

El arbitraje y la nueva «Lex mercatoria»*

FEDERICO DE CASTRO Y BRAVO

SUMARIO: I.—OCASION Y PROPOSITO DE ESTAS NOTAS.—II. VICISITUDES DEL ARBITRAJE: 1. Los antecedentes históricos.—2. El arbitraje en el Derecho romano.—3. El Derecho común.—4. Cataluña.—5. Aragón.—6. Castilla.—7. El movimiento codificador: a) En Francia. b) En España.—III. LA CLAUSULA COMPROMISORIA: 1. Significado de la cláusula.—2. La validez de la cláusula en el Derecho francés.—3. La validez de la cláusula en el Derecho español antes de la Ley de arbitrajes.—IV. VENTAJAS E INCONVENIENTES DEL ARBITRAJE: 1. Del arbitraje.—2. De la cláusula compromisoria.—V. LA NUEVA *LEX MERCATORIA*: 1. Su conexión con el arbitraje.—2. La antigua y la nueva *lex mercatoria*.—3. La lucha contra las leyes imperativas.—4. El movimiento de unificación.—5. Protagonismo del arbitraje.—VI. REACCION FRENTE AL MOVIMIENTO DE LA NUEVA *LEX MERCATORIA*: 1. La justificación doctrinal.—2. La protección de la parte más débil.—3. Control del arbitraje: a) Justificación doctrinal. b) Las limitaciones legales.—VII. LA NUEVA *LEX MERCATORIA* Y EL COMERCIO INTERNACIONAL: 1. Repliegue de la *lex mercatoria* al tráfico internacional.—2. El arbitraje internacional.—VIII. ALGUNAS CONSIDERACIONES EN TORNO A LA LEY DE ARBITRAJES DE DERECHO PRIVADO: 1. Carácter general de la Ley.—2. La independencia del contrato preliminar.—3. Las condiciones del árbitro.—4. El procedimiento arbitral.—5. Los recursos contra el laudo.—6. Otras observaciones.—IX. EL PACTO DE ELECCION DE FUERO.—X. REFLEXIONES FINALES.

(*) Ante todo, debo expresar mi gratitud a Antonio Manuel Morales y a Agustín Font por su continuada y generosa ayuda, proporcionándome bibliografía y facilitándome el manejo de libros y revistas, y también a R. Bcosman, bibliotecario del Tribunal Internacional de Justicia. Debo agradecer, además, a Manuel Peña los datos que me ha suministrado sobre leyes municipales, y a Rafael González Gallarza sobre las Comunidades Europeas. En fin, y muy especialmente, he de expresar mi reconocimiento a Juan Hernández Canut, sin cuya colaboración estas notas no hubieran llegado a publicarse.

I. OCASION Y PROPOSITO DE ESTAS NOTAS

Me parece justo y debido, decirle al lector unas palabras del porqué, y del para qué de estas notas. Así podrá conocer de antemano a lo que se expone con su lectura y lo que en ellas puede encontrar.

Es de todos sabido que estamos ante la amenaza de hondas y extensas reformas legislativas. Entre éstas, se cuenta la de una nueva Ley que venga a sustituir la de 22 de diciembre de 1953, por la que se regula el Arbitraje de Derecho privado. El propósito de reforma es relativamente antiguo y según autorizadas noticias, la Comisión General de Codificación prepara al efecto, sobre él, un anteproyecto detallado (1). Anuncio que me ha llevado a apresurar la redacción y publicación de este trabajo; en la optimista esperanza de que los datos que ofrece, puedan interesar y ser útiles a quienes está confiada la temerosa tarea de preparar leyes, de redactar el texto de la nueva ley de arbitraje.

Las reformas legislativas son vistas con recelo, vendrán siempre a conmover el ordenamiento jurídico y a resquebrajar la confianza social en las leyes; mas hay casos en que la derogación de una ley resulta tan aconsejable que urge sustituirla con una nueva ley. Mas no debe olvidarse que todo cambio encierra peligro y que una mala ley puede ser reemplazada por otra peor.

La Ley de arbitraje ha sido objeto de críticas, a veces de gran dureza, por sus defectos técnicos, y en especial, por su desgraciada regulación de los recursos contra el laudo arbitral. Son merecidas y serán recordadas en la última parte de estas observaciones; pero lo que ha motivado estas notas, la causa principal de mi preocupación es otra distinta; se refiere a la orientación general de la ley, a los principios sobre los que se ha fundado la reglamentación que contiene.

La regulación del arbitraje establecida en 1953, deriva abiertamente de la concepción del arbitraje, que se ha llamado consensualista o contractualista. Los que conciertan un Arbitraje o establecen una cláusula compromisoria (2), se piensa que podrían hacerlo con la mayor libertad, en virtud del principio de la autonomía de la voluntad («pacta sunt servanda»); si una parte resulta perjudicada, que no se queje, habrá de atenerse a lo que ella quiso o dijo querer. Esta postura jurídica, sobre la que luego se tratará

(1) Reforma de la Ley de Arbitraje que consideran urgente CHILLON y MERINO, *Tratado de arbitraje interno e internacional*, Madrid, 1978, p. 18.

(2) En la Ley de Arbitraje se utiliza, en lugar de este término, el de contrato preliminar de arbitraje, por entender que es más exacto. GUASP, *El arbitraje*, Barcelona, 1956, pp. 80-81. Aquí se ha preferido no emplearlo, no sólo en razón de la brevedad y de su uso general, sino también por su naturaleza accesoria (aunque sea cláusula establecida en documento distinto), respecto al contrato llamado principal.

con despacio, será utilizada y aprovechada por los empresarios más poderosos y por las multinacionales, para introducir en las condiciones generales de los contratos impuestas de ordinario, la sumisión al arbitraje, y a favor de un árbitro que se encuentra en dependencia de aquéllas o al de una institución arbitral que le pueda ser favorable.

Esta realidad social, bien conocida en la práctica de muchos países y también, sobre todo, en los negocios internacionales, será la que, hace ya muchos años, me llevara a decir, tratando de las condiciones generales de los contratos, que «con razón se ha advertido que ninguna cláusula de las condiciones generales es más peligrosa que la cláusula compromisoria» (3). Aspecto de peligrosidad de la cláusula que parece evidente, ya que facilita a las grandes organizaciones industriales y mercantiles, el lograr imponer a los más débiles económicamente, tribunales arbitrales y normas favorables a sus intereses. Por esta razón, en las leyes de muchos países, en su jurisprudencia y hasta en los convenios internacionales, se puede notar una preocupación creciente respecto de este peligro. Hasta en los Estados que se han cuidado de establecer normas para evitar que se nombren árbitros sospechosos de parcialidad, se sigan procesos arbitrales sin garantías y se dicten laudos que choquen abiertamente con normas imperativas o con el orden público nacional, la doctrina insiste sobre la necesidad de que los tribunales vigilen severamente el cumplimiento de estas cautelas, antes de dar o reconocer eficacia ejecutiva a las sentencias arbitrales (4).

(3) *Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes*. Discurso leído el día 27 de abril de 1961, en su recepción pública. Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, p. 46, nota 142; se hace allí especial referencia a lo dicho por HILDEBRANDT, *Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen*, A. C. Pr., 143 (1937), p. 328, y por MROCH, *Zum Kampf gegen die unlauteren Geschäftsbedingungen*, 1960, pp. 54 y sig. "La condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes", han sido publicadas también en el A. D. C. XIV, II (abril-junio, 1961), p. 332 (nota 142) y reeditada en Cuadernos Civitas, Madrid, 1975.

(4) Puede verse, al efecto, BAUMBACH-LAUTERBACH, *Zivilprozessordnung*, 30.^a ed. München, 1970, p. 1730. También, STEIN-JONAS, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, 19.^a ed., Tübingen, 1970. Brand II, Lieferung 31, com. al § 1.025, pp. 2 y 3. Especialmente, todo el excelente y documentado estudio de KRONSTEIN, *Business Arbitration-Instrument of Private Government*, *The Yale Law Journal*, 54 (1944-1945), pp. 36-69. Trabajo reproducido en *Recht und Wirtschaftliche Macht. Ausgewählte Schriften von Heinrich Kronstein*. Karlsruhe, 1962, pp. 37-68 (Las citas que después se hacen a KRONSTEIN son al *Yale Law Journal*). STEINDORFF, *Autonomy of Contracting Parties in Interstate Commerce-An Economic Evaluation*, en *New Directions in International Trade Law. Acts and Proceedings of the 2nd Congress on Private Law held by the INTERNATIONAL INSTITUTE FOR THE UNIFICATION OF PRIVATE LAW*, N. Y., 1977, vol. I, p. 101; publicación después citada como *New Directions*; otras referencias a autores, leyes y convenios internacionales, podrán verse a lo largo de este trabajo; aquí se han indicado algunos de los que pueden tener un carácter más general.

Teniendo en cuenta los hechos recordados, un buen conocedor de la práctica de los negocios, en especial de la de los Estados Unidos, ha creído deber llamar la atención sobre ella, sentando estas conclusiones: «Instrumento de los "Cartels" y de las asociaciones comerciales monopolistas, el arbitraje moderno se muestra no sólo como incompatible con los conceptos generales del Derecho positivo, sino que es un ataque a los mandatos jurídicos de la Constitución»; «Aunque dada la dificultad de hacer volver el arbitraje a su función original, de medio de decidir cuestiones entre individuos (ello parece irrealizable en la presente organización económica), el hacer volver el arbitraje a una función *dentro* en lugar de *fuera* del Derecho, es una finalidad de importancia capital. El procedimiento ante los Tribunales se debe ampliar y hacerse efectivo, para servir al interés público, como a las exigencias justificadas de los negocios modernos. Mientras esto no se consiga, el público y el Gobierno deberán asegurarse de que el arbitraje organizado no viole los principios del Derecho, de la justicia social y del interés nacional» (5).

Aquellos hechos y estas reflexiones, se verá que están en abierta contradicción con el espíritu que informa la Ley de 1953, la que no concede ningún control judicial práctico respecto de las cláusulas compromisorias y del laudo arbitral. Esta contradicción no parece haber sido advertida por la doctrina española. Resulta sorprendente que, al dictarse la Ley de 1953 y después al ser ella objeto de comentarios, no se haya alzado alguna voz autorizada, advirtiendo de las posibilidades de abuso a las que favorece la nueva regulación.

Por lo contrario, las observaciones críticas hechas a la ley sobre arbitraje, más bien resultan de considerarla demasiado restrictiva y poco liberal. Valorada desde el punto de vista de los intereses de quienes imperan en el mundo de los negocios, en el tráfico internacional, se habla de la «mentalidad recelosa del legislador español de 1953», en contraste con la confianza del legislador internacional cuando se ocupa del arbitraje internacional (6). Desde un ángulo más doctrinal, se predica que «contra el laudo arbitral no debe darse recurso alguno, porque lo veda la voluntad de los compromitentes que, al excluir a la jurisdicción ordinaria, se someten expresamente a la decisión de los árbitros; y es de desear que en la futura reforma del arbitraje se suprima todo recurso contra el laudo, para ser consecuente el legislador con la naturaleza contractual de la institución» (7).

En estas palabras, puede observarse que se afirma ser consecuencia lógica indeclinable de la naturaleza del arbitraje, la exclusión de todo control respecto al proceso arbitral. Con ello, se ha

(5) KRONSTEIN, *Loc. cit.*, p. 69.

(6) CREMADES, *Panorámica española del Arbitraje comercial internacional*, Madrid, s. d., p. 12.

(7) OGAYAR, *El contrato de compromiso y la institución arbitral*, Madrid, 1977, p. 232. *Problemas de la Ley de Arbitraje*, R. Ac. de Jur. y Leg. Anales, núm. 6, Madrid, 1978, pp. 58-59.

sacado la problemática del arbitraje de la zona llana de la valoración de intereses y se le ha llevado a la de la dogmática abstracta, al «cielo de los conceptos», de que hablara Jhering. La cuestión se ha podido elevar todavía más, se le ha sublimado hasta ver, en las distintas opiniones sobre la naturaleza del arbitraje, el reflejo del enfrentamiento de unas contrarias concepciones del Derecho y de la vida. Lo que se ha expresado de forma impresionante, diciéndonos que «colocado frente al arbitraje, no existe ningún grupo de juristas que no reaccionase vivamente, en favor o en contra, y acaso sea la mejor manera de diagnosticar la concepción del Derecho que cada uno tiene, la de preguntarle, en sustancia, qué opina del arbitraje, ya que según se manifieste en pro o en contra, habremos descubierto sus últimos pensamientos, metafísicos más que dogmáticos, sobre lo que el Derecho verdaderamente debía ser» (8).

Me parece que bastarán las citas hechas, para observar cómo se desmesura el significado atribuido a las opiniones sobre el arbitraje. Con ello, se deja en segundo lugar o se olvida lo que parece más importante, sus ventajas y desventajas prácticas, el nuevo significado que el arbitraje adquiere con la cláusula compromisoria, su peligrosidad y la posibilidad de remediarla o limitarla, su encaje, en fin, en el sistema jurídico general.

Muchas son las causas que han contribuido a la sacralización del arbitraje. De un lado, juegan los intereses de quienes vienen utilizando la cláusula compromisoria y las condiciones generales de los contratos para asegurar su prepotencia en el mundo de los negocios, con las asesorías jurídicas a su servicio; de otro, se encuentran los tratadistas que piensan salvar las dificultades que ocasiona la diversidad de leyes nacionales, en caso de conflicto de leyes, acudiendo a la autonomía de la voluntad y, en fin, la antigua y continuada mitificación de la autonomía de la voluntad. Valoración del arbitraje que se potencia al máximo, como ninguna otra institución jurídica, por el creciente número y valía de quienes se ponen al servicio de su desarrollo y fomento; asociaciones para su estudio y desarrollo, cámaras nacionales e internacionales, conferencias y congresos, convenios internacionales, revistas especializadas y consejos internacionales.

Estas notas se han redactado, creo, sin prejuicios, a favor o en contra del arbitraje y sin pretender con ellas el servir a una u otra concepción del Derecho o de la metafísica. Las conclusiones a las que con ellas se puede llegar, tienen un alcance más modesto y utilitario. Se han recogido datos de la Historia, de Derechos

(8) GUASP, *El Arbitraje en el Derecho español. Su nueva regulación conforme a la Ley de 22 de diciembre de 1953* Barcelona, 1956, p. 13. La frase citada ha sido reproducida literalmente y en español por MINOLI, en su *Prefacio* al libro de MARANI, *Aspetti negociali e aspetti processuali del arbitrato*, Torino, 1966, quien la hace suya, añadiendo que en muchos juristas italianos sus íntimos pensamientos pesan más que las exigencias de la economía y de la auténtica justicia, p. XIII.

extranjeros y de la práctica judicial; se intenta conocer cuáles son las raíces de la moderna regulación del arbitraje y del cambio de funciones que se le han atribuido, con el movimiento llamado de la «lex mercatoria» y, en fin, se ha considerado el valor de la autonomía de la voluntad en la ordenación total del sistema jurídico. Todo ello, sin aspiraciones de ofrecer una construcción dogmática, sino con la más limitada de ir observando cómo se conjugan y pueden armonizarse los intereses legítimos del comercio y la debida protección de los económicamente más débiles. Datos y observaciones utilizables o utilizados para la crítica de la vigente Ley sobre arbitrajes y que se recogen y publican por si pudieran ser objeto de consideración, cuando se trate en serio de la reforma de dicha Ley.

II. VICISITUDES DEL ARBITRAJE.

1. *Los antecedentes históricos.*

Ha sido un viejo hábito el de comenzar el estudio de cada institución o figura jurídica con una breve introducción sobre antecedentes históricos. Uso, hoy, un tanto desacreditado; se observa, y no sin razón, que en general, los libros se limitan a una indigesta enumeración de datos recogidos de manuales, elementales también, y sin verdadero valor científico. Sin embargo, puede advertirse el hecho de que autores prestigiosos vienen utilizando la referencia a las antiguas instituciones, como argumento de autoridad para explicar el Derecho vigente o para amparar en ella sus propias construcciones doctrinales; así sucede, respecto al arbitraje, con los partidarios de la concepción contractualista y de la procesalista (9).

A mi parecer, el recuerdo de las sucesivas manifestaciones del arbitraje, y el tenerlas en cuenta, puede ser útil en la doctrina jurídica. El conocer las raíces de una figura jurídica puede explicarnos algunas de sus actuales características. Además, cabe que sirvan para decirnos el significado real de algunos prejuicios heredados, y cuya aceptación acrítica puede dificultar la debida apreciación del Derecho actual. Todavía, y respecto al arbitraje en especial, pueda resultar en una deseable desmitificación del arbitraje, observando que no se trata de algo dado «a priori» sino de una figura cambiante, resultado del variado entorno social y del juego de intereses de ciertos grupos sociales.

(9) Así, por ej., de un lado SATTI, *Contributo alla dottrina del arbitrato*, Milano, 1969 (reedición, presentada por Furno, de la primera edición de 1931), pp. 76 y sig. MARANI, *Aspetti negoziali e aspetti processuali del arbitrato* (Contributo alla dottrina del arbitrato), Torino, 1966, pp. 7 y sig; MAZZARELLA, *Arbitrato e processo. Premesse per uno studio sull'impugnazione del lodo*, Padova, 1968, pp. 15 y sig., pp. 108-109, nota 168. Del otro lado, VECCHIONE, *L'arbitrato nel sistema del processo civile*, Milano, 1971, pp. 16 y sig.

2. El arbitraje en el Derecho romano.

El examen de las vicisitudes del arbitraje habrá de comenzar por una referencia al Derecho romano (10). No se pretende hacer un estudio erudito de dicho Derecho, lo que es cometido propio de los romanistas, sino de una tarea menos ambiciosa, la de recordar los textos que hubieran de tener en cuenta los autores del Derecho común o intermedio, pues será su doctrina la base del Derecho moderno.

Basta el hojear el «Corpus iuris civilis» para darse cuenta de la importancia que el arbitraje hubo de tener en la Sociedad romana; ello se manifiesta, tanto en lo numeroso de los textos recogidos, como en el elenco de cuestiones prácticas que tratan de resolver (11). De ellas, y de noticias que nos dan alguna que otra obra literaria, parece resultar que el interés por el arbitraje tenía como motivo el que su uso ofrecía ventajas importantes respecto al procedimiento judicial. En primer lugar, permitía escapar de la rigidez del proceso formulario; mediante el arbitraje se obtenía el que la cuestión controvertida no se decidiese según la «dura ley» sino «quatum aequius et melius sit» (12). Después, tenía la ventaja, inestimable en ocasiones, de escapar a la publicidad y «estrépito» propio de contienda judicial y, con ello, sustraer a la curiosidad ajena la intimidad y el secreto de lo que fuera objeto de la controversia (13). En fin, puede también estimarse como ventaja de la sentencia arbitral, el que, a diferencia de la sentencia del juez, ella no estaba sujeta a la apelación (14); en

(10) No se recogen las noticias más o menos curiosas que se suelen citar, sobre manifestaciones más antiguas del arbitraje, pues ellas no influyeron en su evolución.

(11) El título octavo del libro cuarto del Digesto, bajo la rúbrica «De receptis, qui arbitrium receperunt, ut sententiam dicant»; contiene cincuenta y dos fragmentos; el título cincuenta y seis del libro segundo del Código, cuenta con seis fragmentos, bajo la denominación «De receptis arbitris». Además, a lo largo de todo el «Corpus» se pueden encontrar referencias al arbitraje, algunas de importancia; así, D. 17,2,75-80; D. 38,1,30; D. 45,1,43; Nov. 22.11.1.

(12) CICERÓN contraponen el proceder judicial al arbitraje. El primero es calificado de «directum, asperum, simplex», mientras que considera al arbitraje «mite, moderatum». *Pro Roscio Comoedo*, 4, 8-12. También SÉNECA contrasta la conducta del juez con la del árbitro, «quia illum formula includit, et certos, quos non excedat, terminos ponit; huius libera, et nullis stricta vinculis religio, et detrahare aliquid potest, et adjicere, et sententiam suam non prout lex aut iustitia suadet, sed prout humanitas et misericordia impulit, regere», *De beneficiis*, III, 7; «Clementia, liberum arbitrium habet: non sub formula, sed aequo et bono indicat, et absolvere ille licet, et quanti vult, taxare litem. *De Clementia*», II, 7. También, D. 4.8.3, § 1: «quasi virum bonum inter se elegerunt».

(13) Como se deduce de D. 4,8,3, § 1: «post nudata utriusque intima et secreta negotii aperta».

(14) Cuyo uso frecuente justificaba Ulpiano, como necesario para evitar la iniquidad y corregir la impericia, D. 49,1,1.

razón a que se consideraba resultado de lo que ahora se llama la autonomía de la voluntad (15).

La construcción jurídica del arbitraje, dentro del sistema romano, es tan compleja como hábil. Consta de dos convenios. Por el primero, aquellas partes que entre sí tienen una controversia o litigio, y abrigan el propósito de terminarla sin intervención de la autoridad judicial (16), se harán mutuas promesas («cum-promisso facto») para confiar su decisión a una tercera persona («arbitrator») (17). No era dado a unos particulares conferir a otra persona funciones judiciales, ni otorgarle a su decisión la eficacia de una sentencia judicial. Esta dificultad se salva, ingeniosamente, mediante la estipulación de una pena pecuniaria, que habría de pagar la parte que no cumpliera lo ordenado por el árbitro, a la parte que estaba conforme con la Sentencia arbitral (18). Estipulación de la pena, que será así elemento esencial del compromiso, que le daba fuerza jurídica y que le distinguía del consejo u opinión autorizada (19). La mutua promesa de la pena, se nos dice, servirá para que por miedo a ella, ninguna de las partes deje de cumplir lo acordado (20).

El segundo convenio viene a obligar al árbitro respecto a las partes. Para que el arbitraje funcione, se requiere que el elegido haya aceptado («arbitrium recipere») ejercer el oficio de árbitro; es decir, según la expresión de Pedio, la de asumir el deber de actuar como juez, de modo que con su Sentencia se ponga fin a las controversias existentes entre las partes del compromiso (21). Dado

(15) El mismo Ulpiano dice que debe estarse a la Sentencia que dicte el árbitro sobre el asunto, resulte ella justa o injusta; y ello imputeselo a sí mismo, pues quiso hacer el compromiso (“sive aequa, sive iniqua sit; et sibi imputet, qui compromisit”) D. 4,8,27, § 2. No cabe compromiso fuera del ámbito de la autonomía. D. 4,8,3, pr.; D. 4,8,3, §§ 6 y 7.

(16) D. 4,8, 1; comp. D. 4,8,11, §§ 4 y 5.

(17) No habrá que advertir, por evidente, que aquí se trata siempre del “arbitrator ex compromisso” (“receptum arbitrii”), y no del “arbitrator” en el procedimiento judicial, con funciones análogas a las del iudex (“iudicium privatum”). La referencia que se haga al árbitro, comprende no sólo el supuesto de árbitro único como el de varios árbitros, p. ej., tres o dos (en este supuesto, a falta de unanimidad, podría nombrarse un tercero dirimente).

El árbitro habrá de ser una tercera persona; lo que explicaba Marciano diciendo que no puede dictar sentencia quien hubiera sido nombrado árbitro en un asunto propio (“de re sua”); porque habría que mandar hacer o prohibir algo y a sí mismo no cabe se mande o prohíba algo (D. 4,8,51).

(18) En base al Edicto del Pretor: “Qui arbitrium pecunia compromissa receperit”, D. 4,8,3, § 2 y D. 4,8,11, § 2. Las referencias al requisito y aplicación de la pena son numerosas: Así: D. 4,8,23; D. 4,8,25, § 2; D. 4,8,26; D. 4,8,28, §§ 6 y 7; D. 4,8,29; D. 4,8,31; D. 4,8,32, pr.; D. 4,8,34 § 1; D. 4,8,35 y 36,37,38,39,40,42,43,44 y 52; C. 2,56,1 y 2.

(19) Comp. D. 4,8,13, § 2.

(20) C. 2,56,1.

(21) D. 4,8,13, § 2. La frase “iudices partes suscepit” no supone su asimilación al juez, excepto en lo de buscar poner fin a las controversias; pues, como dijera Ulpiano, se le elige por las partes para que

lo especial del cometido del árbitro, su naturaleza no encuentra encaje en los tipos de obligaciones ya reguladas; para obligar al árbitro a que cumpla su promesa se discurre un remedio también especial. Se nos dice que cuando el árbitro, por cualquier causa, no quisiera dictar Sentencia arbitral, será muy justo que el Pretor interponga su autoridad para que cumpla el cometido («officium») que aceptó (22). Lo que lleva a concluir que, en el caso de que el árbitro se ocultase y no aparezca, el Pretor debe investigar, y si la ausencia durase demasiado, podrá imponerle una multa (23).

No se desconoce, sino que repetidamente se advierte, la semejanza entre la Sentencia arbitral y la Sentencia judicial, entre la función del árbitro y la del juez, señalándose que el compromiso, como los juicios, tiene por objeto poner fin a los litigios (24). Tal semejanza puede llevar a ciertas referencias analógicas (25), pero no hasta ocultar sus esenciales diferencias. El árbitro aparece como dueño del procedimiento, que puede llevar a su modo y manera y no tiene que atenerse a una aplicación estricta de las leyes (26). Además, la eficacia de la sentencia arbitral es muy otra que la de la sentencia judicial. Aquélla carece de fuerza ejecutiva; la parte que no cumple está obligada tan solo al pago de la pena estipulada. En razón del compromiso no podrá oponerse la excepción de incompetencia ni dada ya la sentencia arbitral, la excepción de cosa juzgada; pues cabría siempre la posibilidad de que una de las partes llevara el litigio ante el Juez; en tal caso, por incumplimiento del compromiso habría de imponerse la pena estipulada, siguiendo el litigio por su orden ante el juez, del modo ordinario (27).

Conforme a la naturaleza del Derecho privado, propia del compromiso, contra la sentencia arbitral no se concede apelación ni recurso (28). Ello no obstante, en un caso en que se denunció que se había dictado sentencia arbitral a pesar de haberse recusado sin éxito al árbitro, por ser enemigo manifiesto de una parte, y en que ésta por ello había solicitado poder utilizar la excepción de dolo malo, y también en otro caso, respecto a la consulta de un Juez, ante quien en parecidas circunstancias se solicitaba imponer la pena, el Emperador Antonino decidió que, aunque no podía apelarse, sí podía oponerse la excepción de dolo malo. Rescriptos del Emperador, los que comenta Paulo diciendo que, por

actúe como hombre bueno («quasi virum bonum, disceptatorem inter se elegerunt») D. 4,8,3, § 1.

(22) D. 4,8,3, § 1. Conclusión que se razona, partiendo de que el árbitro ha conocido la interioridad de la controversia y sus secretos. Sobre el modo de obligar al árbitro, también D. 4,8,3, § 2; D. 4,8,4; D. 4,8,11, pr. y § 1; D. 4,8,15; D. 4,8,32, § 12; comp., D. 4,8,48.

(23) D. 4,8,32, § 12.

(24) D. 4,8,6; D. 4,8,13, §§ 2 y 3.

(25) C. 3,1,14 («quod iudicium imitatur»).

(26) Puede verse lo citado en nota 12.

(27) D. 4,8,12; C. 2,56,1; D. 4,8,30; D. 4,8,32, § 14.

(28) D. 4,8,27, § 2; C. 2,56,1.

medio de dicha excepción, hay algo como una especie de apelación, pues así resulta posible el revocar la Sentencia del árbitro (29):

La figura del arbitraje, bien perfilada y lógica en el título del Digesto, «De receptis arbitris», comienza a desdibujarse en manos de Justiniano. Este Emperador, se preocupa ante el hecho de que estipulado un compromiso bajo la santidad del juramento, hombres de mala fe traten de eludir las decisiones de los árbitros (30); para evitarlo, dispone que elegido árbitro bajo la santidad del juramento, ni el reo ni el actor puedan separarse de la decisión arbitral y que en todo caso queden obligados por ella y sean compelidos a obedecerla (31). Poco después, el mismo Emperador cambia de opinión; tiene el escrúpulo de hacer incurrir en perjurio, aunque involuntario, a quienes por ignorancia o inexperiencia hayan prestado juramento, y luego no quieran cumplir la sentencia arbitral, por entender ellos, con razón, que han sido lesionados, y así pretendan que el negocio se examine de nuevo; para evitar este resultado, ordena que no se haga compromiso bajo juramento (32). Justiniano trata entonces de reforzar la eficacia del compromiso de otro modo. Dispone que, si después de la Sentencia arbitral, las partes la confirmaban, ya sea con el término «omólogo» o con frase de semejante sentido, quedaban obligados a lo que consintieron; agregando todavía que la sentencia arbitral queda confirmada por el silencio, y produce los efectos de excepción y acción, en el caso de que dentro de los diez días de dictada la decisión del árbitro, ninguna de las partes hubiera enviado al Juez o a la otra parte una declaración notificando que no acepta aquella decisión (33).

Los retoques dados por Justiniano a la figura del arbitraje, implican una desviación de su significado primitivo; se sigue considerando elemento del compromiso la estipulación de una pena, pero la eficacia de ésta se estima insuficiente, y se trata de reforzar el cumplimiento de la sentencia arbitral por medidas indirectas; primero, mediante la santidad del juramento y luego

(29) D. 4,8,32, § 14. Se nos dice que suele agregarse a la estipulación de compromiso la cláusula de dolo. C. 2,56,3. También D. 4,8,21, § 7 y D. 4,8,31.

(30) Se advertirá que en C. 2,56,4, como en C. 2,56,5, se utiliza el término "iudex" comprendiendo a los árbitros designados por el compromiso (jueces privados); también a los comprometidos se les denomina actor v reo.

(31) C. 2,56,4, § 1.

(32) Nov. 83, c. 11, pr.; C. 2,56, con referencia a dicha Novela y capítulo 11.

(33) C. 2,56,5, pr. Aquí se encuentra todavía una referencia a la elección de los árbitros bajo juramento.

En *Manuale Legum sive Hexabiblos*, de HARMENOPULOS, se recogen en forma abreviada los textos del *Corpus*, lib. I, tít. IV, núms. 48-66; pero no, en cambio, las últimamente señaladas disposiciones anómalas de Justiniano; se ha utilizado la ed. de Heimbach, Lipsiae, 1851, pp. 86-92, con texto griego y traducción latina.

con la presunción legal de una confirmación tácita, por el silencio durante el breve plazo de diez días.

En el «Corpus», nos encontramos todavía con textos que mencionan como decisión arbitral, la de alguien que no ha sido nombrado en virtud de un compromiso. Ello ha dado lugar a posteriores confusiones y dificultades; por lo que interesa tenerlos en cuenta. Lo normal es que, cuando deba de realizarse una prestación, se haya determinado previamente su naturaleza y cuantía; pero también podría dejarse tal determinación al arbitrio de un tercero, al que por esta función se llama árbitro. Así, en los siguientes casos: la compra de una cosa por el precio que estime Ticio (34); el que se compre un esclavo por el precio que resulte de los libros de su dueño (35); el que se constituya una sociedad con la condición de que Nerva, amigo común, determinaría las participaciones en la sociedad de los dos socios (36); el que en un contrato de arrendamiento de obra, se establezca que la obra se haga a juicio del dueño (37); el que en un testamento se deja al tutor nombrado la fijación de la dote de la hija del testador (38); el que en testamento se deja al pupilo o a la pupila un legado, al arbitrio del tutor (39); o bien si alguno estipula que restituirá al arbitrio de Lucio Ticio (40).

En tales supuestos, no parece que se confía al capricho o a la arbitrariedad del tercero elegido como árbitro (en sentido lato) el determinar el cuánto que haya de entregarse, sino que, como se indica en algunos de los fragmentos citados, habrá de procederse a juicio de buen varón (41). Es decir, atendiendo debidamente a todas las circunstancias de cada caso (42).

La existencia de supuestos como los mencionados, y en concreto el de la fijación de la cuota de participación de los socios (caso

(34) Cuya validez se acepta, aunque nos dice Justiniano que con grandes dudas de los autores. C. 4,38,15.

(35) D. 18,1,7, pr.

(36) D. 17,2,76.

(37) D. 19,2,24; D. 17,2,77. También sobre locación, C. 4,38,15.

(38) D. 32,43.

(39) D. 31, 1, § 1.

(40) D. 45,1,43. Sobre la distinción entre arbitrio de un tercero (arbitrador) y arbitraje, Díez PICAZO, *El arbitrio de un tercero en los negocios jurídicos*. Barcelona, 1957, pp. 59 y sig.

(41) Las participaciones "quas virum bonum oportuisset", D. 17,2,76; "arbitrio viri boni", D. 18,1,7, pr.; "boni viri arbitrium", D. 19,2,24, pr.; "pro viri boni arbitrio accipiat", D. 31,1, § 1; también C. 4,38,15.

(42) Confiado a Nerva el determinar las participaciones que corresponden en la sociedad a cada socio, podrá resultar que no sea lo adecuado el que los socios lo sean por partes iguales, en el supuesto, p. ej., que uno haya de aportar a la Sociedad más trabajo, industria, influencia o dinero. D. 17,2,80. Si el arbitrio de Nerva resultase tan injusto que fuera manifiesta su iniquidad, podría ser corregido por juicio de buena fe. D. 17,2,79. Cuando sea el arbitrio del tutor conforme al que haya de fijarse la cuantía de la dote para la hija, habrá de arbitrarla teniendo en cuenta la dignidad, la fortuna y el número de hijos del testador, D. 32,43.

del «arbitrador» o arbitraje en sentido lato), a diferencia del arbitraje en virtud de un compromiso (arbitraje en sentido estricto) lleva a que Próculo nos diga que hay dos géneros de árbitros; uno «ex compromisso», en el que lo decidido hay que observarlo sea justo o injusto (43) y otro, por el que se ha de decidir al arbitrio de buen varón, aunque se haya designado por su nombre la persona que haya de arbitrar (44).

3. *El derecho común.*

La decadencia y caída del Imperio romano de Occidente, traerá consigo la desaparición o transformación de las antiguas estructuras sociales; el paso a la nueva realidad se hizo menos difícil gracias a los glosadores y comentaristas, que logran asegurar el respeto de los viejos textos jurídicos. La recepción o conservación del Derecho romano, aparece verificada con el cuidado y el respeto, casi supersticioso, a su letra; mas las interpretaciones adoptadas en muchas ocasiones alteran su sentido, con desarrollos pseudoanalógicos, simplificaciones y clasificaciones escolásticas; las que a veces son también hechas para adaptarlo a las nuevas circunstancias.

En el Derecho español, la primera disposición legal conocida sobre el arbitraje se encuentra en el Fuero Juzgo. En ella, se puede advertir el reflejo de la tendencia a considerar el árbitro como una especie de Juez. Se trataba de afirmar, como regalía fundamental, el que «Ninguno non deve judgar el pleyto, si non es mandado del principe», y se opone como una especie de excepción la figura del árbitro: «quien es cogido por juez por voluntad de las partes con testimonias de dos omes buenos o con tres» (45). Referencia que se mantiene en el Fuero Real, aunque ya con los términos que también se emplearán en Las Partidas; se dice: «Ningun home sea osado a juzgar Pleytos sino fuera Alcalde puesto por el Rey,

(43) Como se dice también en D. 4,8,27, § 2 (comentario al Edicto de Ulpiano).

(44) D. 17,2,76. Traduzco literalmente "boni viri arbitrium", para recordar su peculiar carácter.

