido debidamente invertido.⁴⁹
- (12) La decisión sobre la conveniencia de la venta de un bien raíz.⁵⁰
- (13) La decisión sobre el precio y los términos de enajenaciones o gravamen sobre bienes que pertenezcan al incapacitado.⁵¹
- (14) La decisión sobre los gastos extraordinarios de los bienes de la persona sujeta a tutela.⁵²
- (15) La decisión sobre someter al arbitraje alguna cuestión.⁵³ El régimen a este respecto del CNPCF⁵⁴ puede ser interpretado en el sentido como que admite pacto en contrario: la exigencia de permisión del juez busca un contrapeso al tutor. Ello puede lograrse mejor con la autorización de la persona que se elija por el autor de la tutela testamentaria.
- (16) La decisión sobre la retribución del tutor⁵⁵ así como su incremento en caso de manejo exitoso.⁵⁶
- (17) El rendimiento de cuentas por el tutor,⁵⁷ así como su prórroga.⁵⁸
- (18) La indemnización del tutor.⁵⁹

46 Artículo 554 del Código Civil.

47 Artículo 556 del Código Civil.

48 Artículo 558 del Código Civil.

49 Artículos 561 y 562 del Código Civil.

50 Artículo 563 del Código Civil.

51 Artículo 564 del Código Civil.

52 Artículo 565 del Código Civil.

53 Artículo 567 del Código Civil.

54 Artículo 537 del CNPCF que exige que el (*sic*) “nombramiento de árbitros” sea con autorización judicial. El precepto es ambiguo. Si lo que se refiere es al sometimiento al arbitraje de los negocios de las personas sobre quienes se ejerce la tutela, no hay motivo para interpretar que dicha permisión no puede ser exigida de la persona que al respecto exija el autor de la tutela testamentaria.

55 Artículo 585 del Código Civil.

56 Artículo 587 del Código Civil.

57 Artículo 590 del Código Civil.

58 Artículo 602 del Código Civil.

59 Artículo 599 del Código Civil.

Hay otros sin embargo que son discutibles. Por ejemplo, la decisión sobre la institucionalización de un menor o incapaz (que la ley establece que el juez debe realizar después de escuchar tanto al tutor como curador).⁶⁰ Si bien podría argumentarse que es un acto de resguardo del género que puede ser entendido como tutelar y por ende corresponde sólo al juez, podría aceptarse que, ante tutela testamentaria, este es precisamente el tipo de decisiones delicadas que el autor de la tutela quiso que fueran realizadas por *cierta* persona. Podría también establecerse que ante diferencia entre el tutor y curador, el árbitro decida una vez escuchadas las perspectivas del tutor y el curador. Ello brindaría una capa de protección especializada y sensible que mejoraría las posibilidades de que la voluntad del autor se cumpla.

Al ponderar sobre esto, se invita al lector a considerar qué pasa en la actualidad con estas cuestiones. Cómo son manejadas y resueltas, particularmente ante la congestión judicial. La respuesta que le merezca invito que se coteje con esta posibilidad: que la suerte de la persona sujeta a tutela no dependa de la calidad, entrega, seriedad o disponibilidad del juez de turno, sino que el autor de la tutela pueda encomendar dicha tarea a personas de su confianza, estableciendo contrapesos que cercioren buen manejo vía no solo la existencia del curador, sino una persona que decida en consecuencia. De aceptarse, ello daría un enorme valor a quienes enfrentan la difícil interrogante planteada al principio de esta sección: a quién confiar el cuidado de un menor o el autor de la tutela que vive un problema médico.

Cualquiera que sea la postura sobre arbitrabilidad, no hay motivo para sostener que no podrían estar sujetos a mediación o conciliación. Los motivos son los mismos explicados en la sección de matrimonio.

La experiencia internacional ofrece un ejemplo ilustrativo. En *Baz v Bba*⁶¹ un laudo de más de 720 millones de dólares de Singapur involucró (entre muchos otros) a menores con motivo de la operación del fondo que dio lugar al arbitraje. Ello pues su padre y guardián natural celebró a su nombre una operación. El laudo sostuvo que los menores eran solidariamente responsables. Durante el arbitraje, su representante adujo que el laudo era contrario a los intereses del menor,⁶² pues sus intereses no habían sido protegidos, y que el laudo era desproporcional en su perjuicio.⁶³ Al analizar la ejecución del laudo, la juez de Singapur dedicó toda una sección del laudo a analizar la protección de menores como parte del orden público.⁶⁴ Haciendo alusión a principios diversos que protegen al menor,⁶⁵ concluyó que se justificaba no ejecutar el laudo.

60 Artículo 544 del Código Civil.

61 High Court of the Republic of Singapore, [2018] SGHC 275. Sentencia de 21 de diciembre de 2018.

62 Id. ¶155.

63 Aunque eran propietarios del 0.0015% de las acciones, el laudo los hacía solidariamente responsables de la totalidad del monto condenado.

64 Id. ¶169 *et seq.*

65 "a natural guardian is incapable of and has no power to carry out a fraud for and on behalf of a minor so as to jeopardize the estate of the minor. Any such act done by the natural guardian cannot bind or fas-

El motivo, en sus palabras: “...*the principle of protecting the interests of minors in commercial transactions is part of the public policy of Singapore*”⁶⁶ (“...el principio de protección de los intereses de menores en transacciones comerciales es parte del orden público de Singapur...”). Al hacer responsables a los menores por declaraciones fraudulentas (como partes solidarias de las demás partes del arbitraje), se viola el principio de protección del menor.⁶⁷

E. Alimentos

Los alimentos son un área que podría ser útil someter a MSC cuando ante un problema. Son claramente mediables o conciliables. Pero además, tratándose de una cuestión meramente dineraria, no debe existir motivo para no permitir la arbitrabilidad de su *monto*⁶⁸ —a diferencia del *derecho* a recibirlos.⁶⁹ Ello no cambia porque el derecho a recibir alimentos no es renunciable,⁷⁰ pues es transigible.⁷¹

Su utilidad es triple:

- (1) **Contenido:** ante una diferencia sobre el contenido o alcance del deber de dar alimentos, puede ser útil recurrir a una persona cuyo juicio se respeta para que resuelva esta diferencia. Ello repercutirá no solo en la inteligencia de la decisión, sino su aceptabilidad. Y conforme pasa el tiempo la necesidad de ajustar puede ser materia de consulta específica con respuesta inmediata.
- (2) **Velocidad:** el laudo será emitido en forma veloz, lo cual contrasta con los tiempos del litigio. Ello abona no solo en el cumplimiento (que puede ser delicado: el deber de sufragar alimentos suele ser urgente), sino la catarsis del problema.
- (3) **Finalidad:** siendo definitiva, la decisión no estaría sujeta a recursos. Y sería inmediatamente ejecutable. Ello evita que se lastime a una de las partes (o los menores) por recursos demorados.⁷² O que el riesgo de ello tenga por efecto que un cónyuge acepte un monto menor con tal de ya contar con él.

ten any damages or liability on the estate of the minor. It is fundamental policy of Indian law to protect a minor...” (Id. ¶172(b)). “As a matter of Singapore law, in the commercial context, a minor is in general not bound by a contract that he enters into, but may ratify the contract upon attaining majority...” (Id. ¶178).

66 Id. ¶179.

67 Id. ¶180.

68 Artículos 309, 311, 312 del Código Civil. Artículo 540.I del CNPCF.

69 Artículos 302 a 308 y 311 Bis, del Código Civil.

70 Artículos 312 y 1372 del Código Civil.

71 Artículo 2951 Código Civil Federal.

72 Aunque la pensión alimenticia provisional podría servir para resolver esta cuestión (art. 943 del CPC), ello a su vez está sujeto a recursos y plazos judiciales. Puede por ende preferirse que se canalice mediante arbitraje.

F. Sucesión

1. Arbitrabilidad

Las controversias de derecho sucesorio son arbitrables.⁷³ Si bien solía existir diferencia de opinión al respecto, todo parece indicar que ha quedado superada. No repetiré todo el debate,⁷⁴ sólo sus puntos centrales:

- (1) **No existe prohibición.** Y en esta materia, la regla es permisión. Esta cuestión es parte del género de materias que, acorde a la autonomía de la voluntad, pueden disponerse como mejor estime el titular del derecho. Lo expresado, de sí suficiente para así concluir, se robustece con la naturaleza jurídica del arbitraje, que es contractual. El Poder Judicial mexicano ha hablado con una sola voz en esta materia, y lo ha hecho con tino desde la quinta época.⁷⁵
- (2) **Existe permisión expresa.** Existen tres normas cuyo sentido justifica concluir que la materia puede arbitrarse: artículo 1720 del Código Civil; artículo 613 del CPC; artículo 538 del CNPCF. Al requerir permisión de todos los herederos además del albacea para someter al arbitraje, la implicación necesaria de la norma es que la materia es en sí arbitrable. Lo único que pide es consentimiento de los interesados o involucrados.⁷⁶

El Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares es especialmente atinado a este respecto. La última oración del artículo 538 dice que los albaceas necesitan consentimiento unánime para pactar arbitraje “salvo que se tratara de cumplimentar los acuerdos de arbitraje pactados por el autor de la sucesión”. Esta oración tiene un triple impacto. Primero, dejar claro que no hay nada *en sí* en la materia que veda su arbitrabilidad. Segundo, la conclusión es especialmente cierta dado que se trata de un régimen más reciente (dicha ley es de junio 2023) que el resto de las normas interpretadas, lo cual es reflectivo de la visión moderna de la materia. Tercero, valida expresamente que el autor de la sucesión puede contemplar acuerdos arbitrales en el testamento—tal como lo he propuesto en *Arbitraje*⁷⁷ y reitero en este ensayo.

73 En *Arbitraje* (Porrúa, 5ª ed., 2018, p. 1349 *et seq.*) abordo con detalle la cuestión, incluyendo la forma de arbitrar controversias sucesorias. En este contexto toco los aspectos medulares, continuando —no repitiendo— reflexiones iniciadas en la obra citada.

74 Puede ser consultado en *Arbitraje*, *ob. cit.*, pp. 1349-1364.

75 Registro: 361915 cuyo rubro es “**ARBITRAJE**”. Para abundar, veáse *Arbitraje*, capítulo sobre naturaleza jurídica del arbitraje (*ob. cit.*, p. 145).

76 Los preceptos citados se refieren a las disputas de los negocios de la herencia lo cual puede distinguirse de las diferencias respecto de los derechos y obligaciones de los herederos o legatarios conforme a derecho sucesorio. Pero el punto a considerar es que lo que exige la norma para arbitrar es consentimiento. No hay una inarbitrabilidad *per se*. Y tratándose de derechos que versan sobre cosas (dinero o bienes) no hay motivo para concluir que la materia es inarbitrable.

77 Porrúa, 5ª ed., 2018, p. 1349 *et seq.*

- (3) **La materia es disponible:** No se trata de una materia que en términos generales tenga algo que pueda justificar concluir algo diverso.⁷⁸ Ello, de sí cierto en general, es especialmente cierto en una jurisdicción que sigue la visión más liberal del régimen sucesorio: México, que, a diferencia de otras jurisdicciones, reconoce la libertad total del *de cuius* de disponer de su patrimonio *post-mortem*. La única limitante es la oficiosidad, pero ello no es motivo para concluir que la materia es indisponible o de imposible arbitramento, sino un límite a observar dentro del sentido del laudo arbitral, lo cual no es novedad: el derecho contractual contiene límites a la libertad contractual (las normas de orden público) y no por ello decidimos que no es arbitrable. Hacerlo sería malentender no solo lo que *es* la arbitrabilidad, sino la concepción correcta del orden público como sinónimo de normas imperativas —límites a la libertad contractual.

2. Pacto arbitral sucesorio

Habiendo establecido su arbitrabilidad, hablemos de su practicidad.

Podría utilizarse la cláusula modelo de las instituciones arbitrales, estoy convencido de ello. Pero siendo éstas provenientes del mundo comercial, *podrían*⁷⁹ despertar diferencia sobre cómo llevarlas con efectividad al mundo civil. En dicho caso, comunico una cláusula que refleja el primer testamento privado en la historia de México que contempla un acuerdo arbitral (el de este autor y su esposa), que dice:

Todas las desavenencias de orden patrimonial que deriven de este testamento o que guarden relación con el mismo, serán resueltas de manera definitiva mediante arbitraje, de conformidad con el Reglamento [nombre del reglamento escogido]. La sede del arbitraje será el de la Ciudad de México. El derecho aplicable a la controversia será el de la Ciudad de México.