En escolio a *Exabiblos*, I, 4, núm. 54, se considera al árbitro como juez privado y sin jurisdicción; añadiendo que algunos incluyen entre ellos a los mediadores, en cuanto median entre dos que tienen una controversia, pero que algunos otros consideran que los mediadores son estimadores (vulgarmente llamados arbitradores, como en el caso de los socios o de la construcción de una casa; pensamos, se dice todavía, atenernos a lo pronunciado por el mediador, si arbitra como buen varón; si fuera pronunciado por un árbitro, tenemos que estar a lo que él diga, excepto si preferimos pagar la pena.

(45) F. J. 2,1,13. El texto latino ofrece una curiosa variante; termina la frase diciendo "aut ex consensu partium elato iudice trium testium fuerit electionis pacto signis, vel subscriptionibus roborata". El comentario de VILLADIEGO a esta Ley, viene a recoger detenida y eruditamente la doctrina del Derecho común, *Forum antiquus gothorum Regum Hispaniae*, Matriti, 1600, fol. 76 vto. al fol. 82.

o a placer de ambas partes, que lo tomen por avenencia, para juzgar algún pleyto» (46).

Serán Las Partidas, las que vendrán a ocuparse detenidamente de la regulación del arbitraje en nuestro Derecho. Lo que se hace con especial cuidado y detalle (47). Recoge de modo fiel y brillante la doctrina mayoritaria del Derecho común de la época (48); mas, en su consecuencia, se desvía también de la línea clara del Digesto, y hereda las confusiones en que incurren la glosa y los comentaristas sobre el arbitraje.

La desviación primera se encuentra en apartarse un tanto de la concepción contractualista del arbitraje y en haber considerado a éste como una especie de función judicial (49). En la enumeración de las «muchas maneras» que hay Jueces, se cita entre ellas, aunque en último lugar, a los Juzgadores de albedrío, después de haber mencionado en general los Jueces Ordinarios (50). Se distinguen dos clases de Juzgadores de albedrío; los Jueces avenidores, «árbitros en latín», nombrados por las partes para que oigan y libren sus contiendas según Derecho, «como si fuesen jueces ordinarios»; y los que llaman en latín Arbitradores, es decir, «albedriadores e comunales amigos, que son escogidos por avenencia de ambas las partes, para avenir e liberar las contiendas que hubieren entre sí, en cualquier manera que tuvieren por bien» (51).

Admitido así, que existe una esencial semejanza entre el árbitro y el juez ordinario, puede parecer lógico que se dedujera que el árbitro habría de proceder y juzgar como si fuese un Juez, aunque no hubiera ningún texto romano que lo abonase (52). Opinión que pudo predominar, porque entonces no se habían conocido los textos literarios, en los que se muestra que la particularidad del arbitraje reside en que el árbitro no tenía que decidir

(46) F. R. 1,8,2. La glosa a esta Ley de DÍAZ DE MONTALVO, carece de interés. *El Fuero Real de España*, Madrid, ed. 1781, p. 83 nota (a).

(47) Se dedican al arbitraje las Leyes 23 a la 35, ambas inclusive, del título cuarto de la Partida tercera, y también las Leyes 106 y 107, P. 3, tít. 18.

(48) Se recordará lo que el CARDENAL DE LUCA nos dice sobre las Partidas como modelo para la interpretación del Derecho común, *De servitutibus praedialibus*. Disc. 1, Ann. 1, § 9; en *Theatrum Veritatis et Iustitiae*, ed. Venetiae, 1726, IV, p. 5.

(49) La glosa pudo basarse en D. 4,8,1; D. 4,8,13, § 2, y C. 3,1,14. En el *Hexabiblos* se recogen las disposiciones sobre el arbitraje del Digesto, en el título cuarto del libro primero, sobre sentencia judicial, y cosa juzgada. El título 4 de la Partida tercera, trata "De los Jueces, e de las cosas que deven fazer e guardar", y se trata del arbitraje al final de dicho título (leyes 23-35).

(50) P. 3,4,1.

(51) P. 3,4,23.

(52) Pudo quizá entenderse que lo abonaba el que Justiniano, al imponer el juramento judicial, extiende esta obligación a los que "ex recepto, id est compromisso (quod iudicium imitatur), causas dirimendas suscipiunt, vel qui arbitrio peragunt", C. 3,1,14.

conforme al Derecho común sino de acuerdo con la equidad (53).

Admitido el arbitraje de Derecho, como la primera y normal figura del arbitraje, hubo de buscarse acomodado al arbitraje de equidad. Se pensó poderlo autorizar en los fragmentos del Digesto, en que las partes acuerdan entregar al arbitrio de un tercero el fijar la cuantía de una prestación (54). Este tercero decisor vendrá bautizado por la glosa de «arbitrador» (55), y se le asimila al amigable componedor (56). Con el resultado, de que aquel amigo que, según el Digesto, era elegido como hombre bueno, para determinar la cuantía de una prestación, queda convertido en árbitro, y en árbitro cuya decisión podría ser enderezada según el albedrío de algunos hombres buenos (57).

De este modo y manera, gracias a la interpretación dominante en el Derecho común, y también por la autoridad de Las Partidas, se generaliza la idea de que el árbitro habría de juzgar según Derecho. También se acoge la figura y el nuevo nombre de arbitrador, como nuevo tipo de árbitro. Mas respecto del arbitrador, la doctrina vacila; de un lado se piensa, como en Las Partidas, que el arbitrador es un árbitro que ha de decidir como amigable componedor (58); mas también, y ya desde los comentaristas, se atiende

(53) Puede comp. lo indicado en nota (12). La antigua doctrina se encontraba con otra dificultad. Si la sentencia arbitral habría de ser según Derecho, en el caso de que no lo fuera se plantea la cuestión de si habría de ser nula; lo que chocaba con la repetida regla de que había que estar a la sentencia arbitral, fuese justa o injusta (vide nota 15). Comp. lo dicho por GREGORIO LÓPEZ, gl. 4 a P. 3,4,23. También SATTÀ, *loc. cit.*, en p. 9, pp. 78 y sig.

(54) Los citados en notas 34 a 40.

(55) P. ej., en glosas a: D. 4,8,7, § 2; D. 4,8,9, § 2; D. 17,2,78; D. 45,1,43; C. 3,1,16. La denominación se considera, en un escolio a HEXABIBLOS, como la vulgarmente utilizada para los mediadores, *loc. cit.* en nota 44.

(56) En la glosa a D. 4,8,13, § 2, se dice "arbitratores seu amabilis compositoris". En D. 17,2,76 se califica a Nerva (comp. nota 36) como "amicus communis".

(57) Solución que no sólo forzaba el sentido de los textos romanos, sino que resultaba poco práctica. Nos refiere GREGORIO LÓPEZ que nunca vio practicar esto, sino que del caso conocía el mismo juez, sin la elección de estos hombres, a diferencia de lo que sucede en el Derecho común, gl. 14 a P. 3,4,23; se refiere a D. 17,2,79, en donde se dice que si el arbitraje de Nerva fuera malo y manifiesta su iniquidad, puede corregirse "per iudicium bonae fidei".

(58) Sobre todo ello. YÁÑEZ PARLADORIO, *Quotidianorum differentiarum sesquicenturia*. Diff. 43 y 44. *Opera jurídica*, ed. Coloniae Alobrogum, 1734, pp. 272 y sig. CANCER, *Variarum Resolutionum Juris Caesarici, Pontificii et Municipalis Principatus Cathalanuniae*, Cap. XXI, *De arbitris et arbitratoris*, ed. Lugduni, 1683, I, pp. 338 y sig. HEVIA BOLAÑOS, *Comercio terrestre*, II, cap. 14. *Compromiso*, en *Curia Philipica*, ed. Madrid, 1797, pp. 432 y sig. DOMÍNGUEZ VICENTE, *Ilustración y continuación a la Curia Philipica*, II, cap. XIV, ed. Valencia, 1770, II, páginas 415 y sig (con abundantes citas de autores españoles y extranjeros). FERRARIS, *Prompta Bibliotheca, hodie etiam Juris Hispani*, voz *Arbiter Arbitrator* (editada y completada por Vallerna), Madrid, 1786, I, pp. 201 y sig. VOET (J.), *Commentarius ad Pandectas*, I, a D. 4,8, ed. Hage-Co-

por algunos autores a que, mientras el árbitro tiene el cometido de decidir una controversia, el arbitrador viene a completar un contrato, determinando el monto de la prestación que haya de cumplirse (59).

Por lo demás, Las Partidas se mantienen en parte bastante fieles a la concepción contractualista o privatista del Digesto. Se considera esencial que se establezca en el compromiso una pena para la parte que se negase a cumplir la Sentencia arbitral; «ca si pena non y fuesse puesta, non serian tenidas las partes de obedecer el mandamiento, nin el juicio que dieren entrellos» (60). El árbitro carece de poder jurisdiccional (61), su laudo no tiene fuerza obligatoria (62), no dando lugar a la excepción de cosa juzgada, pero contra el cual no cabe apelación o alzada (63).

La eficacia del laudo descansa en que cada parte deberá cumplir lo decidido por el árbitro y, si no lo hace, habrá de pagar la pena establecida; aunque se refuerza esta su eficacia alternativa, siguiendo lo establecido por Justiniano (64), dando fuerza de obligar a la confirmación expresa de la sentencia arbitral y a la tácita

mitum, 1716, I, pp. 290 y sig. PÉREZ (Antonio), *Praelectiones in duodecim libros Codiciss*, en C. 2,56, ed. Venetiis, 1733, pp. 66 y sig.

(59) Sobre la cuestión, recogiendo las opiniones de Bártolo y del Abad Panormitano, el P. MOLINA, *De Justitia et Jure. Opera Omnia*, tract. V, disp. 30, ed. Colloniae Allobrogum, 1733, III, pp. 86 y sig. (es uno de los autores que trata el arbitraje más detenidamente). Muy claramente, DURANTE, *Speculum iudiciale*, I, 1, citado por VECCHIONE, *loc. cit.*, pp. 20 y sig.; comp. GREGORIO LÓPEZ, gl. 2 a P. 3,4,30. Romanistas posteriores, ya en la corriente más crítica, no recogen siquiera para discutir las interpretaciones del Derecho común. HUBER, no se ocupa del arbitrador y señala que aunque vulgarmente se llama árbitro al amigable componedor, a éste le es ajena la normativa del arbitraje (D. 4,8), *Praelectionum Juris Romani et Hodierni*, Pars. II, ed. Lipsiae, 1716, II, p. 695. NOODT, a D. 4,8, en *Opera Omnia*, ed. Lugduni Batavorum, 1724, II, pp. 135 y sig.

(60) P. 3,4,26 y también P. 3,4,33 y 34. En el título “De las escrituras”, se ofrece con todo detalle el modelo de la Carta de compromiso de nombramiento de avenidor o árbitro y de nombramiento de arbitrador o amigo comunal; en este modelo se establece una pena, “la cual pena tantas vegadas sea pagada quantas vezes ficieren o venieren contra lo que el avenidor sobredicho judgare o mandare”. P. 3,18,106. El modelo de carta estableciendo cómo los jueces de avenencia han de dictar su juicio, termina diciendo: “todas estas cosas mando que sean guardadas de amas las partes, so la pena que es dicha en la carta de compromisso”. P. 3,18,107.

(61) A diferencia de los “arbitris iuris seu necessarii”, establecidos por los Estatutos o por los Jueces ordinarios; los que no son mencionados por las Partidas, aunque son conocidos por la doctrina común, la que cuida de distinguirlos de los árbitros por compromiso. MOLINA, Disp. 31, §§ 2 y 3, *loc. cit.*, V, p. 92; FERRARIS, *loc. cit.*, p. 202, § 5.

(62) El término de laudo, no usado en las Partidas ni en los textos romanos, y que tampoco se considera latino, será utilizado para contraponer la decisión del árbitro a la sentencia judicial, MOLINA, Disp. XXX, § 3, V, p. 86.

(63) P. 3,4,30 y P. 3,4,35.

(64) Vide nota 33.

confirmación, «si se callasen hasta diez días, después de que fuese dada» (65).

Conforme al carácter no judicial del arbitraje, en Las Partidas no se conoce la alzada contra el laudo; mas siguiendo la doctrina del Derecho común (66), se señalan varias causas de su nulidad. Dispone, «que si el mandamiento o el juicio de los avenidores fuese contra nuestra Ley, o contra natura, o contra buenas costumbres, o fuese tan desaguisado, que non se pudiese cumplir; o fuese dado por engaño o por falsas pruebas, o por dineros, o sobre cosas que las partes no oviessen metido en mano de los avenidores; que por cualquier destas razones que fuese averiguada, non valdría lo que así mandassen, nin la parte que así non lo quisiere obedecer, non caería por ende en pena» (67).

El régimen que Las Partidas vienen a establecer, se reveló poco satisfactorio. Resultaba inexplicable que una decisión dada por quien era considerado como Juez, careciera no sólo de fuerza ejecutiva sino hasta de fuerza de obligar a cumplirla. Los juristas prácticos, procuraron conseguir la deseada fuerza ejecutiva de los laudos, mediante cláusulas ingeniosas y artificiosas (68); mas habrían de ser las quejas y peticiones hechas en Cortes las que muevan a los Soberanos a dictar al efecto nuevas leyes. Pudiéndose observar la coincidencia de los medios arbitrados en Cataluña, Castilla y Aragón, para conseguir plena eficacia a los laudos arbitrales.

4. Cataluña.

Se tiene noticia de que será en Cataluña, en donde por primera vez en España se ordene que las autoridades (veguer y baile) hagan observar los compromisos, no obstante los estatutos y usos en contrario (Alfonso II en las Cortes de Monzón, 1289). Parece que hubo gran dificultad para imponer que los laudos tuviesen inmediata fuerza ejecutiva, pues ello chocaba con lo dicho en los textos romanos y con lo repetidamente sostenido por los Doctores del Derecho común. Jaime II, en las Cortes de Barcelona, 1311, hubo de ordenar que se lleve a ejecución sin retardo, excusa, ni malicia las sentencias o arbitramentos, así de árbitros como de arbitrades y amigables componedores; también, y a pesar de opiniones contrarias, dispone que tenga valor la renuncia hecha en el compromiso por las partes, de recurrir a arbitrio de buen varón. Disposición que el mismo Rey hubo de confirmar en Cortes de 1321. Todavía se dará

(65) P. 3,4,35.

(66) Basándose en los textos romanos citados en la nota 29.

(67) P. 4,8,34.

(68) Con un cierto apoyo en lo dicho respecto a las transacciones (en D. 2,15,16 y C. 2,4,17) se piensa que añadiendo la cláusula "rato manente compromisso et arbitrio seu laudo super eo loco". se entiende que juegan independientemente la pena y el cumplimiento de lo prometido, de modo que pagada o no pagada la pena, se quedaba obligado a cumplir el laudo, pudiéndose exigir su ejecución ante los Tribunales ordinarios, FERRARIS, *loc. cit.*, pp. 207-208, § 68.

un paso más en el abandono del Derecho Común por Pedro III, en Cortes de Monzón 1363, estableciendo la plena eficacia del compromiso, aunque éste no fuere jurado y no se hubiera en él puesto o conocido pena alguna.

La difícil cuestión práctica de la posibilidad de recurrir contra la sentencia arbitral, fue resuelta por Fernando II, en Cortes de Barcelona, 1481, del siguiente modo. Se establece que dicha sentencia debe llevarse a ejecución no obstante cualquier recurso, apelación o suplicación, y también no obstante alegación de nulidad, lesión enormísima, dolo, fraude y corrupción del arbitrio o arbitrador, si en el compromiso se hubiera renunciado a todo recurso y arbitrio de buen varón. Mas, si lo que se alegaba era dolo deliberado del árbitro o arbitrador, corrupción o enormísima lesión, en estos tres casos, el que pida la ejecución podrá obtenerla, pero solamente prestando caución idónea de restituir lo ejecutado, en caso de que aquel que recurrió obtuviese fallo favorable (69).

5. Aragón.

En Aragón hubo de darse una disposición especial sobre los árbitros, conforme a la que se concedía a la sentencia arbitral fuerza ejecutiva; mas había que notar que dicha fuerza se reconoce a aquellos «que serán loados por las partes» (70), lo que significa que se trata de laudos que hayan sido aprobados u homologados por dichas partes; coincidiendo así con lo dispuesto por Justiniano (71).

Lo que hubo de ser objeto de discusión entre los juristas del Reino, fue la posibilidad de que se pudiera apelar o pedir la nulidad, por injusticia notoria, sea ante el juez ordinario o por «denuncia evangélica», conforme al Derecho común (72).

En cambio, atendiendo a la especialidad del Derecho propio aragonés, se pudo sostener que toda sentencia arbitral habría

(69) Las Disposiciones citadas están recogidas en «Constitutions et altres Drets de Catalunya»; libro II, título XIII, traducción castellana de VIVES Y CEBRÁ, ed. Barcelona, 1832, I, pp. 155 y sig., 2.^a ed., 1864, pp. 165 y sig. Sobre los árbitros necesarios, IV, pp. 102-103.

La doctrina trata del Derecho municipal de Cataluña teniendo como telón de fondo el Derecho común (Derecho romano y canónico, doctrina de los autores), CÁNCER, *loc. cit.*, en nota 58; FONTANELLA, *Sacrii Regii Senatus Cathalonie Decisionis*, Dec. 449-454, ed. Barcinone, 1645, páginas 418 y sig. (estos dos autores se enfrentan en el caso de los hermanos Lluñel). PEDUERA, *Praxis Civilis*, ed. Barcinone, 1673, pp. 380 y siguientes.

(70) *Fororum Regni Aragonum*, lib. II, tit. «De arbitris», *Fueros y Observancias del Reino de Aragón*, ed. 1667, fol. 44.

(71) Véase nota 33.

(72) MOLINO, *Fororum et Observantiarum Regni Aragonum*, ed. Caesar-Augustae, 1585, voz «sententia arbitrallis», fol. 306. PORTOLES, *Scholia sive adnotationis ad Repertorium Michaeli Molini, super Foris et Observantiis Regni Aragonum*, Caesar-Augustae, 1587, voz «Arbiter», II, pp. 254 y sig. FRANCO DE VILLALBA, *Fororum atque Observantiarum Aragoniae Codex*, 2.^a ed., Caesar-Augustae, 1743, I, pp. 243 y sig.

de tener fuerza de obligar, porque aunque no la tuviera como tal sentencia, la tendría como estipulación por la que las partes prometían cumplir el laudo; a la que habría de estar siempre, porque —se nos dice— «in aragonia stamus chartae, et observare debet in charta contentum» (73).

6. Castilla.

En el Derecho castellano, la primera manifestación conocida de que los laudos arbitrales habrían de tener fuerza ejecutiva por sí mismos, se encuentra en una ley de Enrique IV, en Madrid, 1458; en ella se manda que contra las obligaciones y contratos, y *compromisos* o sentencias u otras escrituras que tengan aparejada ejecución, no se admita por los jueces otra excepción, salvo la de pago de la deuda o pacto de no pedir, falsedad, usura, temor o fuerza (74). Esta disposición habría que entenderla en relación con lo que se indica respecto al deseo de los hombres de negocios de poner coto a «las malicias de los deudores», que alegaban razones falsas para diferir o evitar el pago (75).

Mas la Ley de Enrique IV, dado lo escueto de su referencia a los compromisos, hace nacer la duda de si se refiere a todos las sentencias arbitrales o si alude tan sólo a aquellos laudos a los que pudieran considerarse como títulos ejecutivos por otra razón; por ejemplo, por haber sido confirmados expresa o tácitamente, por haber sido homologados, haberse hecho bajo juramento, o por llevar cláusula de rato (76).

Pone término a la evolución del Derecho castellano, en materia de arbitraje, la Ordenanza de Madrid, de 1502, dictada por los Reyes Católicos y confirmada por Don Carlos I y Doña Juana, de Toledo, 1539. En ella, se completa y corrige lo establecido por

(73) SESSE, *Decisionum sacri Senatus Regni Regni Aragonum et Curiae Domini Justitiae Aragonum causarum civilium*, Caesar-Augustae, 1624, Decisio 411, fol. 209, vto. § 11.

(74) Está recogida en O. R. 3,8,4, y luego en N. R. 4,21,1 y Nov. 11, 28,3. Comentada por DIEGO PÉREZ, *Ordenanzas Reales de Castilla*, ed. Madrid, 1779, quien en la palabra “compromisos” estudia el arbitraje conforme al Derecho común, y a las leyes castellananas. I, pp. 626 y sig. También AZEVEDO, *Comentarium Iuris civilis in Hispaniae Regias Constitutiones*, Salmaticae, 1587. II, p. 304.

(75) N. R. 4,21,2; Nov. 11,27,1. Dada por Enrique III, en Sevilla, pragmática de 10 mayo 1396, a petición y “en favor de los mercaderes y otras personas de la ciudad de Sevilla”; confirmada por los Reyes Católicos, en Toledo, 1480.

(76) Sobre la homologación, v. notas 33 y 65; sobre la cláusula de rato, v. nota 68. El juramento, admitido y luego prohibido por Justiniano (notas 31 y 32), se consideró así en Derecho común. P. MOLINA, *loc. cit.*, Disp. XXXVI, passim, V, pp. 114-118; CARDENAL DE LUCA, Disc. XI, *De compromisso*, lib. XV, pars. prima, *De judiciis*, en *Theatrum Veritatis et Justitiae*, Venetii, 1726, XV, p. 33, § 26. Mas algunos autores entendían que el juramento añadido tenía la eficacia de la cláusula de rato. FERRARIS, *loc. cit.*, p. 208, § 69; GUTIÉRREZ (Juan), *Tractatus tripartito de juramento confirmatorio*. Pars. I, cap. 60, en *Operum*, VI, ed. Lugduni, 1730, p. 255, §§ 10 y 11.

Las Partidas, en dos extremos fundamentales. Se decide, y ahora de modo claro y terminante, que la sentencia arbitral, tanto sea la dictada por jueces árbitros *juris*, como por jueces amigos (árbitros arbitradores) habrá de ser ejecutada libremente, presentándose el compomiso y la sentencia firmada por Escribano público. En el caso de que a la ejecución del laudo se oponga apelación, albedrío de buen varón, nulidad u otro medio, ello no obstante se dará lugar a la ejecución, con tal que la parte que la solicite dé fianzas llanas y abonadas de tornar y restituir lo que hubiera recibido en virtud de tal sentencia, con los frutos y rentas si la tal sentencia fuera revocada (77).

Las citadas leyes reciben una más amplia autoridad al ser recogidas en la Nueva y en la Novísima Recopilación, lo que facilitará el que se las aplique no sólo en Castilla sino también en los otros Reinos españoles (78). Hasta fines del siglo XVIII, los autores vendrán entendiendo que el arbitraje estaba regido mediante una especie de yustaposición de lo dicho en la doctrina del Derecho común, de las disposiciones de Las Partidas, y de las leyes recopiladas (79). Con el resultado de que, mientras por una parte se sigue considerando requisito indispensable la estipulación de una pena, por otra se afirma que el laudo tiene fuerza ejecutiva por mandato legal, aunque con amplias posibilidades para su impugnación. Mas en la práctica, en aquella que aparece recogida en los formularios del contrato de compromiso para uso de los escribanos públicos, se encuentra al lado del mantenimiento de la pena para caso de incumplimiento, la novedad, respecto del modelo de cartas de Las Partidas (80), de un intento de reforzar la eficacia del laudo, mediante la cláusula garantía (81) y el juramento (82),

(77) N. R. 4,21,4; Nov. 11,17,4. Los requisitos exigidos son, además de los necesarios para dar lugar a la ejecución, los de que la sentencia arbitral fuese dada dentro del término establecido en el compromiso y sobre las cosas objeto del compromiso.

(78) Lo que parece no ofrece dificultad por la evolución paralela que habían experimentado los diversos Derechos. SALA, *Ilustración del Derecho Real de España*, 2.^a ed., Madrid, 1820, II, pp. 148 y sig.

(79) Puede verse la señalada mescolanza en las obras citadas en las notas 58 y 74, especialmente en las de HEVIA BOLAÑOS y su anotador DOMÍNGUEZ VICENTE.

(80) Citada en nota 60.

(81) La utiliza MONTERROSO, para que se pueda ejecutar como "sentencia pasada en cosa juzgada". *Práctica civil y criminal y Instrucción de Escribanos*, Madrid, 1598, 177 vto.

(82) En el formulario de la Escritura de compromiso, se indica que si las partes "quieren hacer juramento pueden hacerlo", incluso siendo menores de veinticinco años, p. 305; pero, al tratar del juramento en la transacción, se aconseja al escribano que no lo haga, porque si bien queda más firme el contrato, se da pie a que se entrometa el juez eclesiástico en negocios meramente seculares con motivo del juramento, p. 302 y nota (*). *Librería de Escribanos, Abogados y Jueces* que compuso don JOSEF FEBRERO, reformado y adicionado por D. JOSEF MARCOS RODRÍGUEZ, Parte primera, tomo II, 5.^a ed., Madrid, 1819; también en la edición del *Febrero*, por GARCÍA GOYENA y AGUIRRE, Madrid, 1842, V, pp. 40, § 4225 y 48, § 4238.

mien.ras que también se pretende evitar la posibilidad de pedir reducción, nulidad o apelación, mediante el artificio de la renuncia de las leyes que conceden estos remedios, y hasta con la renuncia de las leyes que prohíben la renuncia de las leyes (83).

La situación jurídica del arbitraje, que se ha tratado de describir, con su carácter poco coherente, es el resultado de coincidir para determinarla, la tendencia conservadora del Derecho común propia de los autores, y las pretensiones de los comerciantes, de que se otorgue fuerza de título ejecutivo a los laudos arbitrales. Ella se mantendrá sin oposición hasta el momento en que se dejan sentir en España los efectos del movimiento codificador, a comienzos del siglo XIX.

7. *Movimiento codificador.*

Dicho movimiento, impulso renovador y revolucionario, nos viene de Francia, y se traduce no sólo en tomar como modelo leyes francesas sino también en recibir de su doctrina ideas y conceptos. Por ello, parece que será provechoso ir viendo cómo se desarrollan esas ideas, en cuanto determinan la evolución del Derecho francés e indirectamente la del Derecho español.

a) *En Francia.*—Como en España y en otros países, el Derecho francés en esta materia se basa en la doctrina del Derecho común, pero profundamente alterado y en parte derogado por las Ordenanzas regias y también por la práctica notarial (84). De modo, que aunque se sigue recordando el requisito de estipular una pena, desde 1560 se establece que el compromiso será válido aunque no contenga pena. La sentencia arbitral habría de ser presentada por el interesado al Juez ordinario para que la confirme u homologue; lo que el Juez habría de hacer, con tal que no contenga vicios de forma (exceso de poder o del tiempo fijado); pues en este caso podría oponerse a la homologación, sosteniendo su nulidad. Homologando la sentencia arbitral, es ejecutoria como toda otra sentencia, salvo la apelación. En París dicha homologación no es

(83) Se acudía no sólo a la renuncia de las leyes que prohibían las renunciaciones, sino hasta a confirmar con juramento la dicha renuncia. Sobre este uso de los escribanos y su crítica, JUAN FRANCISCO DE CASTRO, *Discursos críticos sobre las leyes y sus intérpretes*, Madrid, 1765, II, pp. 118 y sig.

(84) Una buena exposición de la doctrina de la época, sobre la base del Derecho común, pero corregida al comentar la Ley 12, artículo 34 de las publicadas en 1512, en REBUFFO, *Tractatus de arbitris et arbitratoribus*, en *Commentariorum in Constitutiones Regias Gallicas*, ed. Lugduni, 1552, III, pp. 193 y sig. Conforme a la ley comentada, asimila los árbitros, los arbitradores y los amigables componedores. Señala la diversidad de criterio entre los doctores; unos dicen que árbitro es aquél que ha de proceder conforme al orden judicial y que el árbitrador decide sea sobre cuestión de Derecho o de hecho, y no necesita seguir el orden jurídico, sino "quam bonis iuribus"; otros, que el árbitro conoce de cuestiones litigiosas y el arbitrador sobre contratos y casos no litigiosos, p. 195.

necesaria, bastará depositar la sentencia arbitral cerca de un Notario, pues este depósito equivale a la homologación (85).

Pero más que el detalle de esta regulación del arbitraje en Francia, interesa la formulación dogmática de los autores sobre el arbitraje, pues ella será decisiva para la posterior evolución jurídica. Al efecto caben destacar los siguientes dos factores o consideraciones.

El primero se refiere a la naturaleza atribuida al arbitraje. En la sistemática jurídica, que ahora comienza a preocupar a los autores, se puede observar una consideración preferente del aspecto procesal a costa del contractual. Domat, todavía estudiará el compromiso dentro del libro I de sus Leyes Civiles, y al lado de la transacción como otro medio de terminar o prevenir los procesos (86); mas este autor se ocupa también de los árbitros con especial detenimiento en su Derecho público, libro segundo, dedicado a «Los oficiales y otras personas que participan en las funciones públicas», y cuyo título séptimo y último se rotula, «de los árbitros». En el prefacio que precede a las secciones en que se divide dicho título, se advierte que, a diferencia de las materias hasta entonces tratadas en la obra, en la materia del título sobre el arbitraje se contienen reglas del Derecho privado, lo que se explica porque en él hay que considerar dos cosas, el convenio entre las partes o compromiso, materia de Derecho privado y la otra, que mira a la función y deberes de los árbitros, materia de Derecho público, «ya que es una especie de administración de la justicia» (87). La preponderancia completa dada a lo procesal, puede verse en la influyente obra de Pothier; quien no se ocupa del arbitraje al estudiar los contratos y, en cambio, trata de «la convención por escrito que se llama *compromiso*» en su Tratado de Procedimiento civil, en el capítulo dedicado a «Los procedimientos particulares en ciertas jurisdicciones y en los arbitrajes», después de haberse ocupado «Del procedimiento de los Consulados» (88).

Tanta o más importancia para el futuro tendrá otro factor, el

(85) Se ha seguido la exposición de POTHIER, *Traité de la Procédure civile, Oeuvres de Pothier*, París, 1820, XIII, pp. 98 y 99, que ofrece diferencias con las de otros autores, pero que es la posterior de las que conozco.

Varias Ordenanzas regulan la figura de los jueces necesarios, que se establecen respecto la partición de herencia entre parientes, cuentas de la tutela y otras administraciones, restitución de dotes, y cuestiones entre los comerciantes sobre mercancías (Ordenanza de 1560); también sobre las cuestiones entre los socios (Ordenanza de 1673).

(86) *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, ed. París, 1777, en tit. XIII, proemio de las transacciones, I, p. 212 y tit. XIV, sobre los compromisos, I, pp. 216-221.

(87) *Le droit public*, contenant les matiéres qui se rapportent a l'ordre général d'un Etat, et les regles des fonctions et des devoirs de toutes sortes de Professions par rapport à cet ordre, París, 1777, pp. 266-271.

(88) *Traité de la Procédure civile*, en *Oeuvres de Pothier*, París, 1820, XIII, pp. 98-99.

asentar la fuerza del arbitraje en la autonomía de la voluntad. Justificación que ya fuera formulada por Domat: «La autoridad de las sentencias arbitrales tiene su fundamento en la voluntad de quienes han nombrados los árbitros; porque es esta voluntad la que obliga a los que se comprometen a ejecutar lo que sea arbitrado por las personas que han escogido para ser sus Jueces» (89).

Los señalados dos factores irán alcanzando una mayor o menor importancia, según sean las ideas dominantes sobre ellos en cada momento, y así se manifestarán en las leyes y en las opiniones de los autores sobre el arbitraje; esto todavía puede observarse en las enfrentadas teorías conocidas como procesalistas y contractualistas (90). En la época ahora considerada, la del movimiento de Codificación, puede verse cómo dichos factores predominan sucesivamente en la legislación francesa y en la española.

La revolución francesa, en su primer tiempo, llevada por su entusiasmo hacia el principio de la libertad, y consecuentemente por el del respeto a la voluntad de cada ciudadano, aplicará estos principios a todas las instituciones. De ahí su simpatía por el arbitraje. La Constitución de 3 de septiembre de 1791, viene a garantizar el mantenimiento del arbitraje y dispone que «los legisladores no podrán dictar ninguna disposición que tienda a disminuir sea el favor sea la eficacia del compromiso» (parte III, cap. V, art. 5). No admitiéndose contra el laudo arbitral apelación alguna, salvo pacto expreso. Desaparecido el ingenuo entusiasmo primero de los revolucionarios y su desconfianza hacia los Jueces, se tiende a fortificar el poder del Estado. Pronto se restablece la apelación contra el laudo arbitral (D. 4 brumario, año IV). Con el Directorio se llega hasta suprimir el arbitraje (Consejo de los quinientos, 20 floreal, año IV), aunque pronto se le salva, por intervención del Consejo de los Ancianos (19 ventoso, año IV). En fin, la ley sobre organización de los Tribunales, advierte que «no se ha derogado el derecho de los ciudadanos de hacer que sus diferencias sean juzgadas por árbitros de su elección» (91).

Momento decisivo para la institución del arbitraje será el de la Codificación en Francia. Entonces hubo de tomarse partido sobre su naturaleza, al determinar qué materias habría de regular cada Código. El Código civil no menciona ni trata del compromiso. Será el Código de Procedimiento civil el que en su tercer y último

(89) *Les Loix civiles*, citadas, p. 217.

(90) Una cuidada exposición de dichas teorías en SERRA DOMÍNGUEZ, *Naturaleza jurídica del Arbitraje*, en *Estudios de Derecho procesal*, Barcelona, 1969, pp. 571-583; también PÉREZ GORDO, *El recurso de nulidad contra el laudo arbitral*. Re. Gen. de D., Valencia, dic., 1972, año XIX, núm. 339, pp. 1125 y sig. OGAYAR, *El contrato de compromiso*, cit., páginas 69 y sig., y en *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, Madrid, 1979, tomo XXII, vol. 2. Artículos 1.809 a 1.821 del Código civil y Ley de Arbitraje, pp. 91 y sig. CHILLÓN y MERINO, *loc. cit.*, (en nota 1), pp. 91-104.

(91) RUBELLIN-DEVICHI, *L'arbitraje. Nature juridique. Droit interne et droit international privé*. París, 1965, pp. 18-19.

libro contenga un título único dedicado a los arbitrajes (92). Articula una regulación bastante completa del compromiso y del procedimiento arbitral (artículos 1.003 a 1.038 inclusivos). En relación al Derecho anterior, se advierte que se abandona el requisito de establecer una pena, considerado esencial en el Derecho romano y en el Derecho común. Como en éste, se consideran dos clases de árbitros, unos los que habrán de decidir según las reglas del Derecho y otros a los que se les da poder de pronunciarse como amigables componedores (art. 1.019). Se deja a la libre voluntad de las partes el que, en el procedimiento arbitral, ellas y los árbitros se aparten de los plazos y formas establecidas para los Tribunales (art. 1.009), y también el que ellas renuncien a la apelación (art. 1.010). Para que la sentencia arbitral alcance valor ejecutivo, se necesita una Ordenanza del Presidente del Tribunal de primera instancia del lugar en que se haya dictado (art. 1.020). Las partes podrán oponerse entonces a la dicha Ordenanza, pidiendo la nulidad de la sentencia arbitral cuando haya causa para ello; entre otros casos, por ser nulo el compromiso (93).

b) *En España.*—El movimiento codificador en España, aunque más tardíamente, sigue un curso paralelo al que tomase en Francia. Como en la Constitución francesa de 1791, también la primera Constitución española, la 1812, se preocupa de salvaguardar el arbitraje. En el capítulo segundo del título quinto, «De la administración de la justicia en lo civil», se comienza estableciendo que «no se podrá privar a ningún español del derecho de terminar sus diferencias por medio de jueces árbitros, elegidos por ambas partes» (art. 280) y continúa diciendo que «La sentencia que dieran los árbitros se ejecutará si las partes al hacer el compromiso no se hubieran reservado el derecho de apelar (art. 281). En el Discurso preliminar leído en las Cortes al presentar el Proyecto de Constitución, se explican y justifican estos artículos diciendo: «El derecho que tiene todo individuo de una sociedad de terminar sus diferencias por medio de jueces árbitros, está fundada en el incontestable principio de la libertad natural» (94). Estos preceptos

(92) El Código civil se termina por Decreto de 15 marzo 1804; el libro tercero del Código de Procedimiento Civil se publica el 29 abril 1806.