Dicha norma fue producto de (literalmente) horas de discusión con el notario en cuestión. Dicho profesional merece reconocimiento en que, aunque reticente de incluirlo en el testamento que estaba en vías de formalizar, fue respetuoso de la voluntad de mi esposa y mía.⁸⁰ Ambos queríamos contar con arbitraje para resolver nuestros problemas; ambos insistimos en contar con ello. Pero ello pone en una situación difícil a los notarios, lo admito. Siendo el testamento un acto jurídico delicado, que inclusive puede poner en riesgo la patente del notario, existe una (entendible) reticencia de muchos fedatarios de otorgar un acto con una cláusula extraña. De hecho, no me extrañaría

78 Pueden existir aspectos específicos que sí vedan su arbitrabilidad subjetiva, más no objetiva. Por ejemplo, el hijo supérstite, precauciones de la viuda encinta, la inoficiosidad. Pero inclusive ello no veda que éstos puedan pactarlo, logrando así los beneficios de usar este instrumento.

79 El punto no es obligado, sin embargo. Las palabras del universo mercantil pueden servir para el civil por el sencillo hecho que comunican voluntad contractual en una y sucesoria en otra, pero voluntad al fin.

80 Deseo en este acto deslindar a dicho profesional de cualquier crítica o responsabilidad. Fui yo y solo yo quien optó por dicha opción.

que la psicología de grupo invitara crítica o burla. De ocurrir, invitaría a dichos distinguidos colegas a revalorar. Propongo tres motivos para hacerlo:

- (1) Las innovaciones no deben ser vistas con desdén; son formas de mejorar. Si bien esta materia tiene un componente protector y tradicional importante, nada impide pensar en nuevas formas de dar valor a nuestros clientes. De permitirles manejar mejor sus problemas.
- (2) Las controversias sucesorias son delicadas. Y demoradas. No es inusual escuchar de casos que duran más de una década en resolver.⁸¹ Y dichos problemas suelen estar rodeados de dolor. Entre más demoramos la solución de un problema, más extendemos el tiempo en que se sufre dicho dolor, demorando la etapa de catarsis. Al hacerlo, lastimamos a sus participantes. Solo por esto se justifica ponderar sobre la opción que propongo en este ensayo: porque aborda una asignatura pendiente que lastima—y mucho.

Hablemos con franqueza, a los únicos que beneficia el litigio sucesorio es a los litigantes. El estado de la cuestión —que recuerda la novela de Dickens *Bleak House*⁸²— es deplorable.

- (3) Es una forma de imbuir un mensaje en la sucesión. Esta es una idea que he comunicado a alumnos y a tres clientes, con éxito. No agotaré la idea, pues lo hago en otro contexto.⁸³ Lo que en este foro deseo compartir es que la sucesión es una oportunidad para transmitir un mensaje a la siguiente generación. Dada la importancia del evento que la detonará, la delación, y la reflexión y emocional introspección que ello invita, es una ocasión ideal para sembrar una idea que el difunto quiera dejar a la siguiente generación.

Las más de las veces, la cuestión de la sucesión es ignorada.⁸⁴ Y cuando algo se hace al respecto, se cae en el patrón dominante de simplemente hacer un testamento que no es más que una copia *verbatim* de otros: no hacen más que usar el ‘machote’ que el notario elegido tiene en su cajón o computadora, llenando los espacios. Ello, de sí no errado, es una forma no-universalizable de manejar la cuestión. Sobre todo, cae en un patrón poco ponderado. A algunos les queda chico el modelo. Algunas personas quieren hacer *algo* interesante de su sucesión, como lo hicieron de su vida. Desean cerrar un círculo, esclarecer un mal-entendido, amarrar un cabo suelto. *Dejar un mensaje*. El machote visible en la práctica cotidiana mexicana sencillamente no sirve para ello.

81 Un amigo litigante me platicó de una sucesión que manejó que duró 47 años (!). Irónicamente, la heredó de su papá y la continuó litigando durante muchos años de su práctica profesional.

82 En dicha novela, Charles Dickens habla de la sucesión *Jarndyce v Jarndyce*. Y su corolario fue que a los únicos que benefició fue a los *barristers* que la manejaron.

83 Desarrollo la idea en *Arbitraje*, *ob. cit.*, p. 1349.

84 Llevo años preguntándome porqué las personas descuidan tan importante tema. Especulo que tiene que ver con que planear nuestra muerte es difícil. Inconscientemente, solemos evitarlo.