(93) Artículo 1.028. Señala los siguientes casos: Que la sentencia se haya dado sin haber compromiso o fuera de sus términos; que el compromiso sea nulo o haya expirado; que se haya dictado por algunos árbitros no autorizados a ello en ausencia de los otros; que lo haya sido por un tercero sin consultar con los árbitros desacordes; si se ha pronunciado sobre alguna cosa no pedida.

(94) Continúa diciendo: «Nuestra antigua Constitución y nuestras leyes le han reconocido y observado en medio de las vicisitudes que ha padecido desde la Monarquía goda. Y en el espíritu de concordia y de liberalidad que hacen tan respetable la institución de los Jueces árbitros, persuaden cuan conveniente sea que los alcaldes de los pueblos ejerzan el oficio de conciliadores en los asuntos civiles e injurias de menor momento». *Constitución política de la Monarquía española, promulgada en*

constitucionales no serán desarrollados, parecen olvidados por la doctrina (95) y no se recogen en las posteriores Constituciones.

La primera disposición legal del siglo XIX, dictada con el fin de regular el arbitraje, es la Ley de Enjuiciamiento civil sobre los negocios y causas de comercio de 24 de julio de 1830 (96). Regula el arbitraje forzoso (97) y el voluntario. Este podría celebrarse por escritura pública o por convenio en el juicio de conciliación y también por contrato privado firmado por las partes. Había de celebrarse consignando el negocio a arbitrar y el nombre de los árbitros; éstos podrían también no ser comerciantes. Respecto al arbitraje en que se debería proceder conforme a Derecho, podrían ejercitarse dos recursos, el de apelación y el de nulidad, pero no el de reducción. Cuando se trataba del laudo de amigables componedores, las partes habrían de conformarse con su ejecución o bien no darle efecto, en cuyo caso, la que se negase, habría de pagar la pena estipulada. Este régimen se aplica sólo a las controversias entre los comerciantes, mientras que respecto a los no comerciantes, el arbitraje se seguiría rigiendo por las Partidas y la Novísima Recopilación (98).

Al tratarse de llevar a buen término la codificación civil, hubo de plantearse la cuestión de cuál sería el lugar adecuado para regular el arbitraje; cuestión de sistemática, que implicaba dar por resuelta la de su propia naturaleza jurídica. García Goyena hubo de encararse con ella. Considera que los Códigos que pueden servir de modelo al español, como el Código civil francés y aquellos otros que le han seguido, no se ocupan del compromiso y habían dejado su reglamentación para los Códigos de procedimiento. Mas agrega la reflexión de que, a pesar de todo, los compromisos son «verdaderos contratos o convenciones, pues que principian y se

Cádiz, en 19 de marzo de 1812. Reimpresa en la Imprenta Nacional de Madrid, 1820, I, p. 82.

(95) He visto una sola escueta referencia al citado artículo 280 en el *Diccionario de Derecho Civil Aragonés* de DIESTE, Madrid, 1869, voz Arbitro, p. 17.

(96) En el título VII, arts. 252 y sig. Esta Ley estuvo en vigor hasta el D. L. de 6 de diciembre de 1868, que aplicando el criterio de la unidad de fuero, que estableciera la Constitución de 1812 (art. 248), suprime los Tribunales especiales de Comercio. El Proyecto de Código de Comercio de 1828 regulaba el Juicio de albedrío en su libro VI (artículos 861-871), publicado por RUBIO, *Sáinz de Andino y la Codificación mercantil*, Madrid, 1950, pp. 359, 360. El Código de comercio de 1829 se refiere a una figura especial de jueces avenidores (arts. 1.206-1.208) en su libro final *De la Administración de Justicia en los negocios de comercio*.

(97) Respecto de las diferencias entre los socios o individuos de una compañía y sobre reclamaciones sobre agravios en la división de bienes de una sociedad. Se recoge lo ya dispuesto en el Código de comercio de 1829, arts. 323 y 345.

(98) ORTIZ DE ZÚÑIGA, *Elementos de Práctica Forense*, Granada, 1841; estudia sucesivamente el arbitraje en general, I, pp. 126-128; el arbitraje en cuestiones civiles, I, pp. 208-222 y el arbitraje sobre negocios mercantiles, I, pp. 222-228.

formar por el solo y libre consentimiento de las partes». Lo que se traduce en que el Proyecto de Código civil de 1851 contenga un título XV, en el Libro III, rotulado «De las transacciones y compromisos», en el que se dedican tres artículos (1.730, 1.731, 1.732) al compromiso; disposiciones, en verdad, sin contenido propio, pues de ellas, se limitan dos a hacer remisiones a lo establecido sobre las transacciones (arts. 1.730 y 1.731) y otra a decir que el modo de proceder de los compromisarios, la extensión y efectos de los compromisos, se determinará en el Código de Procedimientos civiles (art. 1.732) (99).

La esperada Ley de Procedimiento civil, se publica en 1855 (100). En su primera parte, «Jurisdicción contenciosa» se encuentran, el título XV «Del juicio arbitral» (arts. 770-818) y el título VI, «Del juicio de amigables componedores» (art. 819-836). El juicio arbitral es el antiguo arbitraje de Derecho; se basa en el compromiso, que habría de formalizarse en escritura pública y contener los requisitos exigidos por la Ley, bajo pena de nulidad (art. 773); entre aquéllos se cuenta la estipulación de una multa (la antigua pena), que habrá de pagar la parte que deje de cumplir con los actos indispensables para la realización del compromiso, y la de otra multa que el que se alzase del fallo deberá pagar al que se conformase con él para poder ser oído (art. 774, núms. 6 y 7). Respecto de la sustanciación del juicio arbitral, se dictan reglas análogas a las que rigen el juicio ordinario (arts. 788-801) y la sentencia habría de ser conforme a Derecho y a lo alegado y probado (art. 803). Contra dicha sentencia, cabe el recurso de apelación ante la Audiencia y contra esta sentencia se da el recurso de casación (arts. 814, 816). Para el juicio de amigables componedores, se requiere también escritura pública y contener los datos especialmente requeridos por la ley (arts. 820 y 821) y se señala que tiene por fin que la contestación entre partes se decida por los amigables componedores «sin sujeción a formas legales y según su saber y entender» (art. 819). «Estos compromisos producen todas las consecuencias legales que las demás obligaciones» (art. 824). La sentencia de los amigables componedores será ejecutoria y se llevará a efecto de la manera prevenida en la Ley para la ejecución de las sentencias (art. 836) (101).

La asimilación del juicio arbitral al juicio ordinario de primera instancia, no hizo olvidar la sublimación hecha del arbitraje, como expresión de los principios de libertad del ciudadano y de la autonomía de la voluntad. Poco después de publicada la Ley de 1855,

(99) GARCÍA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, Madrid, 1852, IV, pp. 139-140.

(100) Promulgada la Ley de Bases de 13 de mayo de 1855, conforme a lo decretado por las Cortes, el Gobierno publica la Ley de Enjuiciamiento Civil, en 5 octubre 1855, para que empiece a regir desde el 1 de enero 1856.

(101) Como se ha recordado en nota 96, esta Ley se aplica también a los asuntos de comercio, desde la Ley de 1868.

y comentándola, se cantan las excelencias del arbitraje, diciendo «No obstante, según el sistema de una buena ley», el que los litigantes pudiesen utilizar la facultad de la *prorrogatio fori*, «era conforme asimismo que se permitiera constituir un tribunal, obra exclusiva de su voluntad. En esa libertad tan grande, tan ilimitada, consiste una de las principales garantías del individuo: elegir el juez que nos ha de juzgar es lo mismo que constituirnos a nosotros mismos como verdaderamente soberanos, pudiendo decir si somos condenados: esa condena es por boca nuestra, nadie sino nosotros mismos la hemos dictado, toda vez que el que la pronuncia ha recibido de nosotros mismos la investidura» (102).

La posterior reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil no trae consigo ningún cambio de importancia respecto del arbitraje. En ninguna de las diecinueve Bases conforme a la que habría de hacerse la nueva Ley, se menciona el arbitraje (Ley de 21 de junio 1880), y en el texto que las desarrolla (arts. 790-826, R. D. 3 febrero 1881), no se advierten novedades sustantivas. La mayoría de los cambios son de redacción, y también alguno de ordenación de la materia. Así, los antiguos artículos sobre las contestaciones que pueden someterse al arbitraje (arts. 770-772) se llevan a la sección de «Reglas para determinar el juicio correspondiente», en el nuevo artículo 487 (al que se remite el artículo 790). Hay otras disposiciones de carácter complementario (103), pero ni aquéllas ni éstas significan un cambio de sistema o de orientación sobre el significado y alcance del arbitraje.

El Código civil, todavía vigente, trata de los compromisos, y lo hace siguiendo casi al pie de la letra al Proyecto de 1851, aunque recogiendo los tres artículos de éste (1.730, 1.731, 1.732) en sólo dos (1.820, 1.821), en los que remite a lo dispuesto sobre transacciones para la regulación material de los compromisos y a la Ley de Enjuiciamiento civil sobre el modo de proceder, extensión y efectos de los compromisos.

(102) NOGUES, *Tratado de Práctica forense novísima según la Ley de Enjuiciamiento Civil de 5 de octubre de 1855*. Madrid, 1856, II, p. 239.

(103) P. ej., artículo 812, 820, 821, 838, 839. Para mayor detalle y para ver las concordancias y diferencias entre el articulado de la antigua y de la nueva Ley, puede consultarse MANRESA (miembro que fuera de la Comisión Codificadora a la que se debe la reforma), *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Madrid, 1889, IV, pp. 14 y sigs. Sobre el juicio de arbitraje así regulado, hubo de decirse que siendo "en nuestra vida jurídica una curiosidad más que una realidad, debe suprimirse". ALCALÁ-ZAMORA CASTILLO, *Nota para la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Estudios de Derecho Procesal*, Madrid, 1934, p. 237.

III. LA CLAUSULA COMPROMISORIA

1. Significado de la cláusula

El arbitraje, tal y como resultaba regulado por la Ley de Enjuiciamiento civil y también como se venía desarrollando en la práctica, se nos ofrece como una figura jurídica útil, de ámbito modesto, no superior en importancia práctica a la transacción; el arbitraje de Derecho reemplaza la primera instancia ante los Tribunales ordinarios, permitiendo así aligerar la tramitación del asunto; el arbitraje de equidad facilita el medio de resolver una controversia sin tener que atenerse a las formalidades y reglas legales.

La cláusula compromisoria es la que potenciará el arbitraje y lo hace al máximo. Mediante su empleo, se consigue poder designar, previamente, como árbitro, a persona de la confianza de una de las partes, para que sea ella quien decida cualquier controversia que pueda surgir de una relación jurídica ya nacida entre ambas; eliminando al efecto, en mayor o menor medida el control judicial. En la práctica, vendrá por ello a ser el arbitraje usado de modo más corriente, aquel que resulta de haber sido empleada la dicha cláusula (104). Impuesta por las fuerzas más o menos ocultas que manejan el tráfico internacional, les permitirán liberarse de cualquier disposición legal que les resulte molesta; lo que ha hecho del arbitraje un instrumento tan eficaz como peligroso.

En el antiguo Derecho, no se plantea siquiera la posibilidad de la cláusula compromisoria. Ella se presenta y se extiende a mediados del siglo XIX. No parece que se haya estudiado debidamente su origen. Posiblemente se pensó en ella a la vista del hecho que, en Inglaterra y en Alemania, ciertas organizaciones de comerciantes hacían que sus miembros acudiesen o que impusieran en sus contratos el recurrir a arbitadores, en el sentido de mediadores o peritos, para dirimir sus diferencias, en especial sobre la calidad de las mercancías contratadas. La poca claridad de la doctrina sobre la diferenciación entre árbitro y arbitrador, vendría a facilitar la extensión de la cláusula de arbitrajes a cualquier otro caso de posible futura controversia. Los letrados asesores de las empresas, en especial los de las dedicadas al tráfico internacional, serán los que generalicen en la práctica el empleo de la cláusula compromisoria, en los contratos entre comerciantes.

(104) En el texto del *Reglamento de arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Internacional (CNDMI)*, se ha creído imprescindible acompañarlo de un *Modelo de cláusula compromisoria*: "Todo litigio, controversia o reclamación resultante de este contrato, su incumplimiento, resolución o nulidad, se resolverán mediante arbitraje de conformidad al Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, tal como se encuentra en vigor".

2. *La validez de la cláusula en el Derecho francés.*

La cuestión de la validez de la cláusula compromisoria se planteará pronto en Francia. Los Tribunales se encuentran ante una difícil disyuntiva. De un lado, al respecto a la voluntad de las partes, basado en el principio de la libertad (105) impulsaba a dar plena eficacia a la cláusula (106). Del otro lado, estaba el deber de atenderse a la letra de la Ley, y en el Código de Procedimiento civil se dice que «el compromiso designará los objetos en litigio y los nombres de los árbitros bajo pena de nulidad» (art. 1.006); requisitos que no reúne la cláusula compromisoria. Prevalecerá esta última consideración, desde la sentencia en casación de 10 de julio de 1843, con la que se afirma y consolida en este sentido la jurisprudencia, decidiéndose en contra de la eficacia de la dicha cláusula (107).

La presión de los comerciantes, hará que lleguen a las Cámaras francesas varios proyectos de ley para permitir la cláusula y que, al fin, logren que por la Ley de 31 de diciembre de 1925, se modifique el Código de comercio, admitiendo la cláusula compromisoria, aunque sólo entre «negociantes, mercaderes y banqueros», «respecto de las controversias relativas a los actos de comercio» (108). Esta Ley permite que la cláusula compromisoria se vaya utilizando cada más en el campo de los negocios, y esto hará tam-

(105) En la "Declaration des droits de l'homme et du citoyen" (3 septiembre 1791) se declara que "La libertad consiste en poder hacer lo que no perjudica a otro: así, el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre no tiene otros límites que los que aseguran a los otros miembros de la sociedad estos mismos derechos. Estos límites no pueden ser determinados más que por la Ley". Cuyo desarrollo se encuentra en el artículo 1.314 del Código civil, que establece que "Los convenios legalmente formados tienen valor de Ley para los que lo han hecho".

(106) Se aducía, además, el art. 51 del Código de comercio, que establece el arbitraje necesario para las controversias entre asociados y el art. 332 del mismo Código, que lo impone en el contrato de seguro. También se alega que el art. 1.006 del Código de Procedimiento civil se refiere sólo al compromiso y no a la cláusula compromisoria.

(107) Se nos dice allí que "no hay en los árbitros las cualidades que se está seguro de encontrar en los magistrados: probidad, imparcialidad, competencia, delicadeza de sentimientos, necesarias para juzgar"; el requisito de nombrar en el compromiso quiénes serán los árbitros "tiene por fin principal poner en guardia a los ciudadanos respecto a su propia irreflexión, que le llevaría a suscribir con demasiada ligereza a irreflexión, arbitrajes futuros, sin tener la certidumbre de tener por jueces voluntarios personas capaces y dignas". Se señala que el artículo 1.314 del Código civil se refiere a "los convenios legalmente formados", lo que requiere que estén formados conforme a lo mandado en el art. 1.106 del Código de Procedimiento civil. Se responde también, que el artículo 332 del Código de comercio, es una regla particular del Seguro Marítimo (arbitraje necesario). Se aduce, además, que el arbitraje voluntario es una derogación de la competencia judicial, que constituye la jurisdicción común y que toca al orden público.

(108) La Ley modifica el artículo 631 del Código de comercio, que determina la competencia de los Tribunales de Comercio, añadiendo un

bién que se advierta su peligrosidad; por lo que se buscará restringir el campo de su aplicación. Una ley de 22 de julio de 1972, vendrá a introducir en el Código civil un título sobre los compromisos (arts. 2.059-2.061), en el que después de señalar qué personas pueden convenir los compromisos (art. 2.059) y sobre qué materias pueden hacerlo (2.060), se establece que: «La cláusula compromisoria es nula si no se dispone otra cosa por la Ley (109).

3. *La validez de la cláusula en el Derecho español, antes de la Ley de arbitraje.*

El antiguo Derecho español, siguiendo al Derecho común, ha visto la función del árbitro como la de otro Juez; es decir, para terminar un litigio ya existente. No parece se llegara a pensar en la posibilidad de que las partes hubieran de someterse al arbitraje, respecto de unas futuras posibles controversias. Estado de la doctrina que se refleja en las leyes. Las Partidas, en el modelo de carta de compromiso que ofrece en el título «de las escrituras», se cuida de señalar que en ella había de consignarse que lo convenido era «sobre tal contienda o pleyto que era entre ellos» (110). Después, la Ley de Enjuiciamiento civil de 1855, al regular el Juicio arbitral, precisa como uno de los requisitos de la escritura de compromiso, el que en ella conste: «El negocio que se someta al fallo arbitral, con expresión de sus circunstancias» (art. 774, 3.º), bajo sanción de nulidad (art. 775); respecto al juicio de amigables compondedores, se dispone que la escritura pública de compromiso habrá de contener: «La debida expresión del negocio que se sujeta a su fallo» (art. 822, 3.º), y que a falta de dicha circunstancia la escritura sería nula, de ningún valor ni efecto (art. 823) (111). La nueva Ley de Procedimiento civil de 1881, reproduce el contenido de dichos preceptos, con sólo variantes de redacción (arts. 793, número 3.º y 828).

nuevo párrafo que también dice, «sin embargo, las parte podrán, cuando contratan, convenir el someter a árbitros las controversias después enumeradas, cuando lleguen a producirse».

(109) Sobre la cláusula compromisoria en el Derecho francés, RUBELIN-DEVICHI, *L'arbitrage. Nature juridique. Droit Interne et Droit international privé*, París, 1965, pp. 20-22; ROBERT, *Arbitrage civil et commercial, en droit interne et droit international privé*, 4.ª ed., Dalloz (s.d.), pp. 126-127; SCHLOSSER, *Das Recht der internationalen privaten Schiedsgerichtsbarkeit*, Tübingen, 1975, I, Systematische Darstellung, p. 255.

Se utiliza, para introducir en el Código civil las disposiciones sobre el compromiso, el hueco que había dejado el antiguo título XVI «De la contrainte par corps en matière civile», al ser derogado por Ley de 22 julio 1867.

(110) P. 3,18,16. Se recoge juez avenidor por las partes «para librar la contienda que es entre ellos», P. 3,4,23.

(111) Lo que se traduce en la definición del compromiso, «contrato por el cual se convienen los litigantes en someter su cuestión al arbitrio de una o varias personas, sometiéndose a su decisión», FERNÁNDEZ ELÍAS, *Novísimo Tratado, histórico y filosófico, del Derecho civil español*, Madrid, 1873, p. 641, § 6.

No creo se haya investigado o averiguado cuándo y cómo aparecen las cláusulas compromisorias en la práctica jurídica española. Posiblemente, su introducción se debe al contacto con empresas extranjeras. Al no haber España participado activamente en la revolución industrial, la mayor parte de la industria española quedó en manos de capital extranjero. Ferrocarriles, minas, electricidad, tranvías, casinos, grandes hoteles, pertenecen a sociedades extranjeras y están dirigidas por técnicos extranjeros. Unos y otros procuran imponer en sus contratos las cláusulas compromisorias, sea por desconfianza hacia los Tribunales y leyes indígenas, sea con el propósito de asegurarse el nombramiento de árbitros favorables a sus intereses o que sean conocedores de los problemas específicos de la rama del comercio o de la industria de que se trate (112).

La reacción de los Tribunales españoles frente a la cláusula, se produce también en dos direcciones, como en Francia, aunque en otro orden y con diferentes motivos. Primeramente se considera ser nulo el compromiso, al no haberse formalizado conforme a lo dispuesto por la Ley de Enjuiciamiento Civil. En un caso, en el que la Audiencia condenó a los litigantes a que procediesen a otorgar la correspondiente escritura de compromiso, con arreglo a lo pactado y con los requisitos y formalidades que previenen las disposiciones procesales, el Tribunal Supremo casa la sentencia del inferior, «considerando que si es inconcuso que los Tribunales no pueden reconocer y sancionar con sus decisiones convenios que de Derecho sean nulos, es también inconcuso que no pueden condenar a las partes a que los sustituyan con otros que sean válidos, imponiéndoles, así, obligaciones y creando derechos ajenos a su voluntad y propósito» (113).

(112) Caso típico: Los arrendatarios franceses del Casino de San Sebastián, por documento privado, otorgado en París, arriendan los juegos, bajo una cláusula que dice que: "en caso de controversias que pudieran sobrevenir con motivo de la interpretación de este contrato, las partes renuncian formalmente a presentarse ante ningún Tribunal judicial y se comprometen expresamente y sin reservas de ninguna clase, a aceptar como soberanas y sin apelación, las sentencias pronunciadas por un Tribunal nombrado por B. y C. (los arrendadores) o sus cesionarios y otro nombrado por C. D. (el arrendatario) y un tercero sacado a la suerte entre los abogados adscritos al Tribunal del Sena. Cláusula semejante se encuentra en el contrato celebrado entre unos banqueros de París, arrendatarios del Casino y quienes toman en arrendamiento los servicios de restaurante, entradas y abonos al Casino (excepto los juegos); cláusulas que fueron objeto de las Sentencias del Tribunal Supremo de 20 de marzo y 20 de mayo de 1889.

(113) S. TS. 4 mayo 1878. Las Sentencias de 20 marzo y 20 mayo 1889 en los casos citados en la nota anterior, declaran que el compromiso de someterse a juicio arbitral, sin recurso alguno, no puede cumplirse en España, por ser contrario en el fondo y en la forma a lo preceptuado en las leyes. La primera sentencia, confirmando la del inferior, que no da lugar a la excepción de incompetencia de jurisdicción; la segunda, casando, por haber dado lugar a la excepción de incompetencia. También S. T. S. 19 junio 1891 y 4 noviembre 1899.

Un cambio de orientación se opera en la Jurisprudencia, al considerar la cláusula compromisoria como una manifestación normal de la autonomía de la voluntad (114). Se dirá que, «si bien la Ley de Enjuiciamiento Civil determina las reglas y condiciones con que han de formalizarse los compromisos de someter las cuestiones a juicios de árbitros o de amigables componedores, esto no quiere decir que no sea perfectamente válido en Derecho el pacto en virtud del que convienen las partes, como en el caso del presente recurso, en hacerlo así; derivándose de él la acción correspondiente para obligarse mutuamente a realizar lo convenido en la persona que, según la misma Ley se requiere, cualesquiera que sean los efectos que en su caso y día produzca la falta de avenencia entre los obligados» (115).

El Tribunal Supremo intentará conciliar así el respeto casi superticioso al principio de la autonomía de la voluntad, que se piensa había consagrado el Código Civil, con el deber de atenerse al mandato terminante de la Ley rituaria. A este efecto, la eficacia de la cláusula compromisoria se descompone artificialmente. Se le interpreta o se le convierte en una promesa de someter las futuras controversias al arbitraje o a la amigable composición; promesa que no hará que nazca por ella misma el compromiso, ya que le faltan los requisitos exigidos por la Ley de Procedimiento Civil. Su eficacia consiste, en que origina una obligación para las partes, la de otorgar el compromiso con las condiciones establecidas por la Ley procesal. Es decir, habría de elevarse a escritura pública y las partes tendrían que ponerse de acuerdo sobre las cuestiones a juzgar en concreto y sobre la designación de los árbitros o amigables componedores. En caso de negativa de una de las partes, se atiende a que se trata de una obligación de hacer personalísima y que, por ello, no puede ser sustituida por la acción de otro, ni siquiera por la del Juez; mas, como incumplimiento de una obligación de hacer dará lugar a la indemnización de daños y perjuicios (116). En cambio, en el ámbito procesal, la jurisprudencia aunque no sin vacilaciones se inclina en favor de admitir que la cláusula permite oponer la excepción de falta de competencia frente a la otra parte, que hubiera llevado el pleito ante los Tribunales ordinarios. Doctrina que ha merecido, en su conjunto, la crítica de los autores, por conducir a que la cláusula resulte prácticamente ineficaz y por ser causa de pleitos e innecesarias com-

(114) Todavía contra la declaración de ser nulo un pacto de promesa de compromiso arbitral, se recurre por infracción del principio "pacta sunt servanda"; no se da lugar, entendiendo el T. S. que no se había infringido y que se había aplicado debidamente el art. 828 y 793, núm. 3.º L. E. C., S. T. S. 26 mayo 1888.

(115) SS. T. S. 10 noviembre 1903, 9 julio 1947. También, entre otras, las de 3 octubre 1908, 8 diciembre 1925, 23 abril 1927, 24 marzo 1947.

(116) Pero, cuya existencia y alcance será prácticamente imposible probar. Comp. S. T. S. 9 julio 1940, 13 febrero 1953, entre otras.

plicaciones (117). Disimulada ineficacia resultante para cláusula compromisaria que ha llevado a decir que se le convertía en «una especie de perro del hortelano jurídico» (118).

No obstante la postura negativa de los Tribunales, en la práctica se siguió utilizando la cláusula compromisoria, como cláusula de estilo en la mayor parte de los contratos mercantiles, incluso en muchos ajenos al comercio (119). Para encontrar una posible base para su eficacia, se acude a veces al artículo 2.177 de la Ley de Enjuiciamiento civil (120). Recurso que, aunque patrocinado por algún autor (121), se revela insuficiente (122); ya que dicho artículo se encuentra en el título VIII del libro III de dicha Ley que como muestra su epígrafe, trata «Del nombramiento de árbitros y del de peritos en el contrato de seguros», es decir, de aquellos casos de arbitraje necesario y de arbitramento establecidos por el Código de Comercio de 1829; preceptos que por su especialidad, no caben sean aplicados a supuestos de distinta naturaleza (123). De hecho,

(117) Sobre ello, con citas de jurisprudencia, CARRERAS, *Contribución al estudio del arbitraje (Estudio de Derecho mercantil comparado)*. Rev. del Inst. de D. Comp., Barcelona, núm. 1, julio 1953, pp. 125-129. Estudio reproducido en FENECH, CARRERAS, *Estudios de Derecho Procesal*, Barcelona, 1962, pp. 433-466. También OGAYAR, *loc. cit.*, p. 122. RAMÍREZ LÓPEZ, *El arbitraje de Derecho privado en España*, Libro-Homenaje de Roca Sastre, 1976, III, p. 944.

(118) GUASP, *El arbitraje en el Derecho español*, Barcelona, 1956, p. 37.

(119) CARRERAS, *loc. cit.*, pp. 118, 119.

(120) A tal efecto, se redacta con el siguiente tenor: "Todas las cuestiones incidencias, dudas o diferencias que en cualquier tiempo se susciten entre los interesados con motivo del cumplimiento o de la interpretación del presente contrato, serán resueltas por amigables componedores nombrados extrajudicialmente por las partes con arreglo a la Ley de Enjuiciamiento Civil, y, en defecto de acuerdo, en la forma prevenida en el artículo 2.177 del propio Cuerpo legal, a cuya decisión o *laudo*, debidamente dictado, se someten por sí y por sus herederos, por así convenirlo por ahora, y a cuyo fin se obligan a otorgar, en su caso, la oportuna *escritura de compromiso*, conforme a Derecho y con prohibición de acudir a los Tribunales bajo pena de costas y resarcimiento de perjuicios como no sea para compeler al cumplimiento de este pacto y al del *laudo* que se dicte". BATALLA, *Contratos de transacción y compromiso. Composición amistosa. Juicio de árbitros y de amigables componedores*. Barcelona, 1945, p. 47. El autor proponía se señale el número de árbitros y si habían de actuar como árbitros o como amigables componedores. Sobre la aplicación del art. 2.177, DÍEZ PICAZO, *El Pacto compromisorio y la nueva Ley de Arbitraje*, A. D. C., VII-4 (1954, Oct.-Dic), pp. 1169-1170.

(121) CARRERAS, en contra de la autoridad de Manresa y apoyándose en la de Prieto Castro, *Estudios de Derecho Procesal* (citado en n. 117), p. 444 y nota 1.^a. También RAMÍREZ-LÓPEZ, *El arbitraje en el Derecho privado de España*, en Libro-Homenaje a Ramón M.^a Roca Sastre, Madrid, 1976, III, p. 946.

(122) Comp. OMAR Y GELFI, *La cláusula de amigable composición*, R. D. Pr., abril 1946 (núm. 349), pp. 274-275.

(123) Suprimido el arbitraje forzoso por el Código de comercio de 1885, ha desaparecido la base para la aplicación de las citadas disposiciones de la Ley de Enjuiciamiento Civil; así, MANRESA, *Comentarios*

la cuestión no parece fuera planteada debidamente ante el Tribunal Supremo, respecto de pactos posteriores a la entrada en vigor del Código de comercio de 1885, que suprime los árbitros necesarios (124).

La situación descrita no cambia con la ratificación por España del Protocolo de Ginebra de 24 de septiembre de 1923, y del Convenio de Ginebra de 26 de septiembre de 1927. En ellos, se hace referencia a Sentencias arbitrales extranjeras dictadas a consecuencia de cláusulas compromisoras válidas; mas el «exequatur» a ellas debido será al laudo hecho firme en el país donde hubiere sido dictado, no teniendo la mera cláusula compromisoria extranjera otro valor que el que corresponde a la establecida en un contrato celebrado en España.

La cláusula compromisoria alcanzará otro significado y otra importancia con la publicación de la Ley de 1953, la que apartándose de la tradición jurídica española y sin tener en cuenta las precauciones que, frente a posibles abusos de la figura, se establecen en tantas leyes extranjeras e incluso en los Convenios internacionales, ha venido a concederle una incontrolada e ilimitada eficacia.

IV. VENTAJAS E INCONVENIENTES DEL ARBITRAJE.

1. *Del arbitraje.*

El recuerdo de las vicisitudes de la regulación del arbitraje, ha hecho que se llegue al mismo umbral de la Ley sobre Arbitrajes Privados de 1953. Antes de comenzar su estudio y examen crítico, ha parecido necesario hacer todavía alguna disgresión sobre el subcontrato social del arbitraje y de la cláusula compromisoria y los presupuestos de que parten para valorarlo la doctrina y las legislaciones.

El arbitraje, debido a sus dos fases, la de contrato de compromiso y la de proceso arbitral, ha sido en la época moderna, desde la Codificación, figura descuidada por civilistas y procesalistas; que piensan que su estudio, al menos en parte, le es ajeno. En cambio, ha florecido una rica literatura de especialistas del arbitra-

o la *Ley de Enjuiciamiento Civil reformada*, Madrid, 1895, VI, pp. 570-571.

(124) La S. T. S. 18 mayo 1892, dice que la cláusula es válida, aunque no reúna la escritura de compromiso los requisitos exigidos por la ley procesal, porque "a falta de convenio de las partes, tiene prescrito su desarrollo en los artículos 2.175 y siguientes de la Ley citada"; pero, se trataba de una cuestión que había de decidirse conforme al Código de comercio de 1829, pues la escritura de sociedad en la que se incluye la cláusula es del 16 de abril 1881, y el nuevo Código mercantil entró en vigor el 1.º de enero de 1886. En S. T. S. 25 abril 1896 se considera, sin embargo, aplicable el art. 2.177 L. P. C. "cuando se hubiere estipulado someter a su decisión (de árbitros o amigables componedores) cualquier asunto mercantil"; en el caso se trataba del convenio que celebra una casa de comercio con sus acreedores.

je. Sus libros contienen, en general, no sólo un encendido elogio de la figura estudiada, sino también una especie de cómputo de sus ventajas e inconvenientes. Hecho ya, de por sí mismo, notable y que no se observa respecto de otras instituciones jurídicas. Siendo especialmente significativo el que ese balance de pros y contras del arbitraje, se acostumbre a hacer sólo desde que empieza a usarse y a convertirse en cláusula de estilo la cláusula compromisoria. Examen de méritos que, aunque hecha corrientemente con evidente simpatía por el arbitraje y por la cláusula compromisoria, permite atisbar la infraestructura de los intereses en juego.

Entre las enumeraciones de ventajas e inconvenientes que pueden encontrarse reseñados por los autores (125), quizá ninguna sea tan gráfica como aquella que contrapone el arbitraje al procedimiento judicial, destacando al primero con las notas de rápido, fácil y barato, y caracterizando al segundo de lento, complejo y caro (126). Esta contraposición, que viene a condensar la opinión de muchos autores y prácticos del Derecho, no se ha podido aceptar sin reservas, por unos y otros; aunque no pueda negarse que tiene mucho en su abono.

Lo barato del arbitraje no resulta a menudo de acuerdo con la realidad. Las partes, siguiendo el procedimiento judicial, no tienen que pagar a los Jueces; los árbitros, en cambio, han de ser remunerados y siendo por lo general profesionales de gran prestigio, sus honorarios resultan muy elevados. Además, habrá que atender a las costas del procedimiento arbitral, a los gastos de secretariado, además de los abogados, notarios y peritos. No existiendo además en el arbitraje la defensa por pobre (127).

(125) Pueden citarse, por ejemplo, VALCARCE, *El Arbitraje privado*, Rev. D. Procesal, X (1954, abril-marzo), pp. 181-185; OGAYAR, *loc. cit.* en nota 7, pp. 66-68; CHILLÓN Y MERINO, *loc. cit.*, nota 1, pp. 58-59; FOUCHARD, *L'Arbitrage commercial international*, París, 1965, pp. 1-3; RUBELLIN-DEVICHI, *loc. cit.*, nota 91, pp. 23-24; SANDERS, *Trends in the Field of International Commercial Arbitration*, Rec. des Cours, Ac. de D. I., 1975, II, Leyden, 1976, pp. 213-217; MINOLI, en Prefazione a MARANI, *Aspetti negoziali e aspetti processuali del arbitrato* (Contributo alla dottrina del arbitrato), Torino, 1966, pp. XIII-XVI; VECCHIONE, *L'arbitrato nel sistema del proceso civile*, Milano, 1971, pp. IX-XI; MÜNZBERG, *Die Schranken der Parteivereinbarungen in der privaten internationalen Schiedsgerichtsbarkeit*, Schriften zum Prozessrecht, Berlín, 1970, p. 31.

(126) FOUCHARD, *loc. cit.* antes citado, p. 1. Opinión que enseguida matiza señalando las desventajas del arbitraje.

(127) En algunos países, se nos dice que la práctica del arbitraje no se ha generalizado porque a veces resulta muy caro; así, BERNARD, sobre Bélgica, en *Arbitrage international commercial. International Commercial Arbitration*, en SANDERS (*Rapporteur general*) I, París, s. d., p. 120. FOUCHARD recuerda el arbitraje del gato Raminagrobis, "árbitro experto en todos los casos", escogido por mutuo acuerdo por la comadreja y el conejo para decidir su diferencia, y que se comió a los dos: rápido, simple y poco costoso; *loc. cit.* antes citado, p. 1, nota 1. En ciertos casos, el arbitraje resulta más largo y costoso que el procedimiento ante los Tribunales del Estado; HOFFMAN, *Internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit*, Frankfurt a M. Berlín, 1970, p. 17. También comp. SARRE, *Arbitration clauses in Oil Industrie in the Middle East*, en *Internacional*

La rapidez de procedimiento importa mucho al litigante de buena fe y, en especial, a industriales y comerciantes (inmovilización de capitales, deterioro de mercancías) y no puede ocultarse que, por imperfección de las leyes y falta de personal, los Tribunales ordinarios funcionan con excesiva lentitud (128). Además, en estos Tribunales, hay una doble instancia, lo que no es corriente en el arbitraje (129).

La simplicidad del procedimiento arbitral no se logra siempre; una de las partes puede negarse a cooperar o poner obstáculos al desarrollo de las diligencias previas y, con más facilidad que ante los Tribunales de Justicia, alegar falta de competencia del Tribunal arbitral, recusar árbitros, pedir se declare nulo el compromiso o el laudo e impugnar éste ante los Tribunales ordinarios (130).

Se citan todavía otras ventajas del arbitraje. Así, la de evitar la

Commercial Arbitration, N. Y., London, 1974-1975, p. 336. Comp. SANDERS, *International Commercial Arbitration*, Ned. Tydschrift voor I. R. XX-1 (1973), pp. 37-41; HILL, *The Law of Arbitration*, 2.^a ed., London, 1975, p. 5 (distingue entre cuestiones de hecho y de derecho).

(128) En Dinamarca se nos dice que no está muy extendido el arbitraje, debido a que allí la Administración de Justicia es comparativamente rápida, particularmente en los procesos mercantiles, y también a que el Tribunal marítimo y comercial de Copenhague goza de una muy buena reputación, HJÆLLE, en *Arbitrage International*, cit., I, p. 154.

En los estudios dedicados a las instituciones para el arbitraje del *Handbook of International Arbitration in International Trade. Facts, Figures and Rules*, edited by COHEN, DOMKE, EISENMANN, Amsterdam, N. Y. Oxford, 1977, se dice que en la "Chambre Internationale de Commerce" de París, el caso más rápidamente decidido duró tres meses, que la duración normal de los arbitrajes venía a resultar de dos años y que había uno comenzado hace diez años y que no había concluido en 1977.

En los arbitrajes que se han de celebrar no por instituciones, se establece de ordinario un plazo para que se dicte el lado; pero, a menudo se solicita y concede su prórroga; también hay casos en que es necesario nombrar nuevos árbitros y en que, agotado el plazo, hay que acudir a los Tribunales judiciales.

(129) Sin embargo, la "Chambre Arbitrale" de París (Reg. de 25 mayo 1960) consta de una "Commission de premier degré" (arts. 13-16) y de una "Commision de deuxième degré" (arts. 17-19), cita de RUBELLIN-DEVICHI, pp. 367 y sig. El Reglamento de conciliación facultativa y de arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, de 1 de junio de 1975, no establece una segunda instancia, pero el laudo arbitral queda sometido al examen previo de la "Cour d'arbitrage" (art. 21). También en el Tratado de arbitraje lanero internacional (art. 70) y en el Reglamento para arbitrajes en Barcelona, para las operaciones de importación (art. 80), está prevista la apelación (citas en *Recopilación de usos, costumbres y prácticas mercantiles seguidas en España*, CONSEJO SUPERIOR DE CÁMARAS DE COMERCIO, Madrid, 1964, pp. 1061 y 1064. En los países del "Common Law" es corriente establecer un "Appeal Committee" o un "Board of Appeal", VAN DER BERG, *Etude comparative du droit de l'arbitrage commercial dans les pays de Common Law*, Aix, Marseille, 1977, p. 126; RUSSELL, *On the Law or Arbitration*, ed. 16.^a, by WALTON, London, 1970, p. 342.

(130) No obstante su práctica inutilidad, a resultas de la Ley de 1953, son muchos los recursos de casación que contra los laudos llegan a nuestro Tribunal Supremo.

publicidad. Ya Ulpiano mencionaba que al árbitro se confiaban secretos e intimidades que las partes podían querer no revelar (131); lo que hoy se estima de especial importancia en las relaciones comerciales, dado el peligro de la competencia. Con ello se pierde la garantía que la obligada publicidad supone para las partes, mientras que el secreto del procedimiento arbitral puede encubrir fraudes a la inspección fiscal y llevar a la decisión arbitral cuestiones que importa ocultar a los Tribunales por su naturaleza ilegal o ilícita, por ejemplo, sobre explotación de casas de lenocinio, juegos prohibidos, exportación de divisas, repartos de zonas para evitar la competencia o para mantener prácticas monopolíticas (132).

En ciertos casos puede ser importante la elección de un técnico como árbitro, por ejemplo, cuando se trata de cuestiones sobre la calidad de una mercancía. En ellos está bien justificado el que se prefiera entregarlas a la decisión de un experto en la especialidad del tráfico de que se trate. Respecto de los demás casos, se ha preguntado el porqué se ha de preferir un particular a un Magistrado, para una función tan delicada como la de juzgar, para la que se requiere independencia y un cultivado sentido de la Justicia (133).

En fin, no puede desconocerse lo limitado del poder arbitral; requiere la colaboración del Juez, no sólo para la ejecución del laudo, sino también respecto de ciertas pruebas; además de que no lo tiene que para ordenar medidas preventivas (embargo) y para atender una reconvencción.

La enumeración de ventajas y desventajas del arbitraje, puede bastar para concluir que se trata de una figura, no sólo avalada por una práctica secular, sino que sigue pudiendo ser útil en varios casos y circunstancias. También muestra, que no es una panacea de tal virtud que justifique cualquier medio por el que se llegue a imponer el arbitraje. No resulta suficiente ponderar las ventajas del arbitraje para deducir que también ellas se dan en la cláusula compromisoria. La aceptación y el control de ésta ofrece otros problemas, los propios de su especial naturaleza.

2. *Del arbitraje por cláusula compromisoria.*

La peculiaridad de la cláusula compromisoria se suele disimular, como si fuera una simple etapa previa (precontrato), en el proceso de formación del contrato de compromiso (134). Mas

(131) D. 4,8,3, § 1.

(132) Ejemplo de una cláusula compromisoria, con el propósito de asegurar una operación de corrupción. DERAIS, en *New Directions in International Trade Law*, Unidroit, N. Y., 1977, II, p. 613.

(133) FOUCHARD, *L'arbitrage commercial international*, Paris, 1965, pp. 2 y 3. Sobre el peligro, en ciertos medios, del arbitraje de equidad o por amigables componedores, VALCARCE, *El arbitraje privado*, Rev. D. Proc., X (1954, abril-mayo), pp. 364-365.

(134) GUASP, nos dice: "Sencillamente, es la importancia del hecho del arbitraje la que explica su preparación"; como antes de la Ley, los proyectos; antes del matrimonio, la promesa; antes del contrato, el pre-

entonces, habremos de preguntarnos: ¿Qué se adelanta bautizando a la cláusula compromisoria de precontrato o de contrato preliminar de arbitraje? ¿Sustituir una incógnita por otra cuestión dudosa? Pues habrá que preguntarse: ¿Qué se entiende por contrato o por promesa de contrato? ¿El concepto aceptado por la mayoría de la doctrina de los autores y de la Jurisprudencia? Para que el precontrato exista y tenga eficacia jurídica, se piensa que habrá de «determinar suficientemente ("zur Genüge") el contenido del contrato futuro, pues se habrá de celebrar en base a aquél» (135), o sea, que contenga los requisitos esenciales propios del contrato que se prepara (136). Así, se entiende que la promesa de vender, en la que no se fije el precio y el objeto que se ha de vender, no obliga como precontrato. En la cláusula compromisoria, nos hallamos ante una promesa de someter una eventual, posible, futura controversia al arbitraje, sin determinar, en concreto, la controversia de que se trata, sin tener que designar quien habrá de actuar como árbitro y sin necesidad de guardar los requisitos de capacidad y de forma exigidos para el contrato principal. No parece, por tanto, que la referencia a la figura del precontrato baste para justificar la eficacia de la cláusula compromisoria; así lo ha entendido la jurisprudencia del Tribunal Supremo; será necesario, para que resulte eficaz la dicha cláusula, que la imponga como válida una norma jurídica, sea legal o consuetudinaria.

Existe una diferencia esencial entre el arbitraje que resulta de un compromiso y el que deriva de una cláusula compromisoria. Los que celebran un compromiso saben lo que hacen y a lo que se exponen; conocen la controversia a decidir y sus circunstancias, y se ha elegido como árbitro a alguien que también se conoce y que ofrece a ambas partes, en aquel momento, la debida confianza para realizar la función arbitral —cuando por virtud de la cláusula compromisoria sea el Juez quien designa al árbitro, éste no lo será

contrato; "la preparación de una figura jurídica está en razón directa de su trascendencia; y a mayor importancia de una relación jurídica, más necesidad hay de su preparación". *El arbitraje en el Derecho español*, Barcelona, 1956, pp. 78-79. Teoría que parece haber aceptado OGÁYAR, *Creación judicial del Derecho*, Discurso leído en el acto de recepción de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 1975, p. 96. *El contrato de arbitraje y la institución arbitral*, Madrid, 1977, pp. 123-124.

(135) Así, en los Motivos del Código civil alemán, cita de FLUME, *Allgemeine Teil des Burgelichen Recht*. II, *Das Rechtsgeschäft*, Berlín, Heidelberg, New York, 1965, § 33,7, p. 614.

(136) Sobre estas cuestiones, me permito remitirme a lo que dijera en *La promesa de contrato, algunas notas para su estudio*, A. D. C., III-IV (octubre-diciembre 1950), pp. 1133-1186; además, el erudito estudio de BLOMEYER, *La promesse de vente vaut vente*, Sonderdruck aus "Festschrift für Leo Raape", pp. 269-303, que no pude utilizar en mi citado trabajo. También SÁNCHEZ VELASCO, *Contrato de promesa y promesa de contrato*. An. Acad. Matritense del Notariado, VI, Madrid, 1952, pp. 451 y sig., en esp. p. 515.

por gozar de la confianza de las partes—. En todo arbitraje juega un azar, y mayor que poniendo la cuestión en manos de los Tribunales (137); más, mediante la cláusula compromisoria, se llega al arbitraje a ojos cerrados y, a veces, frente a quién juega con las cartas marcadas; ya que la dicha cláusula suele insertarse entre las condiciones generales impuestas al contratante más débil, al que, además, puede imponerse un árbitro o una institución arbitral de la que espera favor la parte económicamente más poderosa. La cláusula compromisoria, escondida en la letra pequeña del contrato, entre el oscuro fárrago de condiciones, puede surgir de pronto como muralla inexpugnable frente a cualquier reclamación de comprador (138).

Parece evidente que el arbitraje y la cláusula compromisoria responden a dos concepciones jurídicas distintas y que corresponden a momentos e ideologías diferentes; por lo que no pueden transportarse consideraciones apropiadas a la una para justificar a la otra.

Con lo dicho, no se quiere negar que la cláusula no haya sido y siga siendo el motor del moderno desarrollo y de la importancia actual del arbitraje (139); se pretende destacar que el señalado auge de la cláusula compromisoria tiene su propia causa; se debe, ante todo y sobre todo, a un cambio en la situación de las relaciones económicas, a unos nuevos hechos para los que la ordenación jurídica existente no ofrecía remedio adecuado. El comercio internacional, antes de importancia secundaria, ha venido a convertirse en algo esencial para la economía de muchos países. Desarrollo de dicho comercio, tan importante para los más industrializados, que no encuentra respuesta adecuada en las legislaciones nacionales, ni siquiera en los que han dictado normas especiales para el comercio exterior. Desplazado en la época moderna el «*ius commune*» por los Derechos nacionales, el comerciante o el empresario se encuentra ante la amenaza de la aplicación de disposiciones que le son extrañas, difíciles de conocer, de las que desconfía, que son diferentes o contrarias entre sí y de las que temerá le resulten poco favorables a sus intereses; y todavía, para colmo de inconvenientes, se encuentra ante la dificultad de saber cuál podría ser la Ley aplicable a una posible controversia entre los contratantes. Como re-

(137) De lo que advierte el P. MOLINA, XXX, § 7; V, pp. 88-89 (loc. cit. en nota 59).

(138) En la práctica notarial se procura garantizar la independencia del árbitro, designando como tal a persona de un alto nivel social, p. ej., al decano del Colegio de Abogados, al decano del Colegio Notarial, al presidente de la Cámara de Comercio. Mas antes de que se haga jugar la cláusula y, en especial, desconociéndola, nada les impide a ellos aceptar o haber aceptado encargos lucrativos de una de las partes; lo que hará dudar de su imparcialidad e independencia. Lo que no ocurre con el juez, dadas las disposiciones sobre incompatibilidades.

(139) RUBELLIN-DEVICHI, dice que con la aprobación legal de la cláusula comienza lo que se ha podido llamar "el renacimiento del arbitraje", loc. cit., p. 22.

medio útil y seguro frente a tales inconvenientes, se ofrece la cláusula compromisoria, mediante la que las partes se obligan a someter sus diferencias a un árbitro, árbitro que podría ser designado ya en la misma cláusula (140). Las ventajas de ésta resultaban evidentes; con ella, se evita la intervención de jueces extranjeros y se confiaba la solución de cualquier posible controversia a quien podría desentenderse de las disposiciones sobre conflictos de leyes, y de quien cabría esperar que aplicaría sin reservas el Derecho elaborado por los empresarios (condiciones generales de los contratos).

Además, pasada la época de la guerra fría y predicada por Rusia la doctrina de la convivencia pacífica, se piensa superar la división del mundo en dos bloques comunicados, el de los países de libre comercio y el de los Estados socialistas, estableciendo y fomentando entre ellos relaciones comerciales. Para resolver las controversias que pudieran surgir entre empresas de uno y otro bloque, se piensa también acudir al arbitraje; como el medio más adecuado y seguro (141).

Estas consideraciones, en particular la última aludida, pueden explicarnos las entusiastas recomendaciones del arbitraje que se encuentran en el Acta final de la Conferencia sobre seguridad y cooperación en Europa, firmada en Helsinki (1.º agosto 1975) por representantes de treinta y nueve Estados (142).

(140) Las primeras cláusulas arbitrales aparecen en los contratos tipos establecidos por asociaciones o gremios de comerciantes (p. ej., los de sedas, granos, frutos); aunque en ellos se imponen, más que verdaderos juicios arbitrales, el someterse a la decisión de peritos, a la manera de los arbitradores.

(141) Lo peculiar del arbitraje en los estados socialistas, hace que no interese especialmente considerarlo en estas notas; aunque pudiera convenir tener en cuenta su reglamentación, para una posible reforma de la legislación española. El arbitraje se realiza por Tribunales oficiales adscritos a las Cámaras de Comercio de Moscú, Berlín, Praga, etc., debiéndose elegir los árbitros de las listas oficiales establecidas (necesariamente, excepto en Hungría). No obstante este carácter oficial, se establece que los árbitros han de ser independientes, no sospechosos de parcialidad; si lo fueran, pueden ser recusados. Los países socialistas, cuando se trata de exportación, imponen su propio arbitraje, y con ello la aplicación de su propio Derecho y condiciones generales; en los negocios de importación, admiten el arbitraje del país vendedor o de una Cámara de arbitraje de buena reputación. La composición amistosa está excluida, excepto en Yugoslavia. Una referencia a este Derecho, con estudios especiales respecto a Bulgaria, Cuba, Checoslovaquia, República Democrática Alemana, Hungría, Polonia, Rumania, Rusia Soviética y Yugoslavia, en *International Council for Commercial Arbitration, Yearbook Commercial Arbitration*, I, 1976, pp. 11 y sig.; FINK, *L'arbitrage socialiste dans le commerce Est-Ouest*, Dr. et pratique du commerce international, Sep. 1975, I, 3.º, pp. 367 y sig.; PLAFF, *Die Ausenhandelschiedsgerichtsbarkeit der sozialistischen Länder in Handel mit der Bundesrepublik Deutschland*, Berlín, 1973.

(142) Dice así:

“Considerando que el arreglo rápido y equitativo de las diferencias que puedan surgir de las transacciones comerciales, respecto de mercan-

Mas habrá que reconocer que no es fácil que, las figuras ardentemente patrocinadas por un grupo o clase social, carezcan de peligros o desventajas para otros grupos de interesados. Lo que también ocurre con el arbitraje. El empleo de la cláusula compromisoria en los contratos del comercio internacional, resulta a menudo demasiado favorable para las empresas de los países más desarrollados industrialmente, para las monopolistas y para las multinacionales; con la consecuencia de ser desfavorables para los países no desarrollados o menos industrializados. Resultará natural, por ello, que en estos países, en especial en los del llamado Tercer Mundo, repugne una cláusula en cuya virtud se impongan árbitros o instituciones arbitrales favorables a los intereses de las empresas extranjeras y dispuestas a la aplicación de las condiciones por éstas establecidas.

Respecto de los arbitrajes organizados en los países socialistas, se ha podido observar que, cuando tienen posiciones económicas preponderantes, en sus relaciones comerciales con empresas de otros países (en general, las de exportación), imponen el arbitraje de sus propias instituciones arbitrales; las cuales, siendo creadas y dependientes de cada Administración estatal, y siendo también del Estado todas y cada una de las empresas industriales y comerciales, hacen que sus laudos arbitrales hayan podido parecer sospechosos, al actuar los Estados por medio de sus órganos, a la vez como Juez y parte, respecto de las empresas extranjeras (143).

Las ventajas de la cláusula compromisoria para el comercio internacional, no pueden ocultarnos la otra cara de la moneda, la peligrosidad de la cláusula. Autor entusiasta del arbitraje y de la máxima libertad contractual, no ha dudado en observar que «el

cías, servicios y contratos para la cooperación industrial, han de contribuir a la expansión y a facilitar el comercio y la cooperación;

Considerando que el arbitraje es un medio adecuado para el arreglo de las diferencias;

Recomienda como apropiado que las organizaciones, las empresas, y las firmas, incluyan cláusulas de arbitraje en sus contratos comerciales y en sus contratos de cooperación industrial o en convenios especiales;

Recomienda que se prevean estipulaciones sobre una serie de reglas mutuamente aceptables y que permitan el arbitraje en un tercer país, teniendo en cuenta los convenios internacionales y de otra clase en esta materia.”

La Asamblea General de las Naciones Unidas, por su parte, al recomendar el uso del Reglamento de Arbitraje de la C.N.U.D.M.I., para el arreglo de las controversias que surjan en el contexto de las relaciones comerciales internacionales, lo hace: “Reconociendo el valor del arbitraje como método para resolver las controversias que surgen en el contexto de las relaciones comerciales internacionales”, 99.^a Sesión plenaria, 15 nov. 1976 (IX, 31/98).

La C.N.U.D.M.I. consideró la sugerencia de hacer una referencia aquí al Acta final de Helsinki; pero no la acepta por tratarse de un acuerdo regional (Estados europeos y Estados Unidos).

(143) FOUCHARD, *L'arbitrage commercial international*. París, 1965, §§ 331 y sig., pp. 199 y sig.; SANDERS, *Trends in the Field of International Commercial Arbitration*, Rec. Cours, A.D.I. 1975-II-p. 227.

consentimiento de una y otra parte no es tan libre como parece; en bastantes casos, el pertenecer a una rama de comercio determinada, impone al comerciante aceptar en sus contratos una cláusula arbitral cuyo contenido le es a menudo dictado, bajo pena de ser puesto en el índice más o menos oculto y hasta la expulsión de la corporación: la práctica de los contratos tipos que tienden a convertirse en verdaderas normas consuetudinarias en el comercio internacional y que contienen a menudo una cláusula arbitral preestablecida, disminuye todavía la libertad real de apreciación y decisión de cada parte, sobre todo cuando las condiciones generales de este contrato sean fijadas o impuestas por un organismo corporativo o por la parte en situación dominante en las negociaciones precontractuales» (144).

Esta peligrosidad propia de la cláusula compromisoria, fue tenida en cuenta en la legislación francesa (145), y más recientemente se advierte de dicho peligro en la Exposición de Motivos al Parlamento belga presentando la Ley de 4 de julio de 1972 (146). Se justifica el que para la constitución del arbitraje se requiera que la controversia haya previamente nacido, diciendo que: «Sólo en tal momento las partes pueden considerar las ventajas e inconvenientes de atribuir tales poderes y puedan ellas expresar válidamente su intención. Esta solución toma también en cuenta lo extendido del arbitraje, para evitar que la amigable composición sea una cláusula insertada automáticamente, mientras sus consecuencias sean desconocidas por las partes no familiarizadas con el procedimiento arbitral» (147).

Mas la realidad nos muestra que, en general, se viene desconociendo los inconvenientes y peligros de la cláusula compromisoria,

(144) FOUCHARD, *loc. cit.*, § 20, p. 10. Sobre la desconfianza hacia la cláusula compromisoria, también HEBRAUD, *El arbitraje*, Jornadas franco-españolas de Derecho comprado. Rev. Inst. D. Comparado, Barcelona, 1954, núm. 3 (julio-diciembre), pp. 192 y sig.; HOFFMAN, *Internationale Handelschiedsgerichtsbarkeit*, Arbeiten zur Rechtsvergleichung, 48, Frankfurt A.M., Berlin, 1970, p. 25; KERR, *The English Courts and Arbitration*, en *International Commercial Arbitration*, Documents and Collected Papers, Clive M. SCHMITTHOFF, N. Y., London, 1974-1975, página 201; especialmente, además, los autores citados en las notas (4) y (146).

(145) Vide notas 107-109.

(146) Bélgica en 1969 cambia su "Code judiciaire", pero todavía no lo referente al arbitraje, para tener en cuenta el Convenio de Unificación Jurídica Europea; esta labor, que se completa en 4 de julio 1972, agregando una 6.^a parte sobre arbitraje. SANDERS, *The new Arbitration Statute in Belgium*, en *International Council for Commercial Arbitration*, Yearbook Commercial Arbitration, vol. I, 1976 pp. 173 y sig.; SIMONT, *Amiables Composition and their reasoning*, en *International Commercial Arbitration*, Documents and Collected Papers, N. Y. London, 1974-1975, pp. 131 y sig.

(147) Lo que se justifica también en que los poderes de los árbitros podrían destruir el delicado equilibrio de intereses concluido por las partes, después de difíciles negociaciones (Fettweis); critican la ley, Harman y SIMONT, *loc. cit.*, p. 134.

que se les olvida o se les da de lado. No parece dudoso que ello es debido a la poderosa corriente de intereses y de pensamiento que suele llamarse «la nueva *lex mercatoria*». En su virtud, después de haberse reconocido que la cláusula ofrece un «evidente riesgo» se agrega: «Pero es preferible, desde luego, correr ese riesgo a condición de disfrutar de los muchos beneficios que el arbitraje privado nos puede deparar» (148). Favor atribuido a la «nueva *lex mercatoria*» que, aún después de haberse admitido lo dudoso de la legitimidad de sus prescripciones, llevará a que se haya concluido, dando por salvada la dificultad, diciendo: «Pero esto, habría dicho Kipling, es otra historia» (149). A Kipling, como literato, le está permitido hacer esta pirueta al terminar así alguno de sus cuentos; lo que no es lo mismo para el hombre de Derecho; para él, la legitimidad de los resultados de una figura jurídica no constituye otra historia, es la cuestión fundamental e ineludible con la que tiene que enfrentarse (150).

Estas ligeras referencias, creo podrán bastar para que se advierta que para la debida valoración jurídica de la cláusula compromisoria, resulta inevitable tener en cuenta el ambiente social en que ha surgido y al que debe su actual auge. Por ello, ha parecido necesario tratar de lo que ha significado y significa, todavía hoy, el movimiento de la «nueva *lex mercatoria*» y también el de la autonomía de la voluntad, como su fundamentación dogmática. Lo que es preciso hacerlo teniendo además presente otra poderosa corriente, y de signo contrario, la de la protección de los consumidores.

V. LA NUEVA «LEX MERCATORIA».

1. Su conexión con el arbitraje.

Como se ha venido diciendo, el movimiento que se conoce como de la «nueva *lex mercatoria*» está íntimamente ligado al arbitraje resultante de la cláusula compromisoria; de tal manera, que no podría entenderse bien el significado del uno sin tener presente

(148) CHILLÓN, MERINO, *loc. cit.*, p. 60. Comp., sin embargo, p. 223.

(149) GOLDMAN, *Frontières du droit et "lex mercatoria"*. Archives de Philosophie du Droit, núm. 9. Le droit subjectif en question, 1964, p. 197.

(150) El Comité para la reforma de "Conditions and Exceptions in Insurances Policies" (1957) se considera incompetente para decidir sobre las injusticias que se alegan cometidas en las pólizas de seguros, considerando que ellas no resultan de la Ley, sino de "estipulaciones contractuales expresas" y que, por tanto, se trata de una cuestión de "política social", en cuanto supone una "interferencia en la libertad de contratar del asegurador", HICKMOTT, *Arbitration in Insurance and Re-Insurance*, en *International Commercial Arbitration*, citada, p. 396. Conducta impropia de juristas, pues éstos han de juzgar y aconsejar conforme a la idea de lo que es el Derecho, de la que es elemento esencial la de Justicia; como señala HOFFMAN, tratando de semejante cuestión, *loc. cit.*, p. 25.

al otro. Sin la dicha conexión no se explicaría el moderno auge del arbitraje y del ingente aparato (Conferencias internacionales, Congresos, Organizaciones, Revistas) consagrados a su servicio y fomento. De otro lado, el arbitraje no sólo es instrumento eficaz para imponer el «Derecho de los comerciantes», sino que también se le aduce como prueba de la realidad jurídica independiente de dicho Derecho.

2. La antigua y la nueva «lex mercatoria».

La denominación de «nueva *lex mercatoria*» viene a disimular su naturaleza anómala y a conferirle la apariencia de ser un renacimiento o continuación del Derecho de los «mercaderes» anterior a los «Códigos». Mas a pesar del nombre común dado, no cabe ocultar la diferencia de la *nueva ley* respecto de la antigua o tradicional *lex mercatoria*.

Lo especial del Derecho mercantil, antes de la Codificación, se justificaba como Derecho autónomo de la clase de los comerciantes, por ser el Derecho propio para regular las relaciones *entre* comerciantes (151). Característica que se mantiene aún después que fueran desapareciendo los privilegios de que gozaban los mercaderes en ferias y mercados, incluso los de su configuración gremial; unos y otros propios y peculiares de la Edad Media (152). Los usos comerciales pronto se recogen en Ordenanzas, aprobadas y confirmados por los Reyes; reglas para el tráfico comercial que tienen también en cuenta las relaciones con el extranjero (153). Además, tales usos y reglas van perdiendo su carácter local y particular, al irse integrando en el Derecho común (154). La especialidad del Derecho de los comerciantes se mantiene entonces y se manifiesta en tener una jurisdicción propia, la de los consu-

(151) ASCARELLI, *Iniciación al estudio del Derecho Mercantil*, introducción y traducción de Evelio Verdura Tuells, Barcelona, 1964, páginas 35-36.

(152) P. 5,7, "De los Mercaderes, de las Ferias e de los Mercados e del Diezmo e del Portazgo, que han de dar por razón dellas".

(153) En la Confirmación Real y Decretos para hacer las Ordenanzas de la Ilustre Universidad y Casa de Contratación de la M. N. y M. L. Villa de Bilbao, se dice que se atiende a "lo que se ejecutaba en otros pueblos de Europa". En el discurso del editor, debido a CAPMANY, del *Código de las costumbres marítimas de Barcelona, hasta aquí vulgarmente llamado Libro del Consulado*, Madrid, 1791, puede verse también esta consideración internacional del comercio.

(154) La literatura sobre materia mercantil en este sentido es bastante amplia, además de las obras generalmente citadas de Straccia, Scaccia y Ansaldo, pueden mencionarse las de Molineo (*Tractatu commerciorum et contractum*, París, 1605). Masquardus (*Jure mercatorum et commerciorum*, Francofurti, 1662). Tobeau (*Les instituts de Droit consulaire ou la jurisprudence des marchands*, París, 1682) Malynes (*Consuetudo vel lex mercatoria*, London, 1686, escrito en inglés), y, muy especialmente, los tratados "Comercio Terrestre y Comercio Naval", publicados en *Curia Philipica*, ed. Madrid, 1797, pp. 261 y sig., pp. 450 y sig., de Juan de HEVIA Y BOLAÑOS.

lados. Estos Tribunales estaban formados por comerciantes distinguidos; su competencia se extiende a «todas las diferencias y debates que hubiere entre mercader y mercader, y sus compañeros, factores y encomenderos, sobre los trueques, compras y ventas, cambios y seguros y cuentas y todo género de negocios tocantes y pertenecientes a mercancías, y cualquier otra cosa dependiente de éstas», sustanciándose y determinándose «breve y sumariamente, según el estilo de mercaderes, la verdad sabida y la buena fe guardada, sin dar lugar a largas y dilaciones» (155).

La condición del Derecho mercantil como un Derecho de comerciantes y para las relaciones entre comerciantes, no se pierde con la Codificación y el establecimiento de los Tribunales de Comercio. Es cierto, que parece que su ámbito se amplía al enumerarse cuáles son los actos de comercio; mas también lo es que dicha condición estricta se mantiene para el acto básico del tráfico comercial, es decir, para la compraventa de mercancías. Así, en el Código de comercio francés (14, 24 septiembre 1807), se establece la competencia de los Tribunales de comercio, respecto de todas las controversias sobre obligaciones y transacciones entre negociantes, mercaderes y banqueros y, en segundo lugar, sobre las controversias entre cualquier persona relativas a actos de comercio (art. 631). A renglón seguido, se hace una enumeración taxativa de los actos que la Ley reputa como actos de comercio y, entre ellos, no se encuentra el de la venta hecha por un comerciante a quien no lo sea (arts. 632-635). Siguiendo el modelo francés, nuestro Código de Comercio de 1829, califica de compras y ventas pertenecientes a la clase de mercantiles: «Las compras que se hacen de cosas muebles con ánimo de adquirir sobre ellas algún lucro, revendiéndolas, bien sea en la misma forma que se compraron, o en otra diferente, y las reventas de estas mismas cosas» (art. 359); definición que repite casi con las mismas palabras, nuestro vigente Código de comercio, aunque simplificándola (156).

Esta disposición se explica por los señalados antecedentes, y se justifica por lo diferente de los principios apropiados a las relaciones entre comerciantes sobre venta de mercancías (mercantiles) y aquellas otras que han de regir a las que nacen entre el

(155) Términos usados en la cédula sobre la creación del Consulado de Madrid, Nov. 9,2,4; y otros semejantes se emplean respecto a los Consulados de Burgos y Bilbao (Nov. 9,2,1), de San Sebastián (Nov. 9,2,6), de Burgos (Nov. 9,2,8), de Barcelona (Nov. 9,2,11), de Sevilla (9,2,14). Advierte HEVIA que la competencia de los Consulados se extiende a las causas entre mercaderes sobre todas las cosas tocantes al trato de la mercancía, pero no sobre lo que es fuera de mercancía (*Curia Philipica*, Comercio terrestre, § 11, p. 441); añadiendo que sobre causas de mercancía, el que no es mercader puede convenir en el Consulado al que no sea mercader, aunque se trate de mercancía, pues el actor ha de seguir por el fuero del reo, id. § 23, p. 442.

(156) «Será mercantil la compraventa de cosas muebles para revenderlas, bien en la misma forma que se compraron o bien en otra diferente, con ánimo de lucrarse en la reventa» (art. 325).

comerciante que vende y el particular que le compra unas cosas para su consumo (civiles). En aquéllas juegan los criterios de diligencia, rapidez y presunción de conocimiento especializado, los que sería injusto aplicar al mero consumidor (157).

Resulta, por ello, un tanto sorprendente ver que nuestros mejores mercantilistas coincidieran en pensar que el buen hombre que hace un encargo en una tienda, no puede reclamar por incumplimiento o mal cumplimiento del comerciante, mas que conforme a las exigentes reglas del Código de Comercio (158) lo que aunque sea contra el sentido literal del artículo 325, se afirma frente a la autoridad del Tribunal Supremo, y todo ello se haga sin argumentos jurídicos convincentes (159).

(157) Sobre todo ello, además, lo dicho en *Derecho Civil de España*, ed. 1949, p. 282, nota 6 y ed. 1955, p. 309, nota 3. La S. T. S. 27 enero 1945. considera civil y no mercantil una compra de maquinaria "para servirse de ella y no para traspasarla a su vez", evitando así la aplicación del art. 336 C. de c. La S. T. S. 25 enero 1947, considera no aplicables los arts. 336 y 342 C. de c., "por no tratarse evidentemente de compraventa de índole mercantil, por carecer de uno de sus caracteres, el ánimo de lucro". La S. T. S. 27 mayo 1949, respecto de una compra de traviesas para un ferrocarril la considera de naturaleza civil y no comercial, por estar ésta caracterizada por "la finalidad de revender, excluyente del destino a usos propios del comprador". Sobre adquisición y montaje en almazara de maquinaria para extracción aceite (aplicación de arts. 336 y 342 C. de c.) S. T. S. 7 junio 1969. También S. 14 mayo 1979 (citada en nota 159).

Plantear la cuestión de la naturaleza de la compra en una tienda como la de un acto mixto, que impondría decidir si se le aplica en todo su contenido el Derecho civil o el mercantil (GARRIGUES, *Curso de Derecho mercantil*, 2.^a ed., 1955, 1, p. 146), parece excesivo. Habrá que atender a que se trata de una relación jurídica establecida entre personas de condición distinta y a la que habrá de atender: el comerciante habría de responder como profesional y al particular no se le exigirá otra diligencia ni se le presumirán otros conocimientos que los propios de su condición. Imponer a este comprador las disposiciones del Código de comercio sobre la venta y la reventa, llevaría a resultados injustos e inaceptables. Es de advertir que en el Código de comercio alemán, el criterio del § 344 no es general (§ 345), y, precisamente, se aplican las reglas más especiales sobre compraventa mercantil sólo a las que son mercantiles por ambas partes (§§ 377-379).

(158) Ya GARRIGUES, en la primera edición de su *Curso de Derecho Mercantil* (II, pp. 131-132). Después POLO, en su cuidado y erudito estudio, *La calificación mercantil de la reventa* (en torno a la Sentencia de 27 de enero de 1945), R. D. Pr., XXIX, núm. 338, mayo, 1945, pp. 285-306; también GARRIGUES, *Tratado de Derecho mercantil*, Madrid, 1954, III, 1.º, pp. 238-242; LANGLE, *Manual de Derecho mercantil español*, Barcelona, 1959, III, pp. 139-143; URÍA, *Derecho mercantil*, Madrid, 1958, página 380-381. En contra, sin embargo, BROCEA, *Manual de Derecho mercantil*, Madrid, 1971, pp. 331 y sig.; ROJO Y FERNÁNDEZ-RÍO, *La responsabilidad civil del comerciante*, Bolonia, 1974, pp. 259 y sig.