Algunos hacen una carta en forma paralela. ¡Ello es una gran idea! Permite imbuir de filosofía el acto que se vivirá. (No hay nada más estéril que hacer sin motivo. En la medida que sea sobre algo tan trascendente como la sucesión, se habrá perdido una oportunidad de oro para hacerlo.) Pero si la carta tiene algún tipo de petición, exigencia, condición u obligación, será necesario contar con un mecanismo para hacerlo cumplir. Sencillamente no se puede confiar en que se hará solo. Y los casos de abuso abundan.⁸⁵ Si se usa el mecanismo habitual (el litigio), es probable que el tiempo y características del litigio hagan que el mensaje se diluya o pierda. Si se encausa en arbitraje, podrá cerciorarse que la voluntad plasmada será observada.

3. Precauciones

De optarse por lo propuesto, mucho dependerá de cómo se haga.

Un primer reflejo suele ser establecer en la cláusula quién actuará como mediador o árbitro. Lo ideal es no hacerlo, pues ello puede abrir discusiones en caso de que la persona identificada falte o no pueda tomar el caso.⁸⁶ Sin embargo, en esta materia se observa que con frecuencia se desea depositar confianza en alguien en particular para implementar la última voluntad. Y ello puede ser importante. En dicho caso, deseo proponer una forma de concebir dicha designación que evita problemas, o que logre una solución menos problemática en caso de surgir un problema.

En caso de que se designe a una persona en la cláusula arbitral, de mediación o escalonada, propongo que la elección se entienda como un elemento separado y secundario de la cláusula, no consustancial a la voluntad expresada de contar con arbitraje o mediación, de tal manera que, si la persona identificada falta o no toma el caso, ello no se entienda en el sentido que el acuerdo arbitral es ineficaz. Que el acuerdo arbitral se conciba como una manifestación de la voluntad *independiente* del deseo de contar con *cierta* persona. Ello busca desplazar la línea de opinión que considera que, en caso de que la cláusula arbitral contemple la identidad del árbitro, de no estar posibilitado de tomar el caso, el acto se torna ineficaz: la voluntad de contar con arbitraje ha fenecido pues estaba ligada a la persona. Propongo que dicha lectura no es obligada. Que la voluntad de arbitrar y la voluntad de contar con cierta persona son dos elementos separados,⁸⁷ de tal forma que si uno se torna en imposible, la cláusula arbitral *qua* acto

85 He sabido de varias sucesiones en que el albacea no hace lo que se le encomendó; a veces apropia para sí o los suyos cosas que eran entendidas para otros. Y un par de ellos han tenido resultados graves. Un caso implicó dejar sin protección a una persona mayor que carecía recursos y de capacidad de generarlos, y que la albacea —hija del primer matrimonio del *de cuius*— implementó a su favor. Ello ocurrió por una ambigüedad que invitó el testamento.

86 En caso de hacerlo, se recomienda previamente obtener aceptación de la persona.

87 A menos que se haya indicado expresamente que ante cualquier diferencia, será X persona, y sólo X persona, quien decidirá como árbitro. Ello es posible, pero debe verse como producto de pacto expreso, no la regla o voluntad expresada *sotto voce*.

jurídico sigue existiendo; solo es necesario suplir un elemento de la misma: la identidad del árbitro. Ello sería consistente con el principio de las obligaciones de efecto útil (*effet útil*).⁸⁸ Y evitará que la *precaución* de haber designado a una persona en la cláusula se torne en la semilla de la destrucción de la voluntad expresada por el *de cuius*.

Una opción es investir al albacea con la facultad de ser mediador o árbitro, inclusive ambos. Ello invita algunas reflexiones.

Primero, ¿es posible? ¿Es compatible el papel de albacea con el de mediador o árbitro. La experiencia y doctrina al respecto está desierta.⁸⁹ Casi nadie lo ha explorado. Por ende, al hacerlo, me topo con una *tabula rasa*.⁹⁰ Propongo que es incuestionable que el albacea puede también ser mediador o conciliador. No veo por qué no sería posible. Suele además ser el idóneo: el encargo de albacea es de confianza; el o la *de cuius* lo habrá nombrado porque confía en él o ella. Querrá decir que esa persona tiene el encargo de hacer cumplir su voluntad, lo cual puede ser logrado mediando o conciliando diferencias. Anticipo además que *de facto* ya ocurre: los casos en que, abierta una sucesión, el albacea tiene que enfrentar problemas con los herederos, legatarios y otras personas que no figuran en el testamento pero que claman por algo es frecuente—especialmente cuando existen imprevistos o dificultades en la última voluntad del *de cuius*.

¿Pero podrá ser árbitro?

En principio, propongo que sí. No hay nada *en principio* que vede que el mismo personaje que actúa como albacea sea también árbitro. Pero pueden surgir eventualidades casuistas que generen problemas o incompatibilidades.

88 Artículo 1853 del Código Civil.

89 En un caso que este autor vivió, fui designado tanto albacea como árbitro. Después de que la *de cuius* pasó a mejor vida, con el consentimiento de todos los herederos, medié a los herederos, que tenían diferencias serias entre ellos. Ello resultó en un acuerdo de transacción en el cual acordaron dividir la sucesión de cierta manera. Siendo que los acuerdos implicaban actos de tracto sucesivo, y sobre todo tiempo de implementación, se acordó contar con arbitraje y todos solicitaron que el suscrito actuara como árbitro. Acepté. Vividos los actos, uno de los herederos incurrió en conducta oportunista que se tradujo en incumplir los pactos acordados. También consistió en apropiarse parte de la sucesión, aún ante oposición de los demás herederos, sin darles nada. Aprovechó que ella *de facto* tenía el control sobre dichos bienes, y algunos ya se habían distraído a su favor. Al hacerle ver que ello no solo era contrario a lo pactado, sino incorrecto, la heredera incurrió en todo tipo de racionalizaciones y tácticas para evitar cumplir. Llegó inclusive a cuestionarme a mí. En una ocasión su hijo me agredió verbalmente. Después de varios esfuerzos para abrirle los ojos y hacerle ver que lo correcto y lo pactado (¡y lo que le convenía!) era rectificar, la heredera se rehusó y reincidió en la táctica de cuestionarme a mí, llegando al extremo de cuestionar mi imparcialidad. Decidí en ese momento renunciar a mis esfuerzos de mediarlos y al encargo de actuar como árbitro, y permitir que las partes prosiguieran con el ejercicio de sus derechos por la vía contenciosa. Les hice ver que habían pactado arbitraje, lo cual les recomendaba. Solo que ya no podía ser *yo* el árbitro: ya no me sentía imparcial: después de ver lo ocurrido, no sentí que tuviera la *liberté d'esprit* necesaria para ser árbitro (para entonces, no me quedaba duda que era la heredera que incumplía la que había actuado mal). Pero que podían recurrir a otra persona para lograrlo, y que ello era en su mejor interés pues un juicio sucesorio sería largo, oneroso y doloroso.

90 Estas palabras deben entenderse como el primer paso de un esfuerzo de reflexión que debe tener lugar al respecto. Me interesará conocer perspectivas de otros.

En la medida en que el albacea sea también heredero o legatario pueden suscitarse problemas. De ocurrir, los roles podrían ser incompatibles, inclusive de juez y parte.⁹¹ Es por dicha posibilidad (entre otras) que recomiendo que el acuerdo arbitral no contenga la identidad de la persona—evita discusiones o circunstancias que pueden hacer ineficaz el acto. Pero de haber ocurrido, hago eco de la propuesta que hice arriba en el sentido que el efecto jurídico de identificar a una persona en el acuerdo arbitral no sea que la cláusula arbitral se torna en ineficaz en caso de imposibilidad de actuación del árbitro testamentariamente elegido: se trata de elementos diversos de la voluntad del *de cuius*, ninguno de las cuales es condición del otro.

Siendo un acto unilateral del *de cuius*, el heredero o legatario podrían manifestar que no consintieron al acuerdo arbitral. Y en estricto sentido tienen razón.⁹² Pero ello no quiere decir que el testador esté maniatado. Puede diseñar el acto para que la calidad de heredero o legatario esté condicionada a aceptar el arbitraje.⁹³ Entendido así, se trataría de una ‘carga’: una obligación que se exige de quien recibe una liberalidad.⁹⁴

4. *Proceso*

Siendo que existe un proceso especial para sucesiones, surge la duda sobre su impacto en la arbitrabilidad de la materia. La cuestión está superada en el sentido de posibilidad,⁹⁵ pero hay cuestiones de practicidad que deben tenerse en mente.