(159) Me atrevo a decir esto, porque el único utilizado es el siguiente: que el art. 85 C. de c., por tratar de la compra de mercancías en almacenes o tiendas abiertas al público, en el Código de comercio, les otorga la condición de actos mercantiles (art. 2.º C. de c.), y, con ello, también la condición de compra mercantil. No se advierte que un acto se puede mencionar en el Código de comercio, precisamente para destacar su

A mi modesto parecer, la doctrina dominante entre nuestros mercantilistas, no se explica —como ha podido creerse— por ese afán natural del especialista de extender el campo de su disciplina (160); creo que se trata de algo más serio, importante y significativo; responde al influjo de ese nuevo espíritu que ha venido a inspirar a tantos cultivadores del Derecho, y no sólo a los mercantilistas; me refiero a la corriente de pensamiento y de intereses que ha venido llamándose la «nueva *lex mercatoria*» (161).

Dicha «nueva *lex mercatoria*» no es una vuelta a la antigua; es otra *lex mercatoria*, con otro contenido y diferentes características. El motor que impulsa al cambio se encuentra en la radical transformación experimentada por la estructura económica de los países más desarrollados. Durante mucho tiempo, los economistas pudieron hablar de «la soberanía del consumidor». Parecía lógico; los productores dependen del consumidor, habían de atenerse a las apetencias, deseos y gustos del cliente presunto, era indispensable servirles y adivinarlos, para lograr vender; situación favorecida por el «minifundio» industrial y por la amplia concurrencia de productores de la misma rama industrial. Estado del mercado, que habrá de terminar con la Revolución industrial. Las nuevas técnicas posibilitan e imponen la producción en masa. Las facilidades crediticias ofrecidas por la Banca permiten a las empresas ampliar, indefinidamente, la esfera de sus negocios y emprender la conquista de siempre nuevos mercados. Competitividad y endeudamiento que impiden la espera del cliente y el atender a sus gustos. El buen paño no se vende ya en el arca. Es imprescindible para subsistir, el conservar y aumentar siempre más el círculo

condición de no serle aplicable las disposiciones mercantiles. Lo que hace, por su parte, el Código civil al excluir de su regulación las ventas entre comerciantes, diciendo que sólo están incluidas (son civiles) las obligaciones de abonar a los mercaderes el precio de los géneros vendidos a otros que *no lo sean* o que siéndolo se dediquen a distinto tráfico (artículo 1.967, núm. 4.º). El Tribunal Supremo, al declarar aplicable al caso de autos el art. 1.967, núm. 4.º del C. c., ha vuelto a explicar que así lo hace “por tratarse de una venta de un comerciante a otro que no lo es, contrato que resulta excluido del ámbito mercantil, por la definición del art. 325 del Código de comercio”, S. 14 de mayo de 1979 (casando la del inferior); también S. T. S. 30 mayo 1979.

(160) En este respecto, sin embargo, ha dicho GARRIGUES que el problema de los actos mixtos afecta a la existencia misma del Derecho mercantil, porque casi la totalidad de los actos de comercio son actos mercantiles sólo para una de las partes, en razón a que la actividad del comercio es una actividad de mediación entre no comerciantes”. *Tratado*, III, 1.º, pp. 239-340.

(161) Lo que puede observarse en GARRIGUES, quien entiende que la compraventa mercantil pertenece a la “serie indefinida de la repetición en masa”, en la que no importa (la del consumidor), ella es indiferente. “Lo único que importa es que el contrato sea rigurosamente cumplido, porque su incumplimiento arrastraría a otros incumplimientos en la cadena de los contratos de compraventa de la empresa mercantil, donde cada contrato es el supuesto y el apoyo de otros muchos”, *Tratado*, III, 1.º, p. 242.

lo de la clientela. La empresa ha de planificar su producción en masa, asegurándose el mayor número de compradores. Para ello, cuenta con la fuerza todopoderosa de la propaganda; la publicidad vendrá primero a solicitar al cliente y luego a crearles nuevas necesidades; se despiertan apetitos, se imponen modas, se convierte en signo de prestigio la posesión de ciertas mercancías; en fin, se crea esa ansiedad de consumir más y más que caracteriza a la llamada «sociedad de consumo». De este modo, no queda nada de la soberanía del consumidor, pasando el poder a manos de las empresas; en especial de las grandes empresas, nacionales o multinacionales, que dominan el mercado.

El «New Industrial State» que nos describe Galbraith (162) impondrá también nuevas maneras al tráfico jurídico. La empresa ha de planificar, con la antelación oportuna, cuál ha de ser su producción; para ello, no cabe que cada contrato tenga contenido y condiciones distintas, a discutir en cada caso; se impone la necesidad de simplificar la contratación. A tal fin, las asesorías jurídicas de las empresas elaboran contratos tipos o modelos y establecen en ellos condiciones generales para la contratación. Por semejantes razones, de racionalización y previsibilidad, se estima imprescindible el evitar litigios, lo que se procura mediante las cláusulas de no responsabilidad y las cláusulas de arbitraje.

La infraestructura del tráfico económico, origina un cambio sobre el concepto mismo del Derecho mercantil, para los mercantilistas. Se abandona el sentido propio y ordinario de los términos comercio y comerciante. Antes, se entendía por comercio el acto de comprar para vender con lucro y por comerciante o mercader, al intermediario o mediador entre el productor y el consumidor. Mantener ahora este sentido significaría, se piensa por los mercantilistas, condenar el Derecho mercantil a su disolución. Por ello, y para atender a las nuevas circunstancias, vendrá a dominar ahora la tendencia de considerar el Derecho mercantil como Derecho de la empresa y como Derecho que regula los actos jurídicos realizados en masa (163). Lo que supondría nuevas reglas, las creadas o impuestas para los comerciantes.

¿Cómo se compaginan tales reglas con las de los Códigos y demás leyes? ¿Quedan subordinadas a las de carácter imperativo? A tal efecto, se afirma la existencia de un Derecho autónomo de Una importante dirección doctrinal ha contestado negativamente. A tal efecto, se afirma la existencia de un Derecho autónomo de los comerciantes, existente por encima de las fronteras (164),

(162) En la obra con el mismo título, 1.^a ed. octubre 1958.

(163) Esta concepción moderna del Derecho mercantil y su justificación, queda expuesta con detalle y de modo ejemplar por GARRIGUES, *Tratado*, antes citado, I, pp. 7-45.

Respecto al paso «del comercio a la industria», RAVÁ, *Diritto industriale*, Torino, 1973, I, pp. 3 y sig. Sobre la actual crisis de la doctrina mercantilista, vide nota 354.

(164) El mismo GARRIGUES menciona la existencia de un Derecho autónomo, el llamado Derecho de los formularios, *Tratado*, III, 1.^o, pá-

independiente de los Derechos nacionales, reencarnación del Derecho de los mercaderes de la Edad Media, que crea una ley «nacional», la «nueva *lex mercatoria*», obra de la comunidad de los comerciantes, de la «Internacional Business Community», de la «Société internationale des vendeurs et des acheteurs» (165). Liberación de la «*lex mercatoria*» de todo Derecho nacional, que se intenta probar, señalando: 1.º, la existencia de normas jurídicas creadas por los comerciantes (166); 2.º, el disponer de órganos judiciales propios, en los árbitros de las instituciones arbitrales y en los nombrados «ad hoc»; 3.º, el tener medios coactivos para obligar al cumplimiento de los laudos o sentencias arbitrales.

3. *La lucha contra las leyes imperativas.*

El comercio moderno requiere la rapidez y la uniformidad de la contratación; lo que impulsa a ciertas asociaciones de comerciantes y a empresas con gran volumen de contratos a que establezcan contratos tipos o condiciones generales para la contratación; lo que permite atender a la complejidad técnica de ciertos suministros y a evitar dudas, equívocos y futuras discusiones. También ofrecen la tentación y ellas facilitan el uso de las cláusulas de exención de responsabilidad y el esquivar así la aplicación de disposiciones imperativas molestas (para las empresas) establecidas en las leyes nacionales. La generalización de tales condiciones generales y de tales cláusulas, como hecho generalizado y

gina 243. Sobre la importancia dada a las condiciones generales de los contratos y los contratos tipos, la nota (167).

(165) GOLDMAN, *Frontières du droit et "lex mercatoria"*, Archives de Philosophie du droit, núm. 9; Le droit subjectif en question, 1964, pp. 177-192; FOUCHARD, *L'arbitrage commercial international*, Paris, 1965, §§ 576-580, pp. 401-403; aquí, también *Préface de GOLDMAN; GONDRA, La moderna "lex mercatoria" y la unificación del Derecho del comercio internacional*, Rev. de D. Merc., núm. 127, 1973 (enero-marzo), pp. 7-38. En *New Directions in International Trade Law* (Actas y actuaciones del 2.º Congreso de Derecho privado, celebrado por el Instituto para la Unificación del Derecho privado, N. Y., 1977), los informes de DAVID (pp. 5-20) y de POPESCU (pp. 21-49), *The Law of International Trade: a new Task for National Legislators or a new "Lex mercatoria"?*; y las comunicaciones sobre el mismo tema de BLAGOEVIC, ENDERLEIN, GORLA, KOS-RAJCEWICZ-ZUBROWSKY, RAJSKI y VIEIRA. En relación especialmente con el arbitraje. MÜNZBERG, *Die Schranken der Parteivereinbarungen in der privaten internationalen Schiedsgerichtsbarkeit*. Schriften zum Prozessrecht, 15, Berlín, 1970, pp. 54 y sig.; HOFFMAN, *Internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit*, Arbeiten zur Rechtsvergleichung, 48, Frankfurt a. M. Berlín, 1970, pp. 21-26; SCHMITTHOFF, *Introduction en International Commercial Arbitration*, N. Y., London, 1974-1975, p. 17; SANDERS, *International Commercial Arbitration*, Nederlands Tydschrift voor International Recht, XX-1, 1973, p. 50; *Trends in the Field of International Commercial Arbitration*, Rec. des Cours, Ac. D.I., 1975, III, Leyde, 1976, pp. 262-263. Otras citas en las notas siguientes.

(166) Se emplea aquí y se seguirá utilizando este término en el nuevo sentido amplio que le viene dando la doctrina, es decir, referido también a industriales y productores.

acatado en amplios círculos de la industria, hayan sido o no queridas o conocidas por los clientes, ha hecho que una parte de la doctrina las valore como constituyendo una fuente independiente del Derecho (167).

El segundo elemento necesario para la plena e ilimitada eficacia de las condiciones generales de los contratos, como «*lex mercatoria*», será el incluir entre ellas la cláusula compromisoria, estableciendo el arbitraje. Con esto se excluye la temida intervención judicial y se impide la aplicación de los preceptos imperativos de las leyes, que pudieran ser un obstáculo para la imposición de las condiciones generales y entre ellas la de las cláusulas de exención de responsabilidad, tan gratas a los empresarios. De este modo, el arbitraje se convierte en el instrumento imprescindible y más poderoso para la afirmación de la «*lex mercatoria*» y, en consecuencia, para la consagración del predominio jurídico de empresarios y banqueros (168).

Para que la «*lex mercatoria*» adquiera la condición de Derecho vinculante necesita de disponer de medios para obligar a que sus preceptos se cumplan. El arbitraje impuesto por la cláusula compromisoria, termina en el laudo arbitral; pero éste, para tener fuerza ejecutiva, precisa que el Estado se la preste, poniendo a su disposición, llegado el caso, su fuerza coactiva. Esta intervención del Estado, supone la temida posibilidad del control judicial sobre el contenido del laudo, a la luz de las leyes imperativas estatales. Lo que precisamente se trata de evitar a toda costa, como contrario a

(167) Sobre todo ello lo ya dicho en *Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las Leyes*, citado en la nota 3. También GARCÍA-AMIGO, *Condiciones generales de los contratos*, Madrid, 1969. Con bibliografía más reciente, CLAVERÍA, *La predisposición del contenido contractual*, Rev. D. Pr., julio-agosto 1979, pp. 667- 687; BONELL, *Le regole oggettive del commercio internazionale*, Milano, 1976, *The relevance of courses of Dealing, Usages and Customs in Interpretation of International Commercial Contracts*, pub. en *New Directions* 1, p. 109 (citado en nota 165), los Informes de EORSI y de SCHMITTHOFF, *Contracts of Adhesion and Protection of the Weaker Party in International Trade Relations* y Comunicaciones de VILUS, GONDRA y LANDO, en *New Directions*, citada, I, pp. 155 y sig., 177 y sig., II, pp. 560 y sig., 171 y sig., 586 y sig. KRAMER, *Zusammenschluss als neue Dimension des Privat- und Wettbewerbsrechts*, Z. f. Schweizerisches R. 98 (1979), I, 1, pp. 62 y sig. SCHMIDT-SALZER, *Allgemeine Geschäftsbedingungen*, 1971.

(168) Lo que certeramente se ha expresado diciendo: “el arbitraje privado está llamado a ser uno de los pilares más seguros del floreciente nacimiento que se ha dado en llamar *lex mercatoria universal*. Institución ésta que abre uno de los capítulos más apasionantes de la historia del Derecho privado, desde los tiempos del *ius civile*, como Derecho común de los pueblos”, CHILLÓN-MEDINA, MERINO MERCHÁN, *Tratado de Arbitraje interno e internacional*, 1978. Nota introductiva de los autores, p. 18. El valor normativo de la “*lex mercatoria*” resulta sobre todo “de la existencia de órganos encargados de consagrarlo y hacerlo respetar; precisamente estos órganos son los árbitros y las instituciones arbitrales, verdadero poder jurisdiccional de esta sociedad internacional de comerciantes”. FOUCHARD, *L'arbitrage commercial international*, París, 1965, § 580, p. 403.

la predicada *autosuficiencia* de la «nueva *lex mercatoria*». La que, los autores señalan sería posible de conseguir, y ponderan a tal efecto las sanciones que algunas Asociaciones de comerciantes e Instituciones arbitrales establecen, para quienes no cumplan voluntariamente las sentencias arbitrales (169). Mas, todas ellas, se reducen a ser medios coactivos indirectos y siempre frágiles, dada la posibilidad de acudir a las autoridades judiciales contra la aplicación de tales medidas (170).

Parece indudable, que la existencia misma de la «*lex mercatoria*», y paralelamente la omnipotencia del arbitraje, depende, en primer lugar, del resultado de los esfuerzos hechos para liberar al comercio de las ataduras establecidas por las leyes imperativas de los Estados. Se trata de una lucha de larga duración, que no ha terminado, que se produce en varios frentes o respecto de cada una de sus manifestaciones, y en la que cabe distinguir unos momentos de creciente aceptación de la «*lex mercatoria*», y otras en las que se le discute o se le rechaza, en la doctrina o en las leyes. Dada la complejidad de las cuestiones que con ello se plantean, para apreciar mejor su hondura y alcance, ha parecido conveniente detenerse en el examen de algunas de sus principales manifestaciones.

4. *El movimiento de unificación.*

Ante todo, deberá advertirse que la referida lucha cobra un nuevo sentido, al ponerse al servicio de «la nueva *lex mercatoria*», una serie de ilustres cultivadores del Derecho mercantil y del Derecho internacional privado. No se trataba ya de los asesores jurídicos de las grandes empresas ni de los miembros de las instituciones o asociaciones organizadas para fomentar el arbitraje, sino de maestros del Derecho de gran autoridad, por su prestigio científico y por su intachable independencia. Fenómeno que, en buena parte, puede explicarse por un cierto complejo de impotencia o de

(169) FOUCHARD los clasifica en: 1) sanciones pecuniarias, provisión de una caución de cumplimiento del laudo, depósito del objeto litigioso en un tercero o su venta con consignación del precio, depósito de una suma en cuenta bancaria; 2) sanciones morales, advertencia, amonestación, publicidad del incumplimiento; 3) sanciones privativas de derechos en instituciones, exclusión de Bolsas y Mercados, suspensión o pérdida de la condición de socio, puesta en índice, boicot, lista negra, *loc. cit.*, p. 468. El concepto de "arbitration out-side the Law", se nos dice aparece primero en los Estados Unidos, en las recomendaciones de Owen D. Young a la "International Chamber of Commerce", en 1921, proponiendo sanciones morales y económicas, impuestas por las Cámaras, KRONSTEIN, *loc. cit.*, pp. 36-37.

(170) Se observa que se ha negado la licitud de algunas de las citadas sanciones por los Tribunales franceses, GOLDMAN, *loc. cit.*, p. 192; también se menciona el cambio de proceder de las Cámara Internacional de Comercio, que advierte expresamente de la insuficiencia de la coacción extraestatal; MÜNZBERG, *loc. cit.*, pp. 71 y sig.; HOFFMAN, *loc. cit.*, p. 20;

culpabilidad respecto a la situación del comercio internacional. Resultaba y sigue resultando desesperante, el que dada la diversidad de las leyes nacionales aplicables a un mismo acto mercantil, se llegue a la imposibilidad de resolver el conflicto de una manera satisfactoria o racional (171). Para salvar esta situación, y apoyándose en el principio de la autonomía de la voluntad, se inventa un remedio ingenioso y atrevido, el de proponer que sean los propios Estados los que renuncien a la imposición de sus leyes, en beneficio de la unificación jurídica.

Resulta natural que, la ofensiva «mercantilista» contra las trabas puestas por las leyes imperativas a la libertad contractual, se manifieste y tenga sus primeros triunfos en el campo del Derecho internacional privado. La dificultad nacida de que un contrato tenga conexiones con el Derecho de más de un país, desde antiguo se trata de superar acudiendo a la elección que entre ellos hicieran los contratantes. Todavía, se nos dirá que la autonomía de las partes para elegir la ley aplicable es el método menos peligroso para llevar la certidumbre a los agitados problemas del Derecho internacional privado, contribuyendo, así, a crear esa regla «rápida y cierta» «tan importante para los comerciantes» (172).

La cuestión vino a plantearse en el plano internacional con la Séptima sesión de la Conferencia de La Haya (173), cuyo primer tema era el «Proyecto de Convenio sobre la ley aplicable a las ventas de carácter internacional de objetos muebles corporales» (174). En la Conferencia, se enfrentan dos opiniones; muchos de los delegados piensan que la autonomía de las partes debe limitarse a la elección entre leyes que tengan algún contacto con el contrato, pero preva-

(171) Así se ha podido decir, por autores pertenecientes a sistemas jurídicos diferentes, que la nacionalización del Derecho producida en el siglo XIX origina una situación lo más insatisfactoria posible: que «ella choca a la razón y constituye una vergüenza para los juristas, aunque no haya logrado frenar el desarrollo del tráfico internacional. Este se acrecienta cada día y ha adquirido una importancia primordial en nuestras economías; pero esta expansión, sea permitido decirlo, ha tenido lugar desafiando todo lo que los juristas han podido hacer para contrariarla». DAVID, en *New Directions* (citado en nota 165), I, p. 6; que «la reglamentación del comercio internacional es intolerable»; POPESCU, también en *New Directions*, I, p. 22; y que se encuentra en una «desesperada situación», BARMANN, en *International Commercial Arbitration*, N. Y., London, 1974-5, p. 84.

(172) RABEL, *The Conflict of Laws. A Comparative Study*, Chicago, 1947, II, p. 429.

(173) Celebrada del 9 al 31 octubre 1951. Asistieron representantes de quince países europeos, Japón y Yugoslavia. La delegación española estaba compuesta por el embajador, Marqués de Santa Cruz, José Trias de Bes, Federico de Castro y Bravo y Manuel Viturro.

(174) Se trabaja sobre la base del Proyecto de Convenio adoptado por el Comité especial de la Conferencia, en su sesión de 28 mayo-2 junio 1931. CONFERENCE DE LA HAYE DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ, *Documents relatifs à la septième session*, La Haya, 1952, pp. 5-29, también sobre las respuestas recibidas de los Estados, pp. 83 y sig. La del Gobierno español, pp. 211 y sig., considera peligrosa la admisión ilimitada de la autonomía de la voluntad.

leció el criterio contrario de quienes pensaban que no debía establecerse este límite (175). Resultó decisivo, en tal sentido, la consideración de que, en interés de los comerciantes, se ha de apartar toda limitación, y que si un comerciante elige una ley que no presenta ninguna conexión con el contrato, es porque verá en ello un interés (176). Triunfo sólo relativo de la concepción «mercantilista», al dejarse abierta la posibilidad del control judicial, mediante la reserva expresa de permitir la ilimitada utilización del orden público (177).

Intento más ambicioso, para evitar las dificultades que la diversidad de leyes nacionales ocasiona al comerciante internacional, ha sido el de superarlas, eliminando la diversidad de leyes, mediante convenios estableciendo leyes unificadas. Loable misión para la que se creara el Instituto para la Unificación del Derecho privado, en Roma (Unidroit). Uno de sus primeros trabajos será el de la unificación del Derecho sobre la compraventa. Los que tendrían por primer resultado el Proyecto de 1935 (178), reformado en 1938 (179). Interrumpidos los trabajos, a causa de la segunda Guerra Mundial y siempre por iniciativa del Instituto, el Gobierno de los Países Bajos decide invitar a los Estados a una Conferencia diplomática para examinar en primera lectura el Proyecto ya elaborado (180).

Al muy limitado objeto de este trabajo, importa recordar que en la redacción de ambos Proyectos citados, tiene preponderante

(175) Artículo 2, pár. 1, "La venta se rige por la Ley interna designada por las partes contratantes".

(176) Razon expresada por FRÉDÉRIC, el muy ilustre profesor belga y especialista de Derecho mercantil, CONFÉRENCE DE LA HAYE DE DROIT INTERNACIONAL PRIVÉ, *Actes de la septième session tenue de 9 au 31 octobre 1951*, p. 33.

(177) Artículo 7.º "En cada uno de los Estados contratantes la Ley determinada por el presente Convenio puede no ser aplicada por un motivo de orden público".

El Proyecto de Convenio fue firmado por las delegaciones el 31 de octubre de 1951; sin embargo, se indica como fecha del Convenio el 1.º de junio de 1955, fecha de la primera firma de un Estado.

Sobre la Conferencia, con el debido detalle, lo que expusiera en "La séptima sesión de la Conferencia de Derecho internacional privado. El Proyecto de Convenio sobre la Ley aplicable a las ventas de carácter internacional de objetos muebles corporales. Rev. Esp. D. I., V-3 (1952), pp. 765-836.

(178) Publicado, con los comentarios del profesor Rabel, por JERÓNIMO GONZÁLEZ MARTÍNEZ, en trabajo recogido en sus *Estudios de Derecho hipotecario y Derecho civil*, 1948, III, pp. 18-52 (pub. antes en Rev. Crít. D. Inm. 1935, p. 902. 1936, pp. 16, 103. 174 y sigs.

(179) Publicado por INSTITUT INTERNACIONAL POUR L'UNIFICATION DU DROIT PRIVÉ, *L'Unification du Droit*, Roma, 1948, pp. 102 y sig. (en francés e inglés). Sobre sus antecedentes, BAGGE, *Génesis e importancia del proyecto de una Ley uniforme sobre la venta internacional de los objetos muebles corporales*, A.D.C., XI-IV (oct.-dic. 1958) pp. 979 y sig.

(180) Sobre la Conferencia, *Actes de la Conférence convoquée par le Gouvernement des Pays-Bas, sur un Project de Convention relatif à une Loi Uniforme sur la vente d'objets mobilières corporales, Rome 1952*.

influjo la personalidad y autoridad del Profesor Ernst Rabel, quien fuera uno de los más convencidos propugnadores de la existencia de un Derecho autónomo de los comerciantes (181); no extrañará, por ello, que en dichos Proyectos se deje mano libre a los comerciantes (al que tenga poder económico para ello), para eliminar de la Ley Uniforme cualquier disposición molesta, y para insertar en su lugar las reglas que más le convengan (182).

Nada más comenzada en 1951 la Conferencia diplomática, en La Haya, para su mejor funcionamiento, por iniciativa de su Presidente Massimo Pilotti, son designados diez ponentes, a cada uno de los cuales se le asigna una cuestión, para que la precisen y la expongan a la consideración de la Conferencia (183). De las dichas ponencias interesa a nuestro propósito la número 7.^a sobre «las relaciones entre la Ley Uniforme, la voluntad de las partes, los usos y las leyes nacionales». El ponente planteó en ella la cuestión fundamental: ¿Conviene que todas las reglas de la Ley Uniforme tengan carácter supletorio? ¿En particular aquellas sobre la resolución, la ejecución, la responsabilidad por dolo? ¿No será el mantener dicho carácter un obstáculo para la adopción de esta Ley, por los regímenes que estiman que algunas de esas cuestiones son de Derecho imperativo, de orden público y hasta de Derecho público? (184). La Conferencia no encuentra cómodo enfrentarse con esta pregunta y adopta la siguiente resolución: «La Conferencia hace constar que las disposiciones del Proyecto tienen todas carácter supletorio. El problema de saber si ciertas disposiciones deberían tener carácter imperativo se reserva para su estudio posterior» (185).

(181) *Das Recht des Warenkaufs*, 2.^a ed., 1947, pp. 37, 49.

(182) Artículo 12. "Las partes pueden excluir totalmente la aplicación de la presente ley, bajo la condición de que determinen expresamente la legislación nacional que se haya de aplicar a su contrato.

Las partes pueden derogar parcialmente las disposiciones de la presente Ley, bajo la condición de que se hayan puesto de acuerdo sobre disposiciones diferentes, sea enunciándolas expresamente, sea indicando con precisión cuales son las reglas particulares ajenas a la presente Ley a las que ellas entienden referirse".

Rabel participó en la redacción del Anteproyecto y del Proyecto revisado y redactó sus exposiciones de motivos o comentarios.

(183) Conforme al plan de trabajo adoptado (p. 88), se distribuyen las ponencias: sobre los puntos núms. 1 y 2, J. Hamel; núms. 3 y 4, E. Rabel; núms. 4 bis y 4 ter, H. Ussing; núm. 5, V. Angeloni; núm. 6, L. Fredericq; núm. 7, F. de Castro y Bravo; núm. 8, M. Gutswiller; número 9, a), B. A. Wortley; núm. 9, b), E. M. de Meijers, y núm. 10, A. Bagge (p. 96). *Actes de la Conférence convoquée par le Gouvernement Royal des Pays Bas sur un Projet de Convention relatif á une Loi uniforme sur la vente d'objets mobiliers corporeles, élaboré par l'Institut International du Droit Privé*. La Haye, 1er-10 Novembre 1951 - Roma 1952.

(184) *Actes*, p. 214. Parece que, hasta entonces, habíase admitido sin dudas el principio de la autonomía de la voluntad ilimitada. "M. Castro y Bravo est le premier á soulever cette question". GUTZWILLER, Lugano, 1954, Doc. 831, p. 46.

(185) *Actes*, p. 276.

La Conferencia, todavía encargaba a una Comisión especial que revise el Proyecto de 1939, tomando en consideración las observaciones hechas por los Delegados de los Gobiernos presentes en la Conferencia (186). Comisión que trabaja en el seno de UNIDROIT. En varias de sus sesiones, se enfrentan las tesis mayoritarias de la ilimitada libertad de los contratantes para pactar lo que ellos quieran, sin que importen las condiciones que se impongan, y la minoritaria de que varios preceptos de la Ley Uniforme debían tener carácter imperativo, no sólo para protección de los económicamente más débiles, sino también porque ciertas cláusulas de exoneración de responsabilidad son contrarias a la naturaleza misma del contrato de compraventa. El resultado fue que la mayoría se inclina por mantener el criterio de la autonomía ilimitada, siempre bajo la bandera de que en las relaciones comerciales hay que atender a lo que quieran los comerciantes (187). Esta decisión no hubo de tomarse sin oposición, dudas o importantes reservas. Así, la comisión que redacta la exposición de motivos, para el segundo Proyecto, dice que la Ley Uniforme no toca en nada las reglas imperativas de las leyes nacionales; citándose como tales las relativas a la validez de las cláusulas de irresponsabilidad o responsabilidad limitada, sobre la buena o mala fe de las partes, e incluso respecto al fraude (188).

Siempre por iniciativa de UNIDROIT, el Gobierno neerlandés convoca una Conferencia diplomática en La Haya, para la Unificación del Derecho en materia de venta internacional; en ella se discute el Proyecto del Instituto (La Haya, 2-25 abril 1964). Mas, como autorizadamente se nos cuenta, por presión de ciertas Delegaciones que tienden a salvaguardar de la manera más absoluta el principio de la autonomía contractual, se adopta una solución todavía más liberal que la prevista por los redactores del Proyecto, sobre la ilimitada autonomía de la voluntad (189).

(186) Estuvo formada por M. Pilotti (presidente), V. Angeloni (Italia), A. Bagge (Suecia), F. de Castro (España), L. Frédericq (Bélgica), M. Gutzwiller (Suiza), J. Hamel, asistido por A. Tunc (Francia), E. M. Meijérs, sustituido a su muerte por T. Ascarelli (UNIDROIT), O. Riese (Alemania), H. Ussing (Dinamarca), fallecido y no reemplazado, y B. A. Wortley (Gran Bretaña).

(187) En el art. 6.º se conserva el texto del art. 12 del Proyecto (recogido en nota 182), con un nuevo párrafo para admitir la designación tácita; el texto del Proyecto se encuentra traducido por Sánchez Calero y Prieto Gómez, en A. D. C. XI-IV (oct.-dic. 1958), pp. 1143 y sig.

(188) *Project. Nouveau texte. Rapport de la Commission*, pp. 29-30. La Haya, 1956. Sobre toda la materia, con el debido detalle, lo expuesto en *Las leyes nacionales, la autonomía de la voluntad y los usos en el Proyecto de Ley Uniforme sobre la Venta*. A. D. C., XI-IV (oct.-nov. 1958), pp. 1003-1040. Sobre los acuerdos de Lugano, base de las reservas señaladas, p. 1020.

(189) MATTEUCCI (entonces secretario general de UNIDROIT, ahora su presidente). *L'activité de l'Institut International pour l'unification du Droit privé*. UNIDROIT, *L'Unification du droit*, Rome, 1965, p. 60.

El texto adoptado dice: Artículo 3.º "Las partes en un contrato de

De este modo, favorecida por circunstancias de momento (190), la tendencia favorable al Derecho autónomo de los comerciantes obtiene un notable triunfo; al menos, el de la autoridad de la Conferencia. Lo que ha llevado a que el Proyecto de Convenio sobre la representación, preparado por los expertos de UNIDROIT, mantenga el mismo criterio de la autonomía de la voluntad ilimitada (191). Mas ya, respecto de este mismo Proyecto, puede advertirse un cierto retroceso respecto a las pretensiones de la «nueva *lex mercatoria*». Pues aunque se acepta la propuesta de dicho Proyecto sobre la autonomía ilimitada en la Conferencia diplomática de Bucarest (28 mayo-13 junio 1979), convocada por el Gobierno de la República Socialista de Rumanía, bajo los auspicios de UNIDROIT, también se decide constituir una Comisión especial para tratar de la cuestión difícil de impedir que las disposiciones del Convenio entren en conflicto con las imperativas de otras reglas del Derecho nacional, destinadas a proteger a los agentes comerciales independientes (192). Retroceso que puede advertirse también en alguna otra ocasión en que se trata de la unificación en materia de Derecho privado (193).

venta son libres de excluir total o parcialmente la aplicación de la presente Ley. Esta exclusión puede ser expresa o tácita”.

Poco después, esta solución será criticada. BARRERA GRAF, *La regulación uniforme de las compraventas internacionales de mercaderías*. México, 1965, piensa que sería deseable declarar la obligatoriedad de toda la ley, lo que “hubiera ofrecido una solución justa a los intereses de los países importadores, o sea, la parte débil en los contratos”, p. 60. GONDRÁ propondrá establecer “límites mínimos imperativos” dentro de los cuales pueda discurrir la autonomía privada, *loc. cit.*, p. 38. También *Protection de la partie “plus faible” en droit de la vente internationale*, en *New Directions*, II, pp. 581-583.

(190) Preside la Delegación española el profesor Joaquín Garrigues, firmando por España el profesor Olivencia, también mercantilista. De la antigua Comisión asisten sólo Riese, van der Felts, Tunc, Wortley, Bagge y Gutzwiller (comp. nota 186).

(191) Art. 6.º. “Aun cuando la presente Ley sea normalmente aplicable: a) las partes pueden elegir otra ley para regir sus relaciones mutuas; b) las partes pueden excluir o modificar cualquier disposición de la presente ley que produzca efecto sólo en las relaciones mutuas”. Principio que no excluye siquiera la posibilidad de eludir la obligación de actuar de buena fe (art. 15). UNIDROIT, *Projet de Convention portant loi uniforme sur la représentation dans les rapports internationaux en matière d'objets mobiliers corporels*. Texte arrêté par le Comité d'experts gouvernementaux réuni par Unidroit, avec rapport explicatif, Rome, février, 1974.

(192) UNIDROIT, 1979, C. D. 58, Doc. 8. A la conferencia asisten 43 estados. Se adopta en el art. 9 el pár. 6 del art. 6 del Proyecto. Se piensa convocar otra conferencia sobre el mismo tema, para corregir y completar el texto adoptado indicativamente.

(193) En la 6.ª Comisión, N. U., YÁÑEZ-BARNUEVO (España), dirá ser un acierto que en el Proyecto sobre transporte marítimo se tienda a restringir la autonomía de la voluntad respecto a la elección de foro: “se requirieren normas para evitar los frecuentes abusos causados por la inclusión de ciertos artículos atributivos de jurisdicción, compromisorios o de arbitraje, que privan al propietario de mercancías perdidas o ave-

5. Protagonismo del arbitraje.

En el referido forcejeo para soslayar la aplicación de molestas leyes imperativas nacionales, y de cuyo éxito depende la misma existencia de la postulada «nueva *lex mercatoria*», tiene papel de protagonista el arbitraje, desde que se cambia su naturaleza, con la implantación y difusión de la cláusula compromisoria. Transformación que se logra con hábil táctica, al llevarse el arbitraje al plano del comercio internacional. Con lo que así se facilita su admisión. A la gran industria exportadora, lo que le interesa principalmente es librarse de las rémoras que las condiciones de sus contratos podían encontrar en las leyes de los países importadores. De otra parte, se evitaba así el choque con las leyes de sus propios países. Con la consecuencia de que países, incluso aquellos que no daban validez a la cláusula compromisoria en su Derecho interno, la aceptasen para las controversias en el campo del comercio internacional y, también se conseguía que no se notase demasiado el que, con ella, se violaba el principio del Derecho anglosajón, que no permite «to oust the jurisdiction».

Paso decisivo en tal sentido, será el dado por el Protocolo de Ginebra de 24 de septiembre de 1923, en el que expresamente se reconoce la validez de las cláusulas de arbitraje sobre todas o cualesquiera diferencias actuales o futuras que puedan suscitarse respecto de un contrato, entre partes sujetas a la jurisdicción de los diferentes Estados contratantes (194). Su ejemplo será pronto seguido por los Derechos de varios países, sea o no limitando dicha validez a los contratos internacionales comerciales; de modo que, en su consecuencia, ha podido decirse con razón que desde 1931, el arbitraje se extiende de modo «fenomenal» (195); convirtiéndose desde entonces, la cláusula compromisoria, en otra cláusula de estilo, entre las demás condiciones generales de los contratos, sean internacionales o internos, comerciales o no comerciales.

La razón de este impresionante éxito parece evidente. Con la jurisdicción arbitral, confeccionada a la medida, el gran comercio podía y puede, sea imponiendo un árbitro *ad hoc*, o remitiéndose

riadas de todo medio de arreglo", 36.ª sesión, 4 nov. 1976, A/C 6/31/SR, 36.

Es de advertir que la URSS y los estados de su círculo, dada la situación de prepotencia del Estado comerciante, respecto a la empresa particular extranjera, vienen a coincidir con los países capitalistas de alta industrialización, en propugnar la máxima libertad contractual (posibilidad de eliminar leyes imperativas); tomando así una postura contraria a la de los países en trance de industrialización.

(194) Se permite la reserva de limitar su aplicación a los contratos que se consideren comerciales por el derecho nacional de cada estado contratante. Reserva de la que hace uso el Estado español.

(195) KRONSTEIN, *loc. cit.*, pp. 36-38, con referencias a los Estados Unidos, Gran Bretaña, Francia y Holanda.

a instituciones de arbitraje, asegurarse que se daría plena e indiscutida eficacia a las condiciones generales insertas en los contratos impuestos a sus clientes, sustrayéndolas al control judicial. «Qui eligit iudicem eligit ius».

La fuerza expansiva de la nueva «lex mercatoria», mediante la potenciación de las cláusulas compromisorias, se manifiesta repetidamente. El mismo Protocolo de Ginebra de 1923 ya dice que el procedimiento de arbitraje, incluso la constitución del Tribunal arbitral se regirá por la voluntad de las partes y por la ley del país en cuyo territorio tenga lugar el arbitraje (196).

En el Convenio de Nueva York (10 junio 1938) el procedimiento arbitral se habrá de ajustar al acuerdo celebrado entre las partes (art. V, 1 d).

En el Convenio europeo sobre el arbitraje comercial internacional (Ginebra, 21 abril 1961) se establece además que las partes podrán, según su libre criterio, determinar de común acuerdo la ley que los árbitros habrán de aplicar al fondo de la controversia (art. VII).

Los especialistas en la materia, por su parte, tratarán de impedir cualquier posibilidad de control judicial respecto al arbitraje. La cláusula compromisoria inserta en un contrato, queda integrada en él y, en caso de nulidad del contrato, parece que será nula también la cláusula. Nulidad del contrato sobre la que los Tribunales judiciales habrán de juzgar. Para evitar que dependa así de la potestad judicial el decidir sobre la validez de la cláusula compromisoria al juzgar sobre la validez de todo el contrato, se ensayan diversas teorías y remedios. Se propone el del doble contrato (197); se afirma la independencia de la cláusula compromisoria, basándose en la naturaleza mixta (procesal y contractual) del convenio arbitral; se mantiene que la cláusula compromisoria tiene su propia causa (la de eliminar la competencia judicial en favor del árbitro), diferente de la del contrato principal (que p. ej., en la compraventa sería el precio por la cosa), con lo que se llega a la conclusión querida de que el Convenio de arbitraje subsiste en caso de nulidad del contrato principal y que los árbitros tienen el derecho de estatuir sobre la validez del contrato principal, si ella fuera puesta en duda (198).

Conexa con la anterior, está la cuestión de la validez de la misma cláusula compromisoria. Por ejemplo, si es tachada de

(196) Disposición 2.^a, páf. 1. La referencia a la "lex loci", parece tener carácter complementario, más que acumulativo; en todo caso, el lugar de celebración del arbitraje será el designado por las partes.

(197) Atribuido a Heinrich Ehlers, KRONSTEIN, *loc. cit.*, p. 54.

(198) ROBERT, *loc. cit.*, pp. 363-364. La ingeniosa teoría de Robert de la doble causa, no resulta adecuada para resolver la cuestión. La causa de la cláusula compromisoria no es independiente; su objeto son las posibles controversias que puedan nacer de la relación resultante del contrato principal, no existiendo éste, la cláusula carece de objeto. Es posible, en cambio, un compromiso que tenga por objeto una controversia sobre la validez de un contrato.

haberse pactado ésta con un vicio de la voluntad, o si se le acusa a un árbitro de dependencia respecto de una de las partes —siempre para evitar la intervención judicial— se habla de la competencia del árbitro para decidir sobre su propia competencia («Kompetenz-Kompetenz») (199). Llegándose al resultado de decir que «el tribunal de arbitraje cuya competencia fuera impugnada no deberá renunciar al conocimiento del asunto y tendrá la facultad de fallar sobre su propia competencia y sobre la existencia o validez del acuerdo arbitral o del contrato, transacción u operación de la cual forme parte dicho acuerdo o compromiso» (200).

Con ello quedaría cerrado, y bien cerrado, el círculo mágico. Mediante el cuidado empleo de la cláusula compromisoria, se impedirá toda intervención o control de la autoridad judicial; mientras en el ámbito del contrato principal, quedaría permitido el juego libre de los poderes económicos. De manera que se lograrían los objetivos propuestos con «la nueva *lex mercatoria*», confiando a los comerciantes (a los grandes comerciantes) amplios poderes legislativos (condiciones generales de los contratos) y judiciales (arbitraje) (201). Al Estado le quedaría la función obligada y subordinada de reconocer en los laudos arbitrales la fuerza ejecutiva, como si fueran sentencias judiciales.

La cláusula compromisoria se ha convertido así en la clave

(199) Se observará que en este caso no existe analogía alguna con la obligación de jueces y tribunales de decidir sobre su propia competencia; las cuestiones de competencia ante ellos no se refieren a la validez del acto de su nombramiento, como ocurre respecto de los árbitros.

(200) Artículo V, 3 del Convenio Europeo sobre arbitraje comercial internacional, Ginebra, 21 abril 1961. El artículo comienza diciendo: "A reserva de que se pueda ulteriormente apelar conforme a la 'lex fori' contra el indicado laudo del tribunal de arbitraje ante un tribunal estatal competente". También entiende que corresponde al árbitro proveer sobre su propia competencia el Reglamento de la Cámara de Comercio Internacional (1 junio 1975), art. 8, párr. 3.

(201) Para lograr que se acepten estos resultados, se admiten ciertas reservas, como la señalada en la nota anterior. Los especialistas señalan también que, en el supuesto de control judicial del laudo, cabe la posibilidad de que se considere la validez de la misma cláusula compromisoria. El efecto de independización de la cláusula sería, en todo caso, que los árbitros, sea cuál fuere la excepción alegada, deberían dictar sentencia, aunque sea estatuyendo de manera provisional. ROBERT, *loc. cit.*, p. 366; SANDERS, *Trends in the Field of International Commercial Arbitration*, Rec. des Cours, A. D. I., 1975, II, Leyden, 1976, pp. 277-278, con referencia a la doctrina aceptada de la separabilidad en Estados Unidos, Inglaterra, Alemania y Francia. En contra de la doctrina de la competencia, de la competencia, con especial referencia al Derecho alemán, MÜNZBERG, *Die Schranken der Parteivereinbarungen in der privaten internationalen Schiedsgerichtbarkeit*, Schriften zum Prozessrecht, 15, Berlin, 1970, p. 128; BRMANN, *Limits of Arbitral Jurisdiction*, en *International Commercial Arbitration*, N. Y., London, 1974-1975, con referencia también al artículo V, 1, a) y c) del Convenio Europeo, pp. 81 y sig. También DEVOISE, *The arbitrability of Gaps in Long-Term Scientific, Technical and Industrial Development Contracts*, Harvard I. J. 17 (1976), pp. 124 y sig.

del arco en que descansa la gran máquina de la «nueva *lex mercatoria*». No creo que ninguna de las teorías y figuras jurídicas ensayadas para servir al nuevo Derecho mercantil (202) haya logrado tan amplia e indiscutida eficacia. Para mantenerla están a su servicio asociaciones, conferencias, cámaras, consejos, publicaciones, revistas especializadas en casi todos los países (203); con el resultado de hacer del arbitraje un mito, respecto del que parece sacrilegio cualquiera consideración crítica.

V. REACCION FRENTE AL MOVIMIENTO DE LA «NUEVA I EX MERCATORIA».

El movimiento conocido con el nombre de «nueva *lex mercatoria*», patrocinado por las grandes empresas y en favor de ellas, cobra rápida fuerza, en especial dada la buena acogida y al apoyo que recibe —aunque por otros motivos— por muy ilustres juristas; de modo que, en algún momento, hubo de tenerse por arrollador e incontenible. La reacción contra dicho movimiento no se hizo esperar; aunque lenta al principio en su desarrollo, ha ido adquiriendo progresivamente mayor fuerza, que hoy parece creciente, e inevitable su buen éxito. Primero, ella ha podido advertirse en la doctrina, el examinarse críticamente la fundamentación teórica de las cláusulas generales de la contratación y la de la cláusula compromisoria; después, cobra inesperado ímpetu con el movi-

(202) Me refiero, además de a las condiciones generales de los contratos, entre otras, a los negocios jurídicos abstractos, incorporación del crédito al título (“Wertpapiere”), teoría declaracionista del negocio jurídico, impenetrabilidad de la persona jurídica, convenio en la quiebra (el dicho: en Francia nadie puede decirse rico sino después de la tercera quiebra), reserva del dominio, prórroga del foro, teoría del doble efecto en el negocio fiduciario, etc., etc.

(203) Debo limitarme a referirme a alguna de las revistas especializadas, pues otra cosa haría duplicar la extensión de este trabajo. El *International Council for Commercial Arbitration*, se crea para la promoción del arbitraje comercial, cambiar información y promocionar publicaciones. En el quinto Congreso, New Delhi, 1975, se decide publicar el *Yearbook Commercial Arbitration*, en cuyo primer volumen se dan importantes datos sobre el arbitraje y una bibliografía hasta el momento de la publicación (pp. 238-251). Merecen citarse, además, las siguientes revistas: *Revue de l'arbitrage*, publicada por *Le Comité français de l'arbitrage*, de París; *The Arbitration Journal*, publicado por *Institut of Arbitrators*, London; *Rassegne dell'arbitrato*, por *Associazione per l'arbitrato*, Roma; *Arbitration Journal*, por *American Arbitration Association*, New York; *Quarterley of the Japan commercial Arbitration Association*, por *Chamber of Commerce and Industry*, de Tokio, que crea *Commercial Arbitration Institute*, para el estudio jurídico, técnico y ético del arbitraje; *Arbitration Quarterley*, del *Indian Council of Arbitration*, New Delhi; *Boletín informativo de la Academia de arbitraje comercial internacional*, de Méjico.

miento de la protección del consumidor; en fin, puede verse en las medidas tomadas en ciertas leyes nacionales y hasta en alguno de los convenios internacionales, para limitar la peligrosidad de las cláusulas compromisorias.

1. *Justificación doctrinal.*

Los juristas no pueden quedar satisfechos con dar cuenta de los hechos sociales; sienten la necesidad de contrastar su valor jurídico, su licitud y eficacia general. Lo que resulta imprescindible respecto de las cláusulas generales de los contratos, en cuanto se trata de justificar la existencia del postulado Derecho autónomo de los comerciantes, cuya manifestación se daría primero en ellas, como poder creador de normas jurídicas.

Pero la calificación de dicho poder ofrece una grave dificultad; la de que se comprende bajo la misma denominación y concepto, indiferentemente, a las condiciones generales establecidas por un grupo de empresarios, o un ramo de la industria, y también a las establecidas por un empresario con poder económico suficiente para imponerlas; considerándose como tales, tanto las insertas en cada contrato como las no consignadas expresamente y que se estiman eficaces por ser habituales.

Una primera justificación jurídica del pretendido nuevo «ius mercatorum», será la de considerarlo como «consuetudo et stylus mercatorum», incluyéndolo entre los usos normativos o legislativos. Mas la asimilación de la «nueva *lex mercatoria*» a la antigua, no resulta posible. El viejo Derecho de los comerciantes adquiere carácter de Derecho consuetudinario, en cuanto formado por los usos nacidos dentro de las comunidades de mercaderes y así obligatorios para sus miembros. Las condiciones generales, por el contrario, son obra de un grupo de comerciantes o de un solo comerciante que las imponen —incluso contra ley— a unos clientes o consumidores, es decir, a personas ajenas a la comunidad de comerciantes; no se trata, pues, de una norma originada entre quienes se vienen sometiendo a ella voluntariamente, sino de unas disposiciones impuestas a cada cliente, y que éste acata, dada su situación de inferioridad económica o por su falta de información (204).

Admitir que las cláusulas generales de los contratos alcanzan fuerza normativa sin la aceptación voluntaria por parte del cliente, implicaría reconocer la existencia de un poder legislativo privado («*staiuta condere*»), de una soberanía de ciertos empresarios (Bancos, aseguradores, exportadores, empresas de transporte, de

(204) No parece que interese todavía hoy tratar con despacio sobre esta cuestión de la justificación de las cláusulas generales; sobre ello, puede verse lo que dijera en *Las condiciones generales de la contratación y la eficacia de las leyes*, citada, Discurso, pp. 20 y sig., ed. Civitas, pp. 29 y sig.

suministros, etc.) sobre sus clientes, incompatible con los ordenamientos de los Estados modernos (205).

Lo débil de la argumentación, con la que se ha defendido la condición de fuente independiente del Derecho, para las cláusulas generales de los contratos, explica que se acuda a otro medio para justificar la nueva «lex mercatoria»; al principio de la autonomía de la voluntad, tanto para dichas cláusulas, como en especial para la cláusula compromisoria. Cambio de táctica inteligente. La autonomía de la voluntad ha sido, y sigue siendo, uno de los grandes tópicos de la doctrina jurídica (206). Como la idea de la libertad que le es conexas, tiene su base última en el respeto debido a la persona, a su exigencia, por ser tal, a no ser ajena al formar y conformar su propia esfera jurídica (207). El hombre puede vincularse a otra persona por medio del contrato y, al obligarse así, enajenará, libremente, una parte de su libertad (208). Lo evidente de este postulado hace que el principio «pacta sunt servanda» se haya utilizado para fundamentar distintas ramas de Derecho; así, respecto al Derecho político (el contrato social) (209), al Derecho

(205) BYDLINSKI, *Privatautonomie und objektive Grundlagen des verpflichtenden Rechtsgeschäftes*, Wien, New York, 1967, p. 221.

Que las condiciones generales de los contratos no constituyen fuentes de Derecho objetivo, ya lo sostuve en *Derecho Civil de España*, Valladolid, 1942, pp. 275 y sig. (también en ed. Madrid, 1949, pp. 335 y sig., Madrid, 1955, pp. 371 y sig.); criterio que primero fue no aceptado por los mercantilistas (GARRIGUES, *Curso de Derecho mercantil*, Madrid, 1955, I, p. 117; LANGLE, *Manual de Derecho mercantil español*, Barcelona, 1950, p. 255) y especialmente criticado (GARRIGUES, *Contratos bancarios*, Madrid, 1958, p. 25, núm. 30); aunque parece que aquella opinión se va admitiendo más recientemente (GONDRA, *La moderna "lex mercatoria" y la unificación del Derecho del comercio internacional*, Rev. D. Merc., número 127, 1973 (enero-marzo), p. 27, GARRIGUES, citado en nota 363).

No hay que confundir las condiciones generales de la contratación (impuestas), con los contratos tipos (propuestos), como son los de la Comisión Económica para Europa de las Naciones Unidas. Comp. SCHMITT THOFF, *The Unification or Harmonisation of Law by means of Standard Contracts and General Conditions*. UNIDROIT, Annuaire 1967-1968, II, Rome, 1969, pp. 93 y sig., *Standard Contracts and the Protection of the Weaker Party in International Trade Relations*, en *New Directions*, I, pp. 177 y sig.

(206) He tenido ocasión de ocuparme de la autonomía de la voluntad, con más detenimiento que aquí pueda hacerlo y con distintos motivos, en *La séptima sesión...* (cit. en nota 177, pp. 804 y sig.), *Las leyes nacionales...* (cit. en n. 188, pp. 1010 y sig.), *Las condiciones generales...* (cit. en nota 167, discurso, pp. 38 y sig. *El negocio jurídico*, Madrid, 1969, pp. 11 y sig.

(207) Lo que ha llevado a considerar como "imperativo categórico" el principio "pacta sunt servanda", ENGUISCH, *Einführung in das juristische Denken*, 4.ª ed., 1956, p. 32.

(208) La autonomía se convierte en heteronomía. Lo que también se expresa diciendo que la libertad se pierde al ejercitarla, quien contrata no es libre de no haber contratado. BATTIFOL, *La crise du contrat*, Arch-Phil. du D., XIII, *Sur la notion de contrat*, París, 1956, p. 32.

(209) Todavía, ROB, *La idea del contrato social y el problema de la vigencia del Derecho*, Anales de la cátedra Francisco Suárez, núm. 17, 1977 (Univ. de Granada), pp. 285-303.

internacional público (210), a la regulación de los conflictos de leyes (211) y de los contratos civiles y mercantiles (212).

Mas las ideas, al desligarse de su por qué y para qué, de sus condicionamientos y de lo peculiar de cada una de sus aplicaciones en la realidad, se vuelven locas y llevan a resultados absurdos y hasta contrarios a su misma esencia (213). Respecto de la autonomía de la voluntad, la tentación ha sido la de convertirla en un valor absoluto y entender que el principio «pacta sunt servanda» no permite limitación alguna. Lo que ha ocurrido en varias ocasiones. En el antiguo Derecho se muestra en el repetido uso («mal uso») de la renuncia a las leyes imperativas (214) y en la interpretación del ambiguo aforismo «standum est chartae» (215). El movimiento liberal, desde su principio, lo acogerá («laissez faire, laissez passer»), llevando a la mitificación del contrato y popularizando la frase «que dit contractuel dit juste». De tal modo, que el viejo dicho «standum est chartae», de raíces feudales, será visto conforme a la ideología liberal como: «una solemne proclamación de libertad individual en lo civil, prescribe que se atienda y guarde la voluntad de los particulares, antes que lo preceptuado en la legislación, investida por este hecho de carácter supletorio» (216). Punto de vista que se defenderá especialmente para el tráfico mercantil, como requerido por la seguridad del comercio y de su libertad, liberándolo de trabas legales molestas.

Los resultados injustos a los que se llega con los contratos de adhesión y con las habituales cláusulas de exención de responsabilidad, origina pronto una reacción, con la consiguiente crítica de

(210) KELSEN, *Reine Rechtslehre*, 2.^a ed., Wien, 1960, pp. 222-223, 234. Es de notar que en el Convenio de Viena sobre el Derecho de los tratados (23 marzo 1969) se recoge el principio "pacta sunt servanda" (art. 26), pero subordinado a las reglas sobre la validez de los tratados en caso de vicios (arts. 48-52) y a que el tratado no contradiga una norma imperativa ("ius cogens") de Derecho internacional general (artículo 53).

(211) Puede comp. lo dicho antes, notas 175 y siguientes.

(212) Consagrada en el Código civil, en el art. 1.091, elevada a la categoría de dogma: "Le droit c'est l'autonomie de la volonté" (Beudant), cita de VILLEY, *Essor et décadence du volontarisme juridique*, Arch. de Philos. du D., París, 1957, p. 92.

(213) Se ha dicho que la autonomía, más que un concepto propio para resolver problemas, es más bien "un problema en sí mismo, que pide diferentes soluciones conforme a las condiciones económicas y sociales en las que está llamada a operar". STEINDORFF, *Autonomy of contracting parties in intertate commerce. An economic evaluation*, en *New Directions*, I, p. 102.

(214) Sobre ello, lo dicho en *Las condiciones generales* (citado en nota 3), Discurso, pp. 38 y sig.

(215) Por su formulación ambigua, con buena razones ha podido sostenerse tanto que se trata de un principio hermenéutico de los Fueros de Aragón o bien que expresa el principio de la primacía absoluta de la autonomía de la voluntad. Recoge las encontradas opiniones, COSTA, *La libertad civil y el Congreso de los jurisconsultos aragoneses*, Madrid, 1883, pp. 110 y sig.

(216) COSTA, *loc. cit.*, pp. 109-110.

sus fundamentos doctrinales. Se observa que no puede hablarse de consentimiento contractual, cuando éste no existe en verdad, sea por haber sido aceptados unos pactos por imposición del más fuerte económicamente (no sería contrato sino «Diktat») o por no saber lo que se firma («falta de transparencia»), y se señala, que si bien las leyes reconocen la autonomía de la voluntad, lo hacen siempre señalándole límites (217).

El significado y alcance de la autonomía de la voluntad en el campo jurídico, no se ha de centrar sólo en la libertad de los particulares, habrá de considerarse también el cómo y por qué se justifica la puesta a su servicio del aparato estatal. Los particulares, sean o no comerciantes, gozan de amplia libertad en sus tratos y contratos y pueden cumplirlos voluntariamente, aunque sea contra leyes imperativas. La cuestión surge cuando se impetra la intervención de las autoridades del Estado, para forzar a que se cumpla lo pactado. No se trata entonces de un problema sobre el ejercicio de la libertad, sino de pedir que se le prive de su libertad, de obligarle a hacer o no hacer, a quien pretende liberarse (ejercer su libertad), de una promesa que entiende no estar justificada. Cuando se acude al Juez solicitando una sentencia de condena, y que así se ponga en movimiento el aparato coactivo del Estado, será lo conforme a la naturaleza de su oficio y de su función de dictar sentencia en justicia, el contrastar el porqué y el para qué de ese pacto que se pretende imponer a la fuerza. El Juez, cuando se trata de cumplir su alta función, no habrá de cerrar los ojos a la realidad de lo pactado y convertirse, en su caso, en cómplice o colaborador de empresarios o grupos de empresarios que abusan de su prepotencia social o económica.

(217) En nuestro Código civil, al lado del artículo 1.091 se encuentra el 1.255, que impone como límites las leyes, la moral y el orden público; el artículo 1.256 se opone a la validez de las cláusulas de exención de responsabilidad, ya que éstas dejan al arbitrio del vendedor el cumplimiento de las obligaciones esenciales del contrato.

Los antiguos autores aragoneses, que tan enérgicamente defendieron la superioridad de lo pactado respecto a las leyes imperativas, matizan la aplicación del dicho: “standum est chartae”, exceptuando el que se contenga algo que sea imposible o contrario al Derecho natural (MOLINO, *Repertorium Fororum Regni Aragonum, CaesarAugustae*, 1585, fol. 186, vto.) o que sea contrario al Derecho divino e inmutable o al Derecho natural y necesario (PORTOLÉS, *Tertia Pars Escoliorum sive Adnotationum ad Repertorium Michelis Molini*, CaesarAugustae, 1590, II, p. 156, Licari, núm. 69). La reeferencia al Derecho natural hace pensar en que las leyes sobre lo que constituye la esencia del contrato y de cada contrato, pueden considerarse que resultan del Derecho natural, “per modum conclusionis” o “per modum determinationis”.

El Fuero Nuevo de Navarra entiende que, según el principio “paramiento Fuero vienze”, “paramiento Ley vienze”, la voluntad individual o contractual prevalece sobre cualquier fuente de Derecho; pero salvando los supuestos de si dicha voluntad es contraria a la moral o al orden público, vaya en perjuicio de tercero o se oponga a un precepto prohibitivo de la Compilación con sanción de nulidad (Ley 7.^a).

2. La protección de la parte más débil.

La idea de la Justicia, implícita en todo quehacer jurídico y ello a pesar del auge del positivismo, sigue operando, y llevará a decir justamente, que la autonomía de la voluntad, como también la libertad contractual, pierden su sentido «cuando ella deviene señorío de los fuertes sobre los débiles» (218). Sus efectos se dejan sentir, en favor de quienes contratan en situación de inferioridad (219), en la doctrina, en las sentencias de los Tribunales y en las leyes. «Opinión romántica» de la doctrina que se abre paso frente a «la prepotencia económica de los industriales, comerciantes y banqueros y de sus agrupaciones sobre el resto del pueblo» (220), y también frente a la paralela dogmática mercantilista (221).

Esta corriente, se manifiesta primero en leyes especiales sobre determinados contratos (p. ej., de seguros, ventas y préstamos a plazos, transportes) en los que se prohíben ciertas cláusulas abusivas. Ahora, aunque limitada a una clase de personas consideradas débiles, la de los consumidores, se vendrá a extender dicha protección respecto a toda clase de Contratos en General. La protección del consumidor, aunque relativamente reciente (222), gracias a unas condiciones políticas favorables, se ha convertido en el objetivo de un movimiento socio-político de fuerza extraordinaria y en crecimiento, el que, incluso, ha podido considerarse con la importancia y dignidad dogmática de una rama especial del Derecho (223). De sus manifestaciones (información, control de calidad, seguridad,

(218) Frase de NEUHAUS (*Die Grundbegriffe des I. P. R.*, 1962, página 172), recogida como lema de su estudio por HOFFMANN (B. V.), *Über den Schutz des schwächerem bei internationalem Schuldverträgen*, *Rabels Z.* 38 (1974) H-2-3, p. 396.

(219) En general, cuando se habla de la protección de los débiles en la contratación, se piensa en los que contratan en una situación de inferioridad socio-económica. Con cierta razón se ha pensado que, como tales, además de aquéllos a los que le falta un mínimo de razón y de voluntad, habría que tener en cuenta los vicios del consentimiento (error, dolo), "culpa in contrahendo", lesión, etc., GUILLIERON, *La protection du faible dans les contrats*, *Z.f.Sw.R.*, 98 (1979) I-3, pp. 234 y sig. Sin embargo, como el mismo autor señala (p. 243), la protección a que se refiere la legislación de los últimos años es la de la parte débil en el plano económico y social. Es la que interesa a nuestro actual propósito.

(220) *Las condiciones generales* (citada en nota 3), Discurso, p. 16, nota 31.

(221) Vide nota (202).

(222) Se señala como su momento inicial, el Mensaje a los consumidores de J. F. Kennedy, en 1962. KRAMER, *Konsumentenschutz als neue Dimension des Privat- und Wettbewerbsrechts*, *Z. f. Schw. R.*, 98 (1979) I, 1, p. 49, nota 1. Aunque fueran dadas también en favor del consumidor las leyes anti-trust y en defensa de la competencia.

(223) Así lo entiende SCHRICKER, al reseñar la obra de VON HIPPEL, *Verbraucherschutz*, Tübingen, 1974 (en la que se trata de todos los aspectos jurídicos de la protección, en Derecho privado, penal, público, procesal...), en *Rabels Z.* 41 (1977-2) p. 402. También, sobre la cuestión en general, VON HIPPEL, *Verbraucherschutz*, *Rabels Z.* 40 (1976), pp. 513

peligros para la salud, consejos, asociaciones), la que aquí importa es la tendencia que se manifiesta en la legislación de muchos países de proteger al consumidor frente a la práctica abusiva de las condiciones generales de los contratos.

En esta dirección, pueden señalarse como ejemplo, en Gran Bretaña, el «Supply of Goods (Implied Terms) Act. 1973, que declara nula respecto de los comerciantes, la exclusión de obligaciones en las compras de los consumidores («consumers sale») (224), también el «Fair Trading Act» (1973) (225) y el «Unfair Contracts Bill», 1977. Se permite a los Tribunales aplicar la piedra de toque de «lo razonable», para liberar de cargas excesivas al consumidor. Tendencia que se refleja en la jurisprudencia, en una serie de importantes decisiones judiciales (226). La ley sueca sobre contratos (en vigor desde 1 julio 1976), dispone que las condiciones de los contratos pueden ser alteradas o no aplicadas, cuando la condición no sea equitativa en relación con el contenido del contrato, de las circunstancias de la celebración del contrato y de cualesquiera otra circunstancia (§ 36), ley no muy distinta de la danesa reformando la antigua ley sobre contratos (227).

Dentro de este amplio movimiento defensivo frente a las cláusulas generales de los contratos, se destaca la importante y detallada Ley alemana de 9 diciembre 1976, que define y limita jurídicamente

y sig.; LANDO, *Who should be protected against unfair contract clauses?*, en *New Directions*, II, pp. 586-592; BIANCA, *Protection of the weaker party in international trade relations through an international rule*, en *New Directions*, II, pp. 603-605.

(224) También entre comerciantes, si se prueba que las cláusulas no son «fair or reasonable».

(225) Ley que confía al «Director General of Fair Trading» la vigilancia de toda transacción comercial.

(226) Se afirma en la «fundamental breach doctrine», formulada en sentencias de Lord Denning, en las que se protege de la «economic duress», cuando hay «inequality of bargaining power» y cuando la liberación de responsabilidad impuesta resulta contraria a la raíz del contrato («root of the contract»); con detalle de las sentencias, WOOLRIDGE, *Inequality of Bargaining Power in Contract*, J. of Buss. L., 1977, pp. 312 y sig.; en especial pp. 314-318.

Sorprende el cambio radical de la doctrina inglesa; cuando hasta hace poco se sacralizaba el contrato, se había convertido en una mera formalidad la «consideration» (así, en la venta de una finca por una moneda) y se consideraba impenetrable la persona jurídica, siguiendo la doctrina de «Salomon v. Salomon», caso éste que también recientemente a pasado a la sombra (SCHMITTHOFF, *Salomon in the Shadow*, J. of Buss. L. 1976, p. 305).

(227) Ley de 12 junio 1975 que agrega a la de 8 mayo 1977 una disposición, diciendo que un contrato puede ser anulado total o parcialmente si resulta irrazonable y contrario el mantenerlo a una conducta honrada. En Suecia y Dinamarca, según las Leyes de Ordenación del Mercado de los consumidores, puede censurar el «Ombudsman» las condiciones generales injustas. JORGENSEN, *Unreasonable Conditions in Nordic Law*, J. of Buss. Law, oct. 1975, pp. 323 y sig. También pueden verse, KORRISCH, *Verbraucherschutz in Schweden*, *Rabels Z.* 37 (1973), 755 (760 y sig.); BERNITZ, *La protection du consommateur en Suède et dans les pays nordiques*, *Rev. I. D. Comp.*, 26 (1974), pp. 534 y sig.

el ámbito de las condiciones generales de los negocios (228). Contiene una regla general, por la que se declara ser ineficaces las dichas cláusulas, cuando a la parte a la que se le hayan impuesto, se le cause contra la buena fe, un perjuicio desmesurado; presumiéndose tal perjuicio cuando aquéllas no sean compatibles con las ideas fundamentales de la regulación legal, y también cuando limitan los derechos y las obligaciones resultantes de la naturaleza del contrato, de manera que se ponga en peligro el conseguir la finalidad del contrato (§ 9). Regla que se desarrolla en una larga y detallada serie de disposiciones en las que se distinguen los casos en los que se declara la ineficacia de la cláusula (§ 11) de aquellos otros en los que ello se deja a la apreciación judicial («Wertungsmöglichkeit») (§ 10). Más importante en la práctica habrá todavía de resultar el que se confiera competencia a las Asociaciones de consumidores, a las del fomento de intereses industriales y a las Cámaras de Industria y Comercio y Cámaras de oficios, para ejercitar acciones contra quienes emplean dichas cláusulas para que se abstengan de usarlas y, respecto de quienes las recomiendan para que retiren la recomendación (§ 13). Disposición prudente, pues los más de los consumidores carecen de decisión y medios económicos para entablar un pleito, posiblemente largo y difícil (229). Respecto de esta ley alemana, se ha dicho justificadamente que, no sólo es la más completa y detallada entre las de los países de las Comunidades europeas, sino en todo el mundo (230). Ella también nos ofrece un muestrario impresionante de las cláusulas abusivas ordinariamente utilizadas en perjuicio de los consumidores (§§ 10 y 11).

De importancia más inmediata para España, aunque todavía de futuro, son los trabajos y proyectos de las Comunidades europeas y del Consejo de Europa en favor de los consumidores. En ellos se indica que la pretensión de los consumidores es un principio ya en germen en el mismo Tratado fundacional constituyendo la Comunidad Económica Europea (231). En 1972, los Jefes de Estado o de Gobierno, reunidos en Parsí (19-20 octubre), invitan las Instituciones de la Comunidad a reforzar y coordinar las accio-

(228) "Gesetz zur Regelung des Rechts des Allgemeinen Geschäftsbedingungen-AGB-Gesetz" de 9 diciembre 1976. Fue el resultado de una cuidada preparación. En 1972 se crea un grupo de trabajo con representantes de la Universidad, de la Judicatura, economistas, consumidores y de funcionarios de Justicia y Economía. En base de los Informes de 1974 y 1975 se redacta el Proyecto. Aprobado por el "Bundestag" en 11 de noviembre de 1976, entra en vigor en 1 marzo 1977.

(229) Puede verse su traducción al castellano, por GARCÍA AMIGO (con algunos comentarios), *Ley alemana occidental sobre "condiciones generales"*, Rev. D. Pr., mayo 1978, pp. 384-401.

(230) VON HIPPEL, *Der Schutz des Verbrauchers von Unlauteren Allgemeinen Geschäftsbedingungen in den E. G. Staten*, Rabels Z. 41 (1977-2), p. 256.

(231) Se citan al efecto los artículos 2. 39 y 85: Anejo a la Resolución del Consejo, 14 abril 1975. J. Off des Comun., E. 25,4,75, núm. 92/1 y 92/3-4.

nes en favor de la protección de los consumidores y, en 1975 (14 abril), el Consejo de las Comunidades Europeas aprueba el principio de la protección de los consumidores (232). En el programa preliminar para su desarrollo, se establece como primer principio: que los compradores de bienes y servicios serán protegidos frente a los abusos de poder del vendedor, en particular frente a los contratos tipos establecidos unilateralmente, la exclusión abusiva en los contratos de derechos esenciales, las condiciones de concesión de crédito, la exigencia de pago de mercancías no encargadas y los métodos de venta agresivos» (233). En el Proyecto de programa de la Comisión, 26 de junio de 1979, se nos dice que en el dominio de las cláusulas abusivas de los contratos, la Comisión ha comenzado trabajos con los expertos de los Gobiernos, en vista de la elaboración de una acción comunitaria (234).

En fin, reflejo de lo general de este movimiento, son las declaraciones de la Constitución española de 1978 sobre la defensa de los consumidores (art. 51) y el Defensor del Pueblo (art. 54) (235).

Los datos citados, aunque muy incompletos (236), pueden bastar para concluir que la orgullosa construcción de «la nueva *lex mercatoria*», en los países de libre mercado ha perdido toda justificación sociológica o de «física social». Las condiciones generales de los contratos, a los que se atribuyera ser manifestación del poder legislativo de los comerciantes y prevalecer sobre las

(232) *Loc. cit.* en nota anterior. En 25 septiembre 1973, por decisión de la Comisión de las Comunidades Europeas, se crea el Comité Consultivo de los Consumidores, J. Off. 10.10.73, n. 2283/18.

(233) *Loc. cit.*, J. off. 25.4.75, núm. C 92/6. Entre las acciones prioritarias a realizar se señalan las de protección frente a las prácticas comerciales abusivas. También en primer lugar, las condiciones generales de los contratos, id. núm. C 92/7.

(234) J. off. 30.8.79, núm. C 218/9. El importante trabajo de VON HIPPEL, es un informe a tal efecto. *Der Schutz des Verbraucher von unüberten allgemeinen Geschäftsbedingungen in den E. G. Staaten*, Rabels Z. 41 (1977-2), pp. 235-280. También SANTAELLA, *Los derechos de información y expresión de los consumidores y usuarios*, Doc. j., Min. Justicia, núm. 18, abril-junio 1978, pp. 411-430 (56-74).

(235) BERKOWITZ (Alberto), *La protección de los consumidores, la Constitución española y el Derecho mercantil*, en *Lecturas sobre la Constitución Española*, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, 1978, II, pp. 9-37.

(236) Pueden citarse también, el Israelí Act núm. 5724/1964, ZELTNER, *Das Vcrtragsrecht des Staates Israel*, Rabels Z. 37 (1973), 755 (760 y sig.); sobre los Estados Unidos, RAISER, *Die richterliche controlle von Formularbedingungen in amerikanische und deutschen Recht*, Rabels Z. 39 (1975), 56 (72 y sig.); HOFFMANN, *loc. cit.*, pp. 403 y sig.