1. **Requisitos:**⁹⁶ aplicarían los mismos requisitos que la sucesión ante notario, excepción hecha del requisito de ausencia de controversia. De existir, ésta se ventilaría ante el árbitro.

91 Existe un criterio que toca la cuestión, pero en otro contexto, aquel contenido en el Registro 2004647, Tesis III.2o.C.5 K (10a.), cuyo rubro es “**ARBITRAJE. NO PUEDE CONSIDERARSE COMO TAL EL PACTO CONSISTENTE EN QUE UN ORGANISMO CORPORATIVO DE LA PERSONA MORAL ENTRE CUYOS MIEMBROS EXISTE UN DIFERENDO CON RESPECTO A SU ADMINISTRACIÓN, DEBA RESOLVER EL CONFLICTO CORRESPONDIENTE**”. Razona que el esquema de resolución de controversias societarias por accionistas no puede ser considerado “arbitraje” atento al principio ‘*nemo iudex in sua causa*’. *Mutatis mutandis*, aplicado a nuestro caso, sirve de apoyo para concluir que el albacea que es a su vez heredero o legatario no puede fungir como árbitro *in casu* pues podría propiciarse un problema de *nemo iudex in sua causa*.

92 Artículo 611 del CPC. Artículo 1423 del Código de Comercio.

93 Y ello no es una arbitrariedad, sería parte del diseño de una sucesión que maximice las posibilidades de que los herederos o legatarios reciban lo que el testador desee, como el testador desee. Se trataría de una de las condiciones que puede contemplar el testamento (artículo 1344 del Código Civil).

94 Y el heredero y legatario no está obligado contra su voluntad al arbitraje. Puede no prestar su consentimiento. Pero si desea ser heredero/legatario, deberá respetar la voluntad del *de cuius* y aceptar el mecanismo de solución de problemas elegido por la *de cuius*, misma que estará pensada en su beneficio.

95 *Vid Arbitraje, ob. cit.*, p. 1356 *et seq.*

96 Artículo 872 CPC y artículo 167 de la Ley del Notariado para el Distrito Federal (“*LNDFF*”).

2. **Inventario:**⁹⁷ el inventario se realizaría por el albacea con la cooperación de las partes. Cualquier desacuerdo sería dirimido por el árbitro.
3. **Partición:** las diferencias sobre el contenido del proyecto de partición de herencia serán resueltas por el árbitro. El proyecto (que contemple las soluciones contenidas en el laudo), será protocolizado ante notario.
4. **Adjudicación:**⁹⁸ la escritura de partición y adjudicación de la masa hereditaria se hará con base en *(i)* lo que establezca el testamento, y *(ii)* lo que establezca el laudo.

Para implementar lo anterior, el árbitro deberá trabajar de la mano con un notario. En la medida en que existen notarios con distintas predisposiciones al arbitraje en general, y que pueden no conocer o no compartir la idea aquí presentada (después de todo, es novedosa), será necesario escogerlo con cuidado; después de entrevistarlo sobre su opinión al respecto.

III. CONCLUSIÓN

Deseo finalizar con tres reflexiones que cortan transversalmente a todo lo analizado en este ensayo: el papel de la voluntad en el derecho familiar (§A), lo delicado de la materia y su efecto en la lectura propuesta en este ensayo (§B), y el valor que la utilidad de los MSC puede brindar en esta disciplina (§C).

A. El papel de la voluntad en el derecho familiar

La materia familiar está compuesta por un marco regulatorio complejo. Es además tutelar. Ante ello, no es evidente que puedan diseñarse esquemas como los que propongo. El régimen podría entenderse como uno en el que la libertad de las partes tiene un espacio reducido. Y el análisis expuesto podría concebirse como uno que supone libertad de acción —incluyendo estipulación— en las ranuras regulatorias y espacios de ambigüedad. La suposición no es digna de aceptación automática. El régimen podría entenderse como diverso. Como uno en el cual, tratándose de una materia protectora, tiene un régimen imperativo.

Propongo que reflexionemos sobre ello. Al hacerlo, defendiendo una lectura del régimen aplicable que da espacio para que los sujetos de la misma tengan libertad para diseñar un régimen que colme sus necesidades y preferencias; y que ello es preferible a la opción: concebir el régimen como uno no solo imperativo sino limitado; tal, que no admite espacio alguno para el ejercicio de libertad.

97 Artículo 874 CPC.

98 Artículo 167 LNUF.

La preferencia por la lectura por la abogo descansa en dos motivos: uno de principio y uno de practicidad.

Por principio, propongo que la autonomía de la voluntad debe incluir la posibilidad de que las partes puedan diseñar su futuro en estas (delicadas) cuestiones. Que prefiramos regímenes en los que las partes puedan, en ejercicio de su libertad, diseñar esquemas que permitan atender sus dilemas y problemas de una manera más afin a sus deseos; a lo que prefieren de la vida. Al hacerlo, aceptemos que la libertad de pactar no es propia del derecho contractual, *es propia del derecho privado*. La autonomía de la voluntad prima en todo el derecho privado, incluyendo el familiar.

La practicidad también milita a favor de la lectura que defiendo. Permitamos que las personas puedan dirigir sus problemas de la manera que más les conviene. Que el régimen regulatorio no obstruya mejores decisiones y resultados. Eso es lo que está en juego: la permisión de una mejor opción: *las preferencias de las partes, cuando no generan problemas de principio, son superiores a las reglas generalmente contempladas por el derecho aplicable*. Deben por ende ser privilegiadas siempre que sea posible. Ello además no solo ayuda a quienes tengan la precaución de diseñar esquemas que atiendan a sus preferencias, sino que al hacerlo libera recursos judiciales para quienes no lo hacen o no lo pueden hacer. Ante lo finito de los recursos, ello debe ser preferido: dada la liberación de recursos judiciales, ello aliviará congestión judicial, permitiendo extender mejor y más lejos los brazos del Estado de Derecho.

B. Lo sensible de la materia es premisa de permisión, no prohibición

El derecho familiar incluye áreas indisponibles y áreas donde el margen de acción es limitado, a veces con jurisdicción judicial exclusiva. Ello obedece a su carácter protector o de interés social. Pero no justifica concluir que *todo* es indisponible (y por ende inarbitrable), mucho menos que no pueden utilizarse los MSC. De hacerlo, nos cerraríamos puertas innecesariamente. Y si se pondera sobre ello, *la sensibilidad de una materia es mejor entendida como premisa de la conclusión opuesta: es porque la materia es delicada o tutelar que se justifica utilizar que permitan que las partes escojan su preferencia; que sean dueños de su destino*. Que sean parte de la solución del problema que enfrentan contemplando respuestas más adecuadas a las particularidades del problema vivido (tanto en sustancia como tiempo), incluyendo, permitiendo que personas que tienen la confianza de los involucrados tengan una participación en su solución.

La opción cierra puertas. Veda opciones. Y lo hace en forma innecesaria y paternalista. Merece ser rechazada solo por eso: el mejor juez de la preferencia de las partes son las partes mismas.

C. Utilidad de MSC en disputas familiares

Los mecanismos de solución de controversias son herramientas útiles, eficaces y eficientes para resolver problemas. Es por ello que son tan utilizados en tantas materias:

porque sirven. Porque dan valor a quienes viven problemas. Porque permiten un manejo más diestro del riesgo jurídico. Uno que abre la puerta a soluciones que provengan de las partes mismas. Eso las hace inherentemente superiores a las respuestas proveídas por el marco jurídico. Es por ello que debemos considerarlas para la materia familiar: porque, dada su utilidad, *pueden coadyuvar para manejar de mejor manera temas y problemas sensibles*.⁹⁹

El que las partes, como causantes del problema, sean convertidas en parte de la solución del problema, es un paso filosóficamente profundo, humanamente importante y con una practicidad enorme: las personas, cuando ayudadas o guiadas con las destrezas de los MSC, son aptas de descubrir más opciones de solución que las generalizaciones del Derecho. El que un instrumento las conjugue es algo poderoso y digno de encomio.

Es por ello que propongo que ponderemos cómo utilizar los MSC para una materia que se caracteriza por onerosa y dolorosa: los problemas familiares.

99 El (reciente: junio 2023) Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares parece ir en este sentido. Su régimen de derecho arbitral tiene muchas cosas loables. Sobre todo, muestra una predisposición positiva al arbitraje. Destaca el artículo 542 del CNPCF que establece como reglamento arbitral supletorio el de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional.