Puede contarse en el movimiento de protección del consumidor, la aparición del derecho de arrepentirse, que aunque con antecedentes en el antiguo Derecho suizo ("droit de repentir", "Reuerecht") resulta revolucionario para la dogmática moderna; sin embargo, se encuentra establecido en unos doce estados, aunque sólo respecto de ciertos contratos (venta a domicilio, venta a plazos, arrendamiento-venta, crédito al consumo). Sobre ello, JEANPRETRE, *Le droit de repentir*, Z. f. Schw. R. 98 (1979) I, 1, pp. 33-47.

leyes imperativas de los Estados, precisamente en aquellos mismos países en que se creara y desarrollara la doctrina del Derecho autónomo de los comerciantes, se han visto sometidas a un severo control, por las leyes, y en las sentencias de los Tribunales, sancionando con la nulidad aquellas condiciones que resultan injustificadamente en perjuicio de los consumidores o de la parte más débil en el contrato.

3. Control del arbitraje.

Respecto de la cláusula compromisoria y el arbitraje, la situación es otra que la antes señalada sobre la protección de la parte más débil; aunque tampoco resulta del todo favorable a las pretensiones de vigencia y universalidad del movimiento de «la nueva *lex mercatoria*». En verdad, no se han dado frente a dicha cláusula, medidas protectoras de los consumidores. Mas ello ha sido porque en los países cuyas legislaciones conocemos, no se ha creído sean necesarias o urgentes, porque en ellos —con la llamativa excepción de nuestra ley de 1953— se han mantenido y en ocasiones reforzado las medidas legislativas para limitar su peligrosidad.

a) Justificación doctrinal.

La peligrosidad de la cláusula compromisoria, en cuanto conduce a un forzado arbitraje, es doble. De un lado, puede ser utilizada para esquivar las medidas condenatorias de las abusivas cláusulas generales de los contratos; pues, como muestra la práctica, el árbitro, carente de la independencia y autoridad del Juez, tiende a aplicar a la letra el contrato y así también a cada una de sus cláusulas. Del otro lado, cuando en la cláusula compromisoria se haya designado quién ha de ser el árbitro, la designación puede ser impuesta a la parte más débil y carecer ese árbitro de las condiciones de imparcialidad esenciales para su misión (237).

(237) Se citan casos como los siguientes: en las condiciones establecidas para los contratos de una sociedad con sus clientes, se designa como árbitro al consejero-delegado, a un empleado, a un abogado de la compañía, o de una sociedad filial; la empresa constructora para los contratos con los adquirentes de cada piso, designa como árbitro a un arquitecto, abogado o notario de su confianza, o bien al arquitecto director, conñado del contratista con el que éste tiene una asesoría de estudios técnicos (caso éste referido en S. T. S. 24 marzo 1947). En otras ocasiones, son las organizaciones empresariales las que imponen árbitros o tribunales arbitrales controlados por ellas. En el caso *First National Bank v. Clay* (1942), se dijo: "Todas las precedentes están de acuerdo en que cualquier persona puede ser nombrada árbitro... No será prudente, pero no hay razón legal que nos diga porqué dos personas no pueden escoger a cualquier tercera persona como árbitro. Escoger árbitro del todo desinteresado es un admirable modelo al que aspirar, pero las partes rara vez lo hacen y si todos los laudos se anularan en los que no se hace, pocos laudos se mantendrían". KRONSTEIN, *loc. cit.*, pp. 63-64; citando otros casos, en pp. 41 y 64. También SCHLOSSER, *Das Recht der*

Lo mismo que ocurre con las condiciones generales de la contratación, se sostendrá en la doctrina que la cláusula compromisoria y el consiguiente arbitraje, en cuanto son fruto de la autonomía de las partes contratantes, no hay razón alguna para someter, ni al compromiso, ni al laudo, a límite o control alguno (238). Así, en nombre de la libertad, se predica la intangibilidad de los laudos; su razón profunda está —se nos dice— en ser una manifestación del libre arbitrio, que como tal se encuentra fuera de todo control, porque la naturaleza del libre arbitrio está fuera de la justicia y de la injusticia (239). Y también, del mismo modo que respecto de las condiciones generales, se vendrá a objetar a estas consideraciones, que la idea del Derecho, a la que es de esencia la justicia, impide consentir que el arbitraje se convierta en instrumento para que pueda «reinar el capricho o el provecho de los poderosos» (240); y, además, se admitirá como hecho inevitable el control de los Tribunales antes de conferir valor ejecutivo a la sentencia arbitral (241). Hecho aquel que se manifiesta en las medidas precautorias o sancionadoras, de carácter imperativo, que se encuentran

internationalen privaten Schiedsgerichtbarkeit, Tübingen, 1975, I. Systematische Darstellung, pp. 460-469, §§ 464-469. Sobre el carácter “dictado” de muchas cláusulas compromisorias, lo citado en nota 144; comp. CHILLÓN, MERINO, *loc. cit.*, pp. 59-60.

(238) CARRERAS, fundamenta el arbitraje en constituir un modo de ejercicio de un derecho de disposición, fundado en el principio de la renunciabilidad de los derechos subjetivos privados. *Contribución al estudio del arbitraje* (Estudio de Derecho comparado), Rev. Inst. de D. Comp., Barcelona, núm. 1, julio 1953, p. 121; reproducido en FENECH, CARRERAS, *Estudios de Derecho Procesal*, 1962, p. 441. De lo dicho por este autor no resulta claro, si con ello se quiere excluir la aplicación de las medidas de protección a la parte más débil, las referentes al control judicial sobre la libertad del consentimiento de las partes y las sobre la imparcialidad del árbitro. Le siguen CHILLÓN, MERINO, *loc. cit.*, p. 53.

(239) SATTA, *Contributo alla dottrina del arbitrato*, Ristampa della prima edizione, Milano, 1969, p. 97 (la 1.^a ed. es de 1931). En la presentación de la nueva edición por FURNO, se dice que la obra es un “himno a la libertad”, frente a la “tiranía de la jurisdiccionalidad”, p. VII.

Con no menor desenvoltura, en el prefacio a la obra de MARANI, *Aspetti negoziali e aspetti processuali del arbitrato* (Contributo alla dottrina del arbitrato), Torino, 1966, nos dice MINOLI (uno de los directores de “Collana di studi sull’arbitrato”, promovida por la Asociación Italiana para el Arbitraje) que el criterio de lo justo e injusto varía al variar las técnicas económicas, pues varía lo que ayuda o favorece al hombre en general, p. XII (implícitamente para el autor parece que será lo que interese a la gran industria).

(240) HOFFMANN, *Internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit* (Arbeiten zur Rechtsvergleichung, 48), Frankfurt A.M., Berlín, 1970, p. 25.

(241) MÜNZBERG, *Die Schranken der Parteivereinbarungen in der privaten internationalen Schiedsgerichtsbarkeit* (Schriften zum Prozessrecht, 15), Berlín, 1970, p. 178; SANDERS, *Appeals Procedure in Arbitration*, p. 116, en *International Commercial Arbitration*, N. Y. London, 1974-1975; también en *Arbitrage international commercial*, I, París, s.d., pp. 31-32.

en los principales ordenamientos jurídicos, para paliar la peligrosidad intrínseca al arbitraje.

b) *Las limitaciones legales.*

Ha parecido conveniente recordar aquí algunas de las disposiciones legales de ciertos ordenamientos extranjeros, no sólo como prueba de lo antes dicho, sino también y sobre todo, para que así se destaque mejor lo aislado que se encuentra el criterio que ha inspirado la redacción de la Ley española de 1953, por la que se regulan los Arbitrajes de Derecho privado (242).

El Derecho francés, en materia de arbitraje, se ha podido caracterizar por su resistencia a admitir la cláusula compromisoria. Cuando llega a aceptarla por la presión de los comerciantes, ejercida por medio de los representantes de sus intereses en el Parlamento, ello se hace limitándola a las cuestiones comerciales entre comerciantes. En fin, será considerada tan anómala y excepcional, que se le declara nula, a menos que le ampare una disposición expresa de una ley (243). Los Tribunales tienen además competencia para decidir sobre la validez de la cláusula compromisoria o del compromiso (p. ej., capacidad, objeto, fraude), pudiendo, en su caso, declarar su nulidad (244).

El laudo mismo puede ser declarado ineficaz, cuando resulte contra el orden público (245). En especial, y en conexión con la idea del orden público, se entiende nulo el laudo cuando los árbitros han decidido con violación de los derechos de la defensa, considerados éstos como de «esencia superior a la ley positiva, y que encuentra su fundamento en el Derecho natural» (246). También se

(242) He procurado ofrecer datos de las disposiciones en ellos vigentes. He de advertir que no me ha sido posible comprobar siempre respecto de cada ordenamiento, si alguna disposición ha sido alterada o derogada. Las citas hechas espero que de todos modos serán suficientes como contraste de las pretensiones de universalidad de la "nueva *lex mercatoria*".

(243) Vide en notas 105-109.

(244) Los árbitros pueden decidir sobre su propia competencia; pero en caso de cuestionarse ante un Tribunal la validez de la cláusula o del compromiso, la decisión de aquéllos quedará a resultas de la sentencia judicial.

(245) Conforme a lo dispuesto art. 6.º de su Código civil. Sobre la aplicación del orden público en materia de arbitraje: MOTULSKI, *Ecrits, Etudes et notes sur l'arbitrage*, Dalloz, 1974, pp. 60 y sig.; ROBERT, *Arbitrage civil et commercial, en droit interne et droit international privé*, 4.ª ed., Dalloz, S.d. (aunque de 1967), pp. 46 y sig.; SCHLOSSER, *Das Recht der internationalen privaten Schiedsgerichtbarkeit*, Tübingen, 1975, I, págs. 255 y sig., 276 y sig.; FOUCHARD, *L'arbitrage commercial international*, París, 1965, pp. 342 y sig.; MEZGER, *La Jurisprudence française relative aux Sentences arbitrales étrangères et la Doctrine de l'Autonomie de la volonté en matière d'Arbitrage international de Droit privé*, Mélanges offerts á Jacques Maury, 1960, pp. 273-291.

(246) ROBERT, loc. antes citado, pp. 320, 257. Se requiere que se asegure a las partes seguridad y garantías procesales, respecto a la audiencia de cada una, a las pruebas, examen contradictorio de memorias y testigos, etc., etc.

piensa ser necesario que el laudo esté debida, o suficientemente motivado; pues los motivos son los que permiten contrastar si el tribunal arbitral ha valorado debidamente los argumentos de cada parte; la falta o insuficiencia de motivos se entiende en general, como una violación del derecho de defensa y, por tanto, como una violación del orden público (247).

En los casos referidos, se dan como recursos ordinarios: la apelación, conforme al artículo 1.023 del Código de Procedimiento civil, la oposición a la orden («ordennance») de ejecutar y también en los supuestos enumerados en el artículo 1.028. Los recursos extraordinarios son: la «requête civile» (art. 1.026), la oposición de tercero («tierce opposition»), ambas poco utilizados en la práctica (248), y el recurso de casación («pourvoi en cassation») (248).

Respecto al Derecho belga, es de notar que la ley de 4 de julio 1972 (249), dispone que el arbitraje no será válido si una de las partes tiene una situación privilegiada respecto a la designación del árbitro (art. 1.678), lo que se entiende que, p. ej., cubre los casos en que se trata de contratos de adhesión, o cuando la Asociación a la que pertenece una sola de las partes de la cláusula compromisoria es la que nombra los árbitros. Pudiéndose recurrir del laudo alegándose violación del orden público o ser materia impropia para el arbitraje el objeto del compromiso (250).

En el Derecho común alemán, no se advierte la repugnancia que otros ordenamientos sienten, o han sentido, frente a la cláusula compromisoria (251). Está admitida y regulada en la Ordenanza procesal civil del imperio alemán (Z.P.O. §§ 1.026-1.029) (252). Lo que se explica por el contrapeso que respecto a su peligrosidad, suponen las disposiciones dedicadas a asegurar la imparcialidad y

(247) ROBERT, *id.*, pp. 222-223.

(248) La "requête civile", se dice ser inusitada y se entiende ser renunciante (excepto en casos de dolo, fraude o infracción del orden público), sobre la "tierce opposition" se dice también que sólo se puede citar un solo caso, RUBELLIN-DEVICHI, *L'Arbitrage*, París, 1965, p. 365.

Los artículos arriba citados, modificados por Decr. 5 diciembre 1975 en *Nouveau Code de Procedure Civile*, Dalloz, 1979.

(249) Citada en nota 146.

(250) SANDERS, *The new Arbitration Statute in Belgium*, en *Yearbook Commercial Arbitration*, del International Council for Commercial Arbitration, vol. I, 1976, pp. 173, 175; sobre la amigable composición, nota 147.

(251) SCHONKE señala que el Derecho alemán, a diferencia de los derechos italiano belga y francés no distingue entre compromiso y cláusula compromisoria, *Derecho procesal civil*, trad. Barcelona, 1950, p. 373. Siendo la traducción de la 5.^a ed. alemana, de 1948, la obra citada recoge las modificaciones de la Z. P. O. respecto del arbitraje de 1930, pero no las sufridas en 1970.

(252) La Z. P. O. entraba en vigor el año 1879 en todo el imperio, antes, por tanto, que el Código civil, y había así una pluralidad de leyes de Derecho material; lo que para BLOMEYER explica que se contengan en aquella Ordenanza disposiciones que son complementarias del Derecho sobre los contratos, *Zivilprozessrecht. Erkennungsverfahren*, Berlín, Göttingen, Heidelberg, 1963, pp. 707, núm. 1.

neutralidad de los árbitros y también por el amplio poder de control conferido a los Jueces sobre las sentencias arbitrales.

En el segundo párrafo del § 1.025 (añadido al antiguo de la citada Ordenanza) se recoge también el criterio de la protección de la parte más débil, diciendo que: «El contrato de arbitraje es ineficaz, cuando una parte emplea su superioridad, económica o social, para imponer a la otra parte, la conclusión o aceptación de disposiciones que le concedan a ella una preponderancia en el procedimiento, en especial respecto a nombrar o rechazar el árbitro» (253).

La imparcialidad del árbitro, se trata de garantizar señalando las causas que permiten su recusación (§ 1.032). Estas son las mismas que para recusar a un Juez. Mas tales causas no están estrictamente limitadas, como en el Derecho español, sino que son establecidas con toda la amplitud deseable para la protección de las partes. Según la Ordenanza procesal civil (§ 42), un Juez puede ser recusado—además de cuando por ley le está prohibido actuar—siempre que exista temor de que sea parcial («Besorgnis der Befangenheit»); lo que se explica diciendo que, en su virtud, puede recusarse al Juez cuando haya algún motivo apropiado que justifique la desconfianza respecto de su imparcialidad; por tanto, con el mismo fundamento de desconfianza, podrá recusarse al árbitro (254).

Contra el laudo arbitral cabe pedir su anulación (§ 1.042); facultad que se considera irrenunciable. Las causas de anulación son de distinta naturaleza: por no ser válido el contrato de compromiso (§ 1.042.1), es decir, por las causas de anulación de los contratos (255), por ser contrario al orden público o a las buenas costum-

(253) Se entiende que no se requiere una inferioridad económica en concreto, y que la disposición es aplicable también respecto a situaciones de monopolio, BAUMBACH, LAUTERBACH, *Zivilprozessordnung*, 30.^a ed., München, 1970, pp. 1739-1740.

(254) La remisión del § 1.032 al 42 de la Ordenanza, ha permitido asegurarse de la imparcialidad de los árbitros, dejándose su apreciación a la discreción judicial; se interpretan dichos párrafos apoyándose en los §§ 134 (prohibición legal) y 138 (contra las buenas costumbres) del Código civil y en el principio “no se puede ser juez en el propio asunto”. Así, p. ej., se considera recusable el árbitro que sea o haya sido, respecto de una de las partes: representante o abogado, órgano de persona jurídica, consejero de asociación, sociedad anónima o limitada, de sociedad madre o filial, perteneciente a la misma firma; también, en los casos de Tribunal arbitral de una asociación de un ramo del comercio, a la que no pertenezca la otra parte. STEIN-JONAS, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, 19.^a ed., 1970, Com. al § 1.032, I, pp. 2-7.

(255) Sobre ello se plantea la cuestión de la “competencia de la competencia”. A pesar de alguna confusión en los Tribunales, se distingue la cuestión de la validez del contrato de fondo (lo que puede ser de la competencia del árbitro) y de la validez del contrato o cláusula de compromiso, sobre cuya validez será el Juez quien habrá de decidir, BLOMAYER, *loc. cit.*, p. 725; WIECZOREK, *Zivilprozessordnung*, 2.^a ed., Berlín, 1966, p. 2025; MÜNZBERG, *loc. cit.*, p. 128.

bres (§ 1.042,2) (256) y por haberse seguido un procedimiento inadmisibles (§ 1.041,1). Concretándose en este último respecto los casos en que las partes no hayan sido representadas legalmente (§ 1.041,3), no hayan sido oídas debidamente (§ 1.041,4) en que el laudo no esté provisto de motivos (§ 1.041,4) (257).

Para que el laudo arbitral adquiriera fuerza ejecutiva, es imprescindible solicitarlo ante los Tribunales. Solicitud que habrá de negarse en caso de existir alguna causa para que se declare la anulación del laudo (§ 1.042). En todo caso, antes de acceder a la solicitud, habrá de oírse a la otra parte. Si ésta opone la existencia de una causa de anulación de las señaladas en la Ordenanza, puede darse que ello permita el que se rechace de pleno, inmediatamente, la solicitud; en otro caso, habrá de ordenarse que se abra el debate oral, siguiéndose el procedimiento especial establecido al efecto (§ 1.042,a) - 1.042,b).

El Derecho inglés y el de los países que le han seguido, no parece haber encontrado dificultades para admitir la cláusula compromisoria. En cambio, se limita de modo especial la competencia de los árbitros y se eleva casi al máximo el poder de control de los Tribunales respecto del arbitraje. Separándose de tal modo de la regulación establecida al respecto en el resto de Europa, que se subraya la sorpresa de los juristas de otras tierras al encararse con sus especiales características (258).

A diferencia de otros países europeos (259), el Derecho inglés no conoce el arbitraje por amigables componedores o de equidad. Lo que se justifica, aduciendo que con éste quedaría prácticamente excluido el control de los Tribunales sobre la aplicación del

(256) Según la opinión dominante, juega el orden público cuando se trata de normas de Derecho imperativo que tocan a los fundamentos de la vida estatal o económica, o que sean dictadas para fines de política estatal, social o económica; además, los que chocan con una ley imperativa, p. ej., disposiciones sobre precios, arrendamiento, competencia. También se piensa será contra el orden público, el fallo arbitral dado contra la justicia o la equidad de modo grave ("grob"); p. ej., confirmando una pena irrazonablemente alta o una indemnización absurdamente baja, en caso de incumplimiento de contrato por culpa grave o dolo, STEIN-JONAS, *loc. cit.*, sobre § 1.041, 2, pp. 8 y sig.

(257) El requisito de la motivación puede ser dispensado por las partes, § 1.041, párr. 2. Una regla sobre el procedimiento se había establecido ya antes, en § 1.034, que dice que los árbitros antes de dictar su laudo, habrán de oír a las partes e investigar la situación de hecho en que se funde la controversia, si ello lo consideran necesario. Por lo demás, a falta de un acuerdo entre las partes sobre el procedimiento, podrán los árbitros establecerlo a su discreción.

En § 1.041, 6, todavía se hace una remisión a los núms. 1 al 6 del 580 (casos de revisión).

(258) KERR, *The English Courts and Arbitration*, en *International Commercial Arbitration, Documents and Collected Papers*, N. Y., London, 1974-1975, p. 199.

(259) Lo conocen, además de España, Francia, Bélgica, Portugal, Italia y Suiza. Conocen sólo el arbitraje de Derecho, Alemania, los países escandinavos y Finlandia.

Derecho, e incluso respecto a la apreciación de los hechos (260). Los laudos en tales arbitrajes no se consideran sentencias arbitrales, sino acuerdos entre caballeros («gentleman's agreement»), sin valor jurídico (261).

Lo que más llama la atención y produce mayor extrañeza al observador extranjero, es la figura del «special case». Se piensa que los árbitros son aptos para resolver cuestiones de hecho, pero no para las que son propiamente de Derecho, pues se estima que sólo los Jueces son competentes para desentrañar las difíciles cuestiones jurídicas. Criterio que armoniza con la concepción inglesa de las fuentes del Derecho; la formulación de reglas jurídicas y su interpretación es cometido del Parlamento y de los Jueces («Judge made Law»), lo que resulta incompatible con el admitir leyes hechas en casa («Home made Law»), sea por un particular o por una Asociación particular; además, se añade, éllo podría llevar a que cada rama del comercio creara e impusiera sus propios Códigos comerciales (262). Conforme a todo ello, cuando un árbitro se encuentra ante un punto controvertido de Derecho, puede acudir a los Tribunales para que éstos lo decidan; las partes pueden también requerir al árbitro para que establezca un «special case», al efecto de que se solicite la opinión del Tribunal; si el árbitro no accede, el interesado puede dirigirse, directamente, al Tribunal, para que éste ordene al árbitro que lo haga (263). Incluso el árbitro podría merecer el estigma de «misconduct», si se negare a establecer «a special case», cuando la petición fuera razonable y «bone fide» (264).

Se puede todavía impedir la actuación del árbitro por otros

(260) SIMONT, *Amiables compositeurs and their reasoning*, en cit. International Commercial Arbitration, p. 148.

(261) KERR, *loc. cit.*, p. 235, nota 41 A.

(262) Se ha dicho que el Parlamento y los Tribunales no quieren entregar a los particulares la interpretación y aplicación del Derecho, y son como perros guardianes para que se guarden las reglas de la Justicia natural en los Tribunales arbitrales (domésticos) como en los demás, KERR, *loc. cit.*, p. 201; citas de sentencias, al respecto, en pp. 222-223.

(263) Se indica la posición del árbitro en la sección 21 de la «Arbitration Act», 1950, con las frases «may» y «shall so if directed». Ha de indicarse que los contratantes pueden excluir la aplicación del Acta, pero no de los derechos legales que ella menciona, pues ello sería contra el orden público, GILL, *The Law of Arbitration*, 2.^a ed., London, 1975, p. 11; sobre el «special case», p. 83.

La figura del «special case» ha sido objeto de críticas, por poder ocasionar dilaciones (a veces origina hasta cinco instancias), SCHMITTHOFF, *The Reform on the English Law of Arbitration*, The J. of Buss. L., oct., 1977, pp. 306-307. En la «Commercial User Conference» (1966), formada por 24 asociaciones comerciales y a la que asistió un solo jurista, no se recomienda, sino lo contrario, la supresión de este procedimiento. En Escocia se introdujo el procedimiento del «special case», por ley de 1972, aunque se permite que en el compromiso se establezca su no utilización, KERR, *loc. cit.*, p. 42 y p. 236, n. 41 A.

(264) P. ej., planteando cuestiones de capacidad (respecto de menor, loco, quebrado, corporaciones), GILL, *loc. cit.*, p. 10.

motivos: En primer lugar, alegando que el contrato de fondo es nulo; pues entonces habrá que acudir a los Tribunales, para que decidan sobre ello, ya que la jurisprudencia entiende que su nulidad implicaría la nulidad de la cláusula compromisoria. También en el supuesto de haberse designado el árbitro en el compromiso, cualquiera de las partes puede pedir ante los Tribunales autorización para revocar la designación del árbitro o bien puede solicitar una orden judicial al efecto de que la otra parte o el árbitro se abstengan de proseguir con el arbitraje; lo que ha de fundarse en que el árbitro nombrado no es o puede no ser imparcial (265).

En curso ya el procedimiento arbitral, el Tribunal competente (la «High Court») puede destituir al árbitro, cuando éste haya mostrado un interés o prejuicio sobre la decisión del caso, que sea incompatible con la imparcialidad, o cuando haya observado una conducta indebida («misconduct»), ya sea personal o en el procedimiento arbitral seguido (266).

Dictado el laudo, el poder de control judicial es discrecional, y puede manifestarse de tres maneras. El Tribunal puede rechazar de plano el laudo, incluso sin petición de parte, cuando contenga un defecto o error evidente a primera vista («is bad on the face») (267). Puede también el Tribunal devolver el laudo a los árbitros para su reconsideración, cuando así convenga para evitar resulte una injusticia por inadvertencia, p. ej., se deban llevar a cabo más pruebas (268). En fin, el Tribunal puede anular el laudo, sea por haberse conducido mal el árbitro, por defectos del procedimiento, por haberse conseguido el compromiso o el laudo de modo impropio (269). Se piensa que el laudo otorga, al que resulta

(265) La S. 24 (1), "Arbitration Act", 1950, añade que no es base para negar la petición de revocación a una parte, el que ella cuando se concluyó el compromiso conocía o debía conocer que el árbitro podía no ser imparcial, en razón a sus relaciones con la otra parte del compromiso o por su conexión con la cuestión planteada.

(266) S. 23, "Arbitration Act", 1950. Se considera "misconduct" en "sentido técnico" no sólo la inmoral sino también la que pueda conducir a un "miscarriage of justice", a que se contradigan los principios de la "justicia natural"; se considera como tal, además, las irregularidades graves en el procedimiento, p. ej., el denegar indebidamente recibir una prueba, el examinar un testigo en ausencia de las partes. Sobre la falta de imparcialidad, se llega a preguntar si ella existe por haber aceptado la invitación a comer de una de las partes. Sobre todo ello, existe una jurisprudencia muy casuista. RUSSELL, *On the Law of Arbitration*, ed. 18.^a, by Anthony WALTON, London, 1970, pp. 116 y sig., 377 y sig., 382; también GILL, *loc. cit.*, pp. 31, 77, etc.

(267) Tanto si el error que ofrece es de hecho o de derecho; p. ej., considerar una interpretación clara por literal, no siéndolo; estimar razonables unas costumbres o usos, no siéndolo; condenar al pago de daños al inocente; dar por justificados hechos que no lo están según los documentos; RUSSELL, *loc. cit.*, pp. 357 y sig.; GILL, pp. 105 y sig. Esta facultad hace que, para evitarla, no se motiven los laudos, KERR, *loc. cit.*, p. 211.

(268) S. 22, "Arbitration Act", 1950: "Power to remit award".

(269) Cuando se pide anular un laudo, el Tribunal ("High Court") puede ordenar que lo que se hubiera de pagar según el laudo se deposite en:

favorecido, un título para pedir al poder ejecutivo del Estado que lo ejecute, y es función del Tribunal que no se abuse del poder ejecutivo, y que lo actuado no resulte contra el orden público («Public policy») (270).

VII. LA NUEVA LEX MERCATORIA Y EL COMERCIO INTERNACIONAL.

Los datos enumerados, aunque incompletos (271), bastarán para mostrar, me parece, que aquel poder judicial independiente, que con el arbitraje se atribuyera al Derecho autónomo de los comerciantes (nueva *lex mercatoria*), lejos de haberse independizado, continuaba sometido a las leyes imperativas de los Estados y al control de los Tribunales, en los más significados países de economía de libre comercio. Lo que resulta evidente, al menos respecto al tráfico interno.

1. *Repliegue de la lex mercatoria al tráfico internacional.*

El movimiento de la «nueva *lex mercatoria*» ha tenido, por ello, que replegarse, y abandonando de modo discreto sus antiguas pretensiones respecto al comercio interior, se limita hoy en general a sostener su vigencia para el tráfico internacional.

El auge de dicho movimiento en la actualidad, se debe a dicha limitación. Puede adelantarse, que ello resulta de la concurrencia de causas de distinta naturaleza. La ya señalada de la situación angustiosa en que se ha sentido la doctrina jurídica en materia de Derecho internacional privado, al ser impotente para hallar soluciones prácticamente satisfactorias para los conflictos de leyes (272); la egoísta falta de interés para proteger a la parte más

el Tribunal o se asegure de otro modo su cumplimiento, mientras se decida sobre la petición de anulación, S. 23,3, "Arbitration Act", 1950.

(270) RUSSELL, *loc. cit.*, p. 377.

(271) Entre lo mucho que habría que añadir, cabe mencionar al Derecho de los Estados Unidos. Ofrece la dificultad de lo variado de las leyes de sus Estados. Se diferencia del Derecho inglés en que desconoce la figura del "special case". En cambio, su "Arbitration Act", 1925, con sus modificaciones hasta 31 julio 1970, coincide con el Derecho inglés en la facultad de poderse pedir la anulación de un laudo cuando éste fuera obtenido por corrupción, fraude o medios incorrectos ("undue means"), evidente parcialidad del árbitro, "misconduct" en la conducción del procedimiento (§ 10, letras a, b y c).

(272) Puede verse lo dicho en nota 171.

La impresión que produce la literatura jurídica en materia de Derecho internacional privado, se expresa de manera tan significativa en la siguiente frase, que me he permitido recogerla, aunque resulte aquí cita de tercera o cuarta mano: "El reino del conflicto de leyes es una ciénaga siniestra, llena de lodos movedizos, poblado de sabios y excéntricos profesores, que especulan sobre materias misteriosas, en una jerga extraña e incomprensible. El juez o el práctico de tipo medio, cuando en él se sumergen, se pierde por completo y en él se enreda". FRANCISCAKIS, *Droit naturel et Droit international privé*, en *Mélanges offerts à Jacques Maury*, I, p. 149, n. 108 (citando a Prosser, a su vez citado por Bland).

débil en los contratos internacionales; la necesidad de los Estados fuertemente industrializados de favorecer a su comercio exterior; la presión de las multinacionales; el que en el comercio internacional no juega la fuerza política de la protección de los consumidores.

Las necesidades o los intereses de las empresas participantes en el comercio internacional, han presionado a los Tribunales y a la doctrina con tal fuerza, que les ha llevado a dar un trato distinto a la contratación internacional. Se piensa, que ciertas reglas nacionales imperativas y restrictivas, están justificadas como pertenecientes al «orden público interno», pero que no debían aplicarse al comercio exterior, por no imponerlas el que se califica de «orden público internacional». Así, en Francia se han salvado ciertas prohibiciones (273), como la de la cláusula oro, la de los laudos no motivados, la competencia de la competencia, y en Italia los requisitos relativos a las condiciones generales del contrato establecidos en el artículo 1.391 de su Código civil (274).

De otro lado, se entenderá que las disposiciones dictadas para la protección de los consumidores, debían limitarse al comercio interno y no extenderse a los tratos y contratos de carácter internacional (275); y así se hace en las leyes sobre esta materia de Israel, Reino Unido y Alemania Federal (276). Esta discriminación respecto al tráfico con el extranjero, llega al extremo de que, debido a las protestas de los hombres de negocios, que alegaban sus intereses en el mercado mundial, el Tribunal federal de Alemania, deniega la aplicación del principio de la buena fe («Treu und Glauben») en los tratos internacionales (277).

2. El arbitraje internacional.

Conforme a la práctica señalada, puede observarse en la doctrina el ya señalado cambio de orientación en el movimiento de «la nueva *lex mercatoria*», por el que va perdiendo fuerza la tendencia a favorecer al empresario en general. En «l'Europe des marchands», lo que más importa será el comercio exterior. Cambio que se manifiesta llamativamente respecto al arbitraje. Desaparece

(273) La «Cour de Casation» (1931, J. Clunet 58,90) considera que si no se daba eficacia a la cláusula compromisoria a favor del arbitraje del «English Corn Products Exchange», se perdería el mercado mundial para los franceses, cita de KRONSTEIN, *loc. cit.*, p. 50.

(274) ROBERT, *loc. cit.*, p. 567; FOUCHARD, p. 149; BONELL, pp. 499-501; RUBELLIN-DEVICHI, pp. 104-105.

(275) SCHMITTHOFF, en *New Directions*, II, p. 620.

(276) BONELL, p. 503, notas 56 y 57; EORSI, *Contracts of Adhesion and the Protection of the Weaker Party in International Trade Relations*, en *New Relations*, I, p. 157. Lo que se justifica, en que tales medidas en favor de la parte más débil no son necesarias en dicho tráfico, no resultan prácticas y no serían ejecutables.

(277) EORSI, *loc. cit.*, p. 163. En Estados Unidos se pone en cuestión si leyes como las «anti-trust» y las sobre valores son aplicables a convenios «trully international»; NISSEN, *Antitrust and Arbitration in International Commerce*, Harvard, I, L. J. 17 (1976), pp. 112 y sig.

el fervor en los elogios al arbitraje en general. Ahora ellos se centran en el arbitraje internacional, el que se considera esencial e imprescindible para el comercio internacional; mientras que para el comercio interno llega a confesarse, y por una de las más altas autoridades en la materia, que en Derecho interno no hay motivos para preferir el árbitro al Juez, en cuanto éste tiene un cuadro, un personal y una tradición bien probada, concluyéndose que la ventaja del arbitraje donde aparece es en los litigios del comercio internacional (278); es para este comercio para el que se le considerará necesario, para su desarrollo y su seguridad (279). Esta valoración del arbitraje internacional explica, el antes indicado grandioso esfuerzo de organización realizado para difundir el arbitraje, estudiarlo y promoverlo, en Congresos, Conferencias, Instituciones, Cámaras y Revistas.

No deja, a primera vista, de parecer extraño la importancia dada al arbitraje internacional. No sin razón se ha observado que las partes buscan menos una jurisdicción especial que la aplicación de reglas particulares (280); es decir, las de un Derecho autónomo, liberado de leyes nacionales imperativas, mercantiles, procesales y de Derecho internacional privado. ¿Cómo y por qué se ha recurrido al arbitraje para conseguir este resultado? Quizá se responda a la cuestión con recordar, someramente, cómo se ha ido entretejiendo la doctrina sobre la regulación del tráfico mercantil internacional.

Se dice, y se repite con razón, que el Derecho de los Estados no ha sido capaz de regular satisfactoriamente la contratación comercial de carácter internacional; con lo que se ha creado un vacío normativo que urge sea colmado. Como la necesidad crea Derecho, se añade, habrá que entender que su regulación se abandona al libre juego de los interesados. Para mejor justificar esta conclusión, se acude al «Deus ex machina» de la autonomía de la voluntad. Teoría que encuentra su apoyo en la tendencia doctrinal que, en Derecho internacional privado, sostiene ser aplicable la ley elegida por las partes contratantes, aunque ella no tenga conexión alguna con el contrato de que se trata, y en la que también afirma que la sumisión a una ley significa someterse a su contenido actual y no a los resultantes de los cambios de legislación. De todo lo que

(278) FOUCHARD, *loc. cit.*, p. 3. Exceptúa los litigios de carácter técnico. También, entre otros, HOFFMAN, *loc. cit.*, p. 73; MÜNZZBERG, *loc. cit.*, p. 31; SANDERS, *International Commercial Arbitration*, Nederlands Tydschrift voor I. R., XX-1, 1973, pp. 37-39; GOLDSTAJN, *The attitude of Yugoslav Law to International Arbitration*, en *International Commercial Arbitration*, p. 259. También, CREMADES, pp. 8 y sig.; CHILLÓN, MÉRINO, p. 18.

(279) RUBELLIN-DEVICHI, p. 24.

(280) Se habla al efecto de "selfregulatory contract" y de "contrat sans loi". No bastaba aquí con apoyarse en la fórmula de CARBONNIER del "non droit" (*L'hypothèse du non droit*, Arch. de Phil. de Droit, 1963, pp. 55 y sig.; estudio recogido en *Derecho flexible*, trad. de Díez-PICAZO, Madrid, 1974), pues el no Derecho (Rechtsraumleere) se caracteriza por la carencia de efectos jurídicos (*Derecho flexible*, p. 43).

se deduce, que no existe razón alguna para decir que las partes no puedan crear la regulación que estimen conveniente para sus contratos. Mas, con tales razonamientos, no se consigue todavía evitar que, en caso de litigio, el Juez al que habrá que acudir, juzgue sobre el contenido del contrato, aplicando o teniendo en cuenta las normas imperativas que se trataron de evitar; lo que hará, sea por consideraciones de orden público o para evitar el fraude a la ley.

Será mediante la aplicación del principio de la autonomía de la voluntad al contrato de compromiso, como se consigue evitar el temido momento del control judicial y, siempre basándose en la autonomía de la voluntad, reducir la función del juez a la de homologar el laudo arbitral para dotarlo de fuerza ejecutiva. Lo que será la aspiración que se manifiesta en tantas conferencias y congresos sobre arbitraje, se defiende por las instituciones y Cámaras para el arbitraje internacional y la que, hasta logra verse realizada en alguna legislación y convenio internacional. De esta manera, y por medio de la cláusula compromisoria, parece haberse conseguido que sea realidad el soñado Derecho autónomo de los comerciantes; cuyo postulado sería la liberación de toda regla imperativa. El comercio internacional quedaría de este modo entregado a la lucha libre de los interesados, en la que el más fuerte puede dictar su ley, «quia nominor leo».

Este resultado, que se fomenta y defiende por muy poderosas fuerzas sociales, será puesto en duda y sujeto a reservas, en razón de tres motivos. Ante todo, al haberse sacado a la luz pública, los casos en que la cláusula compromisoria se ha venido y se viene utilizando para imponer árbitros sospechosos de parcialidad, un procedimiento poco correcto, o para servir de cobertura a condiciones de los contratos; contrarias a la justicia o a la equidad (281). En segundo lugar, al mostrarse que es inevitable el control de los Tribunales de Justicia y necesaria la intervención judicial, para que los laudos arbitrales obtengan eficacia ejecutiva (282). En un último término, aunque no con menos importancia, figura la desconfianza hacia la cláusula compromisoria que muestran los países del llamado Tercer Mundo.

Ha de tenerse en cuenta, respecto de lo últimamente dicho, que el tráfico internacional no se limita hoy a la compraventa de mercancías. Tienen importancia creciente los negocios a largo plazo, los

(281) Pueden verse notas 3, 4 y 237.

(282) SANDERS, autoridad internacional en la materia, dice ser inevitable el control de los Tribunales, precisando que a ellos toca contestar estas preguntas: ¿hubo compromiso válido?, ¿se siguió un procedimiento adecuado? (p. ej., "auditor et altera pars"), ¿había razones para invalidar el laudo (p. ej., de orden público) o por el contrario para que reciba el "fiat executio"? *Appeals Procedure in Arbitration*, en antes citado *International Commercial Arbitration*, I, p. 116; también, en *Arbitrage international commercial. International Commercial Arbitration*, I, París, s. d., *Introduction*, pp. 31-32; MÜNZBERG, *loc. cit.*, p. 178; HOFFMANN, *loc. cit.*, p. 73. También en *New Directions*, I; POPESCU, p. 34; RECZEI, p. 56; STEINDORF, p. 92; BONELL, p. 118.

que también revisten nuevas formas jurídicas. Se puede tratar, aparte de préstamos y otras transacciones bancarias, de transmisión de tecnología, de conocimiento y experiencia técnica («know how»), construcción de plantas industriales, suministro de patentes, de obras de ingeniería, de establecimiento de agencias y filiales, de «joint ventures», «leasing», «factoring». Negocios que llegan a ser en ocasiones por valor de billones de dólares. En estos casos, la importancia de la cláusula compromisoria, de quién y cómo se designa al árbitro, se potencia al máximo; tanto más cuanto que dada la duración del negocio, puede convenir pactar que el árbitro haya de llenar las lagunas y completar lo no previsto en el convenio según nuevas circunstancias (283).

No hace falta mucha imaginación para darse cuenta de la importancia decisiva de la cláusula compromisoria para asegurar el «imperialismo» de las grandes empresas, respecto de quienes con ellas tratan. Será la mejor arma para implantar y mantener el «neocolonialismo» en las antiguas colonias e incluso para la dominación económica en los países en trance de desarrollo, aún de los de la cuenca del Mediterráneo. En el caso de las multinacionales, su poder avasallador se deja sentir incluso en los países industrialmente más desarrollados.

La prepotencia de las empresas, asegurada por la cláusula compromisoria, afecta no sólo a los particulares, como parte más débil en el contrato, sino también a la política económica de los Estados y a su misma independencia real. Consideración que explica la resistencia creciente de tantos países a reconocer los laudos dictados en el extranjero y también para firmar y ratificar los convenios internacionales sobre arbitraje (284).

Las críticas de los autores respecto a la autonomía de la voluntad ilimitada y la resistencia frente a ella de los países no industrializados, no han tenido mucho éxito en las Conferencias internacionales sobre arbitraje. En ellas, como se ha visto (285), irá triunfando la tesis contractualista frente a la procesalista o jurisdiccio-

(283) HOLTZMANN in coordination with BERNINI, *Arbitration in Long-Term Business Transactions*, en *International Commercial Arbitration*, cit., pp. 411-415; DEBEVOISE, *The arbitrability of Gaps in Long-Term Scientific, Technical and Industrial Development Contracts*, Harvard, I. L. J., vol. 17, 1976, pp. 122 y sig.

(284) TIEWAL, TSEGAD, *Arbitration and the Settlement of Commercial Disputes. A Selective Survey of African Practice*, The I. Comp. L. Q. XXIV-3 (julio 1975), p. 398 (trabajo reproducido con algún cambio de redacción en J. of World Trade Law, IX-4 (julio-agosto 1975), pp. 378-397); BLAGOJEVIC, *Le droit du commerce international et le nouvel ordre économique international actuel*, en *New Directions*, II, p. 439; ABBOT, *Latin America and International Arbitration Conventions: The Quandary of Non-Ratification*, Harvard, I. J., vol. 17 (1976), pp. 131-140; MACKIE, *Commodity Arbitration in London*, en *International Commercial Arbitration*, pp. 334, 335. *Journal of World Trade Law*, vol. 12, n. 4 (jul.-aug. 1978), p. 373; ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO, *Estudios procesales*, Madrid, 1975, pp. 107-108.

(285) Puede verse lo dicho en las notas 196-200.

nalista, dejando a la voluntad de las partes (a la de la económicamente más fuerte) la «electio legis» (286). Sin embargo, no se logra la aspiración de los partidarios de la absoluta autonomía, la de liberar al arbitraje de todo control judicial.

El Protocolo de Ginebra de 24 de septiembre de 1923, establece que los Tribunales de los Estados contratantes habrán de inhibirse cuando se excepcione la existencia de un acuerdo compromisorio, precisando que ha de tratarse de un «acuerdo de arbitraje válido» (disp. 4.^a). Validez que habría que contrastarla con la ley que el Tribunal estime aplicable. El Convenio de Ginebra de 26 septiembre 1927, precisa que para el reconocimiento o ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras, éstas habrán de haber sido dictadas a consecuencia de un compromiso o cláusula compromisoria *válida*, según la legislación que la sea aplicable [artículo 1.º, a)]; condicionándose dicho reconocimiento o ejecución a que uno y otra «no sean contrarios al orden público o a los principios del Derecho público en el país en que se invoque» [artículo 1.º, c)]. Regla por la que se entrega a la discreción de los Tribunales el poder negar reconocimiento o ejecución al laudo, en razón de contrariar alguna ley imperativa o principio general, que entiendan aplicable al caso.

El Convenio de Nueva York, de 10 de junio 1958 sobre el reconocimiento y ejecución de las Sentencias arbitrales extranjeras, sigue estableciendo que el acuerdo compromisorio determina la inhibición de los Tribunales, a menos que se compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o inaplicable (art. II, 3). Condición que se trata de precisar, añadiendo que se podrá denegar el reconocimiento o ejecución de la sentencia arbitral, cuando el acuerdo compromisorio no sea válido en virtud de la ley a que las partes lo hayan sometido; o si nada se hubiera dispuesto sobre ello, de acuerdo con la ley del país en el que se haya dictado la sentencia (artículo V, 1, a); disposición que ha dejado abierta la cuestión: ¿implica ella la posibilidad de desatender las normas imperativas del Estado nacional? (287). De todos modos, su respuesta se deja a la discreción de los Tribunales, al disponerse que se puede denegar el reconocimiento y la ejecución de la sentencia, si resultan contrarias al orden público del país en que se pide dicho reconocimiento y ejecución [art. V, 2, b)].

(286) La tesis jurisdiccionalista se basa en que excluyendo el arbitraje la jurisdicción estatal, su idoneidad y validez tiene significado jurisdiccional y, por ello, debe estar sometido a la «lex loci arbitratus»; pero su resultado práctico no será diferente al de la tesis contractualista, si se deja a las partes designar el lugar en que se celebre el arbitraje; comp. *Institut de Droit International*, Annuaire, 1959, pp. 372 y sig.

(287) Pregunta que ha sido contestada diversamente. Bülow, conforme a los antecedentes de la Conferencia, que conoce como miembro del Grupo 3.º de trabajo, de cuyas discusiones da cuenta, afirma que nunca se favoreció la ilimitada autonomía de las partes, cita de BARMANN, *loc. cit.*, pp. 76-77, su opinión en p. 78; también MÜNZBERG, *loc. cit.*, página 175. Lo que importa también en España, «B. O.» 7 julio 1977.

Una orientación muy favorable a no limitar la autonomía de la voluntad, ofrece el Convenio europeo sobre el arbitraje comercial internacional, Ginebra, 21 abril 1961, en el que se suprime la reserva del orden público. Ello no obstante, se reconocen ciertas limitaciones a la autonomía de las partes. Se admite que se puede apelar al Tribunal competente del Estado, conforme a la «*lex fori*», contra el laudo en que el Tribunal arbitral haya fallado sobre su propia competencia, cuando su competencia hubiera sido impugnada (art. V, 3); también se admite que la pedida inhibitoria al Tribunal judicial, por haberse ya incoado un procedimiento arbitral, puede denegarse, si el Tribunal estatal tiene para ello «motivos suficientemente graves» [art. VI, 3)]. Se ha de advertir que por el Convenio se faculta a las partes para elegir *la ley* que los árbitros habrán de aplicar al fondo de la controversia (art. VII, 1) es decir, a un conjunto indeterminado de reglas imperativas y dispositivas; lo que parece excluir la posibilidad de que las partes puedan dictar su propia ley y liberarse, así, de toda norma imperativa (288).

El criterio extremado del Convenio de 1961 se abandonará en los Convenios más recientes. Así, en el Convenio europeo con una Ley Uniforme sobre arbitrajes, abierto a la firma de los Estados miembros del Consejo de Europa, el 20 de enero de 1966 (289); en dicha Ley Uniforme la eficacia del laudo se vuelve a limitar de nuevo, disponiéndose que no habrá de ser contrario al orden público y también que el litigio ha de ser susceptible de ser resuelto por vía de arbitraje (art. 24). Además, se establece que un convenio de arbitraje no será válido si confiere a una parte una situación privilegiada, en lo que concierne a la designación del árbitro o de los árbitros (art. 3.º).

El cambio de ambiente en la doctrina, y la influencia creciente en la organización de las Naciones Unidas de los países del Tercer Mundo, harán que se enfoque de otra manera la deseada unifica-

(288) Se viene a conceder un margen semejante de confianza a la autonomía de la voluntad en el Convenio sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados, 18 marzo 1965. Es de notar el cuidado que se pone al describir las condiciones que han de adornar al árbitro, sea nombrado o no de la Lista de Arbitros: "habrán de gozar de amplia consideración moral, tener reconocida competencia en el campo del Derecho, del Comercio, de la Industria o de las Finanzas, e inspirar plena confianza en su imparcialidad de juicio" (arts. 14,1 y 40); quienes no las reúnan pueden ser recusados (art. 57). El laudo puede ser anulado, entre otros casos, por corrupción de algún miembro del Tribunal, por quebrantamiento grave de una norma de procedimiento y por no haberse expresado en el laudo los motivos en que se funda (art. 52,1).

(289) CONSEIL D'EUROPE, *Rapport explicatif sur la Convention Européenne portant une Loi Uniforme en matière d'Arbitrage*. Strasbourg, 1967. Los estados se obligan a la adopción de la Ley Uniforme en su legislación interna (art. 1,1), pero pueden señalar qué materias no son aptas para el arbitraje o requieren estar sometidas a reglas especiales (art. 1,3), pudiendo las partes contratantes declarar que la Ley es sólo aplicable a las relaciones jurídicas mercantiles por su Derecho (art. 1,4).

ción en materia de arbitraje. La «Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho mercantil internacional» (CNUDMI) abandona el sistema de los Convenios Internacionales y se decide por el sistema del contrato tipo. El Reglamento propuesto (290), servirá así para que las partes y los Centros de arbitraje, tengan un modelo autorizado, y para que puedan referirse al mismo y evitar el peligro de reglamentaciones incompletas o contradictorias (291). Y lo que importa más al objeto de estas notas, en su redacción, puede observarse el encontrado juego de las dos corrientes que se enfrentan en torno al arbitraje, la de la ilimitada entrega a la autonomía de la voluntad y la del respeto a las leyes imperativas.

En el Reglamento citado, habrá de notarse que se mantienen algunas de las conquistas de «la nueva *lex mercatoria*». Los litigios, se establece, «se resolverán de conformidad con el presente Reglamento», añadiéndose que «con sujeción a las modificaciones que las partes pudieran acordar por escrito» (art. 1.1) (292). La Ley aplicable por el Tribunal arbitral será aquella «que las partes hayan indicado como aplicable al fondo del litigio» (art. 33.1). Se deja en manos de los árbitros resolver sobre su misma competencia, diciéndose que «el Tribunal estará facultado para decidir acerca de las objeciones de que carece de competencia, incluso de las objeciones respecto de la existencia o la validez de la cláusula compromisoria o del acuerdo de arbitraje separado» (art. 21.1) y se considera como «un acuerdo separado de las demás estipulaciones del contrato» la cláusula compromisoria que forme parte de un contrato (art. 21.2). En fin, no se establecen recursos ni se abre expresamente la posibilidad de pedir que se declare la nulidad del laudo.

Las referidas concesiones a la autonomía de la voluntad resultarán más aparentes que reales, visto en su conjunto el texto definitivo del Reglamento (293). En el curso de los trabajos preparatorios, hubo de plantearse la cuestión básica de la relación entre el

(290) El texto del *Reglamento de Arbitraje de la C.N.U.D.M.I.*, en Informe de la Comisión (12 abril-7 mayo 1976. Asamblea. Documentos oficiales. Trigésimo primer período de sesiones. Suplemento núm. 17 (A/31/17).

(291) SACERDOTI, *Il diritto dell'arbitrato commerciale internazionale nei nuovi regolamenti nella Camera di commercio internazionale e dell'Uncitral*. Riv. D. I. privato e processuale, XII-3 (apr.-jun., 1976), p. 224. También este autor, sobre el mismo Reglamento, *The New Arbitration Rules of I. C. C. und Uncitral*, J. of World Trade L., vol. 11, núm. 3 (mayo-junio 1977), pp. 248-269).

(292) Se observa que de este modo puede quedar poco protegida la parte más débil. Lo que temen los comentaristas de los países menos desarrollados, THOMPSON, *The UNCITRAL, Arbitration Rules*, Harvard, I. L. Journal, 17 (1976), pp. 143-144.

(293) Se recomienda el uso del Reglamento de arbitraje por la Asamblea General, en su 99.^a sesión plenaria, 15 diciembre 1976 (IX.31/93, p. 195).

Reglamento y la ley nacional aplicable al arbitraje. Se nos dice (294) que se pensó tratarla en varios artículos, pero se desistió de ello, para evitar se utilizare el argumento *a contrario* respecto de otros artículos y se consideró preferible emplear una fórmula general; ésta, según el Comité plenario II, diría que las disposiciones del Reglamento «estaban sujetas al Derecho nacional aplicable al arbitraje». La Comisión abandona esta redacción, estableciendo el texto definitivo, más claro y terminante. Dice así: «Este Reglamento regirá el arbitraje, excepto cuando una de sus normas esté en conflicto con una disposición de Derecho aplicable al arbitraje que las partes no puedan derogar, en cuyo caso prevalecerá esa disposición» (art. 1.º, 2).

La primacía reconocida en general en favor de las normas nacionales de carácter imperativo (295), se extiende a todo el ámbito del Reglamento, es decir, también al ejercicio de las facultades otorgadas a las partes (las de modificar el Reglamento y de elección de ley) y a los árbitros (competencia de la competencia). Dicha primacía explica la carencia de disposiciones en el Reglamento sobre recursos contra el laudo y causas de su nulidad; pues, como se dice autorizadamente en el informe de la Comisión, respecto de unos y otros, el Reglamento remite tácitamente a la ley nacional imperativa (art. 1.º, 2).

El Reglamento muestra su especial preocupación por un aspecto del arbitraje. Respecto a la designación de árbitro o árbitros, no considera la posibilidad de que la designación del árbitro se haya hecho en las cláusulas compromisorias, lo que está previsto es que en ella se haya nombrado «la autoridad nominadora» (persona o institución) (arts. 6 y 7 y modelo de cláusula compromisoria). Esta autoridad nominadora, al hacer el nombramiento, habrá de tomar las medidas necesarias para garantizar que el nombrado sea un árbitro independiente e imparcial (art. 6.º, 4); pudiendo ser recusado, «si existen circunstancias de tal naturaleza que den lugar a dudas justificadas sobre su imparcialidad e independencia» (art. 10, 1) (296).

Todavía resulta de interés, para el objeto de estas notas, una referencia al Reglamento de conciliación y arbitraje de la «Chambre de Commerce Internationale» (C.C.I.), 1 junio 1975. Aunque es un

(294) En el Informe antes citado, nota 286, Anexo II, *Informe del Comité plenario*, II, sobre el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, pp. 166-208.

(295) En un caso, se hace una referencia especial a las leyes nacionales; se admite que el Tribunal arbitral decida como amigable componedor (“*ex aequo et bono*”), “sólo si las partes lo han autorizado expresamente para ello y si la ley aplicable al procedimiento arbitral permite este tipo de arbitraje” (art. 33,2). Posiblemente, se trata de un resto de un anterior anteproyecto (la regla está en el artículo 27,3 del anteproyecto de 1975).

(296) Sobre la buena acogida del Reglamento, designado aquí como de la UNCITRAL (siglas de la Comisión en inglés), *Journal of World Trade*, vol. 12, núm. 2 (mar.-ap. 1978), p. 180.

centro privado, su importancia es grande, por su antigüedad, sus conexiones internacionales (297), el número de asuntos que le son confiados (298) y también como protagonista del movimiento a favor de la máxima autonomía para el comercio internacional (299). En su organización se destaca llamativamente la vigilancia ejercida sobre la designación de los árbitros y sobre el laudo arbitral.

El llamado Tribunal de arbitraje (que es nombrado por el Consejo de la Cámara de Comercio Internacional), no tiene la función de resolver las controversias; le compete designar los árbitros, si las partes no los hubieran nombrado y, aunque lo hubieran hecho, en todo caso el Tribunal habrá de confirmarlos (art. 2.º); lo que queda a su discreción, así como ha de resolver qué ha de hacerse en caso de que una parte recusare algún árbitro (art. 2.º 7) (300). Estos extraordinarios poderes, se completan con otras disposiciones no menos singulares. Antes de firmar un laudo parcial o definitivo, el árbitro debe someter el proyecto al Tribunal de arbitraje. Este puede ordenar modificaciones de forma. Puede también, respetando la libertad de decisión del árbitro, llamarle la atención sobre puntos que interesen al fondo del litigio. No pudiendo dictarse el laudo sin haber sido aprobado en su forma por el Tribunal (art. 21) (301). Se añade que el Tribunal y el árbitro habrán de

(297) Constituida por diecisiete comités nacionales en Europa, quince en Asia, seis en Africa y ocho en América y Australia, THOMPSON, *The procedure under the Rules of the I.C.C. (International Chamber of Commerce)*, en *International Commercial Arbitration*, N.-Y., London, 1974-1975, p. 180.

(298) *Handbook of Institutional Arbitration in International Trade Facts, Figures and Rules*, edited by Cohn, Domke, Eisenmann, Amsterdam, N. Y., Oxford, 1977.

(299) Reflejada en sus "Rapports", "Brochures" y texto del citado Reglamento, arts. 8.º, 11.º, 12.º, 13.º,3 y 13.º,4 del Reglamento. Al emplearse el término Derecho y no el de legislación nacional, se piensa que se refiere a la "lex mercatoria", al "Derecho común en las relaciones económicas internacionales". En el anterior Reglamento se decía que el árbitro tendría los poderes de amigable componedor si las partes así lo convenían, "a condición que la sentencia sea susceptible de sanción legal", EISENMANN, *Le nouveau règlement d'arbitrage de la Chambre de Commerce Internationale*, Droit et pratique du commerce international, I, núm. 3 (sep. 1975), p. 362.

(300) La confirmación del árbitro se entiende ser un "juicio de valoración sobre su calificación profesional e independencia". La condición de independencia aparece ahora en el art. 2.º,4; lo que debe interpretarse como el que no ha de tener el árbitro interés propio en el asunto, vínculos de parentesco o de trabajo con las partes; aunque se nos dice que a pesar de que la práctica de la Cámara es la de excluir los dependientes, es dudoso que se excluya también al abogado habitual de una parte, SACERDOTI, *Il diritto dell'arbitrato commerciale internazionale nei nuovi Regolamenti nella Camera di commercio internazionale e dell'UNCITRAL*, Riv. di D. Privado e Procesuale, XII-3 (ap.-jun. 1976, pp. 222-254, en especial, pp. 230-232; también *The New Arbitration Rules of ICC und UNCITRAL*, J. of World Trade Law, vol. 11-3 (may-june 1977), pp. 248-269.

(301) El Tribunal puede, y así lo ha hecho una vez, reemplazar un árbitro obstinado, en virtud del art. 26 (y 21), EISENMANN, *loc. cit.*, p. 364.

proceder inspirándose en el Reglamento y esforzándose para que el laudo sea susceptible de sanción legal (art. 26) (302).

VII. ALGUNAS CONSIDERACIONES EN TORNO A LA LEY DE ARBITRAJES DE DERECHO PRIVADO.

1. *Carácter general de la Ley.*

En España, como en la mayoría de los países, excepto en momentos de ruptura revolucionaria, las leyes han sido el resultado de un lento proceso y se elaboran en Comisiones en las que se contrastan criterios y se procura atender a las lecciones de la práctica y a la experiencia de otros países. La ley sobre Arbitrajes privados, surgió abruptamente, rompiendo con la tradición jurídica y, en su inspiración y redacción, fue debida prácticamente a una sola persona (303).

La promulgación de la Ley en 1953 no cogió de sorpresa sino que fue acogida con generalizado beneplácito. Nace impulsada por, o mejor dicho, en el ambiente del tiempo, favorable al Derecho autónomo del comerciante, a lo que después se llamará «nueva *lex mercatoria*». Se aspiraba a que se otorgase plena eficacia jurídica a la cláusula compromisoria, como instrumento de máxima eficacia, para que los contratantes pudieran librarse de leyes imperativas y molestas y, en especial, del control de los jueces (304).

El espíritu que inspira la nueva Ley, se nos ha dado a conocer autorizadamente. Es una «Ley liberal y formal», «toda ella regida por el principio de la autonomía de la voluntad y por el deseo de configurar ese contenido de la voluntad privada como productor

(302) Muestra la actual convicción de la Cámara sobre lo insuficiente de las medidas coactivas de las instituciones privadas y lo conveniente o necesario de tomar en consideración las reglas imperativas del Derecho nacional que, en fin de cuentas, será el que haya de otorgar valor ejecutivo al laudo arbitral. Vide también nota 170.

(303) El profesor GUASP señala que la Ley fue confeccionada, «unilateralmente» o a base de comisiones enormemente compenetradas, *El arbitraje en el Derecho español*, Barcelona, 1956, p. 40. Referencia del autor, demasiado modesta por su parte. Si mis recuerdos no me engañan, el texto del Proyecto, después Ley, fue prácticamente obra personal del ponente; los otros vocales de la comisión, no especialistas en el tema, se mostraron en general aquiescentes o desinteresados. Agregado a última hora otro vocal, civilista, discrepó de la ponencia, no fue escuchado y no pudo unir al Proyecto su anunciado voto particular, dada la premura con la que el ponente presentara el Proyecto al Ministerio de Justicia.

(304) En el Congreso Jurídico de Barcelona, mayo de 1936, se propuso por Gay de Montellá, la reforma del artículo 2.176 L. E. C. (comp. lo dicho en nota 119 y siguientes). En el Instituto Español de Derecho Procesal, 1950, vide ponencia del profesor Guasp. FERNÁNDEZ SORIA, *El arbitraje en Derecho privado*, Rev. D. Procesal, XI (julio-agosto-septiembre 1955), núm. 3, pp. 418-419.

de los efectos jurídicos que la Ley trata de implantar y conseguir» (305).

La Ley, además, al proceder de una sola mano, y de quien es un gran dogmático, no sólo del Derecho procesal, sino también de la Filosofía del Derecho, ofrece las notas de unidad de criterio, coherencia sistemática, lógica en su desarrollo y cuidado uso de los términos jurídicos. Aunque no fueran estos méritos, los que hicieran que se elogiara la nueva Ley; se aplaude el procedimiento imaginado para hacer plenamente eficaz la cláusula compromisoria, lo que se considera que justifica, por ello sólo, la promulgación de la Ley (306).

Sometida la dicha Ley a la prueba de su aplicación práctica, ha ido revelando sus defectos, de modo que las censuras se han venido acumulando de modo creciente. Se le acusa de sacrificar «las exigencias de la realidad práctica, a la pureza de los principios doctrinales» (307) y por las grandes lagunas que la Ley deja abiertas, «hasta el punto que por alguien se ha dicho que la misma es una tortura para los abogados» (308); concluyéndose, que «pese a los plácemes que recibiera al promulgarse, que la Ley de 22 de diciembre de 1953 no ha sido precisamente un acierto, sino una Ley desdichada, porque lejos de mejorar el ordenamiento jurídico anterior ha venido a empeorarlo» «Triste es proclamarlo, pero la práctica ha demostrado que la Ley de 1953, en contra de lo que dijera el legislador en su preámbulo o exposición de motivos, no ha conseguido ni sencillez ni eficacia y mucho menos acabar con los defectos del ordenamiento que derogó», por lo que se propone o urge su derogación (309).

(305) GUASP, *loc. cit.*, p. 44; antes nos dice que en este su libro no se propone dar “una interpretación pseudoauténtica”, “fehaciente” de la Ley, sino “convincente”, p. 28. El mismo autor insiste en que la Ley del 22-XII-1953, tanto en su letra como en su espíritu, obedece a la concepción contractual del arbitraje, *Derecho procesal*, Madrid 1956, p. 1311.

(306) PRIETO CASTRO, *Una nueva regulación del arbitraje*, R. D. Pr. XXXVIII (sep. 1954), p. 711; también en *Prólogo a El contrato de compromiso y la institución arbitral*, de Ogáyar (Madrid, 1977), p. 9; FENECH, *El arbitraje*. Jornadas franco-españolas de Derecho comparado. Rev. Instituto D. Comparado, Barcelona, 1954, núm. 3 (jul.-dic. 1954), p. 184; trabajo reproducido en FENECH, CARRERAS, *Estudios Derecho procesal*, Barcelona, 1962, p. 417; FERNÁNDEZ DE SORIA, *El arbitraje en Derecho privado*, Rev. D. Procesal, XI (julio-agosto-septiembre 1955), página 419; FERNÁNDEZ SERRANO, *Sobre los arbitrajes de Derecho privado*, Rev. Jur. de Cataluña, año 53, vol. 71 (julio-agosto 1954), p. 331; SERRA DOMÍNGUEZ, *El proceso arbitral*, en *Estudios de Derecho procesal*, Barcelona, 1969, p. 585 (aunque con críticas).

(307) SERRA DOMÍNGUEZ, *loc. cit.*, p. 585; lo que, con otras palabras (“rigurosamente conceptual y científico”. sin “suficiente flexibilidad de adaptación”) señalan CHILLÓN, MERINO, *loc. cit.*, p. 82.

(308) OGÁYAR, *El contrato de compromiso y la institución arbitral*, Madrid, 1977, p. 3.

(309) RAMÍREZ-LÓPEZ, *El arbitraje de Derecho privado en España*, en Libro-Homenaje a Ramón M.^a Roca Sastre, vol. III, Madrid, 1977, pp. 961, 962. CHILLÓN, MERINO, *loc. cit.*, por su parte, dicen: “el juicio que nos merece la autárquica Ley de 1953 es en general negativo y por

Estas críticas pueden justificar la necesidad de una nueva Ley de arbitraje; mas parece que en ellas se olvida lo que es de esencia, para su debida reforma, el dar una nueva orientación a la Ley: el que no se le ponga sin reservas al servicio ilimitado de la autonomía de la voluntad y que no se atienda a la intrínseca peligrosidad de la cláusula compromisoria.

No debería desconocerse, que el favor con que se recibió la Ley de 1953, no fue sólo por haber dado acogida a la cláusula compromisoria y, con ello, haberse evitado el callejón sin salida en que se encontraba la jurisprudencia del Tribunal Supremo; el entusiasmo con que se le acoge en los círculos internacionales, tiene por motivo el que dicha Ley venía a consagrar el dominio de la autonomía de la voluntad, como medio de evitar la aplicación de leyes protectoras de la parte más débil (máxima aspiración de las grandes empresas) (310). La ley española se inspira en un extremado liberalismo, dando satisfacción a las aspiraciones del movimiento de «la nueva *lex mercatoria*», tanto que en ello aparece como casi única en el Derecho comparado (311). En su consecuencia, ella establece un campo bien abonado para que se dejen sin sanción abusos e injusticias. Lo que resulta ahora especialmente llamativo, cuando en la mayoría de los países las leyes y los tribunales tratan de amparar al contratante más débil y, en aquellas de economía menos fuerte, se considera inexcusable la defensa de sus nacionales y de su economía, frente a las multinacionales y las empresas extranjeras más poderosas (312).

Conforme al muy limitado propósito de estas observaciones, no sería pertinente detenerse en recoger aquellas críticas dirigidas a la Ley, de naturaleza técnica, lo que es tarea propia de los espe-

ende postulamos desde este momento por la urgente publicación de una moderna y operativa Ley de Arbitrajes Privados”, p. 18.

(310) GUASP, hace notar que por esta Ley fuera felicitado el Ministerio de Justicia por el Congreso de la Abogacía, y también que en el Congreso de Milán para la Unificación del Arbitraje, la dicha Ley fuera puesta como ejemplo único de la tendencia científica respecto de una ley moderna sobre la institución arbitral, *El arbitraje, loc. cit.*, p. 51. Sobre el protagonismo del arbitraje en el movimiento de la “nueva *lex mercatoria*”, lo dicho al respecto en notas 194 y sig.

(311) La excepción tenida en cuenta, es la del “Codice di Procedura civile”, de 28 octubre 1940, aunque en éste se requiere, para que se ejecute el laudo que éste se deposite ante el Pretor (art. 825). Semejanza curiosa y digna de más detenida consideración. En este sentido, pudo decirse que la Ley de 1953 estaba “en franca vanguardia dentro del Derecho comparado, MÉNDEZ OLIVÁN, *El contrato preliminar de arbitraje*, Temis, 8, 1959, p. 159.

(312) Tratando de las Bases procesales para la unificación internacional del arbitraje, se ha dicho que ha de evitarse que la proyectada unificación signifique un desplazamiento jurisdiccional indebido en perjuicio del foro natural, en favor de las naciones económicamente más fuertes, en detrimento de las débiles, habitual en las pólizas de los denominados contratos de adhesión, ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO, *Estudios procesales*, Madrid, 1975, p. 41.

cialistas en la materia (313); por ello, habrán de centrarse en destacar cómo la Ley de arbitraje ofrece a los contratantes (al que imponga la cláusula) medios para escapar de la aplicación de normas imperativas y también cómo dicha Ley cierra el camino a la intervención judicial en casos de utilización abusiva del arbitraje y de laudos sospechosos de parcialidad.

2. La independización del contrato preliminar.

La característica más peculiar de la Ley de arbitraje no es la de conceder eficacia a la cláusula compromisoria, pues ello se encuentra en anteriores leyes extranjeras y en convenios internacionales; consiste en haber establecido una desconexión total entre la cláusula compromisoria y el contrato principal o de fondo (314): Lo que parece una retrasada e indiscriminada aplicación de la teoría de la abstracción del precontrato (315), en clara discordancia con la doctrina formulada por el Tribunal Supremo (316).

Manifestación de tal concepto del precontrato es el artículo 7.º de la Ley, que dice: «El contrato preliminar de arbitraje no estará sujeto a los requisitos de capacidad, objeto y forma que para el compromiso se establecen especialmente por la Ley, sino a los generales que acerca de estas materias rigen en el Derecho privado de la contratación».

Este precepto ofrece al contratante más poderoso un cauce prefabricado para escapar de la aplicación de las leyes protectoras de la parte más débil; es decir, se le facilita su fraude. Resultado

(313) Pueden verse, sobre ello, además de los estudios antes citados, en notas 307, 308 y 309, PRIETO-CASTRO, en prólogo al citado *El contrato de compromiso*, de OGÁYAR, pp. 10 y 11; ROCA JUAN, *Pacto compromisorio*, An. Univ. Murcia, Derecho, XV, 2, Curso 1956-1957, pp. 184-204; VALCARCE, *El arbitraje privado*, Rev. D. Procesal, X, 1954 (abril-mayo), páginas 177-220; FERNÁNDEZ DE SORIA, *El arbitraje en Derecho privado*, Rev. D. Procesal, XI (julio-agosto-septiembre 1955), núm. 3, pp. 413-448; SERRA DOMÍNGUEZ, *El proceso arbitral*, en *Estudios de Derecho procesal*, Barcelona, 1969, pp. 584-615; PÉREZ GORDO, *El recurso de nulidad contra el laudo arbitral*, Rev. General de D., Valencia, año XXIX (dic. 1972), núm. 339, pp. 1122-1150.

(314) En la doctrina y práctica extranjera se había tratado de independizar la cláusula del contrato principal, mas al efecto limitado de que la nulidad de éste no lleve consigo la de la cláusula, lo que se intenta al efecto de que el árbitro designado tenga facultad para decidir sobre la validez del contrato de fondo, comp. notas 200 y 201.

(315) Comp. nota 136.

(316) "Considerando: Que cualesquiera que sean las dudas que en la doctrina científica suscita el problema general de si los requisitos legales que se exigen para un contrato principal y definitivo son necesarios también para las respectivas promesas o contratos preparatorios no cabe duda, dado el fundamento y fin de las prescripciones que regulan la aptitud para comprometer, que las condiciones por ellas requeridas han de regir también no sólo para otorgar el contrato de compromiso propiamente dicho, dirigido a poner fin a una controversia ya surgida, sino también para estipular la llamada cláusula compromisoria"; S. T. S. 24 abril 1941. Sentencia recogida con otras anteriores y posteriores en S. T. S. 2 marzo 1965.

que se había utilizado como argumento «ad absurdum» contra la antes mencionada teoría del precontrato. En efecto, supone, por ejemplo, que no obstante lo dispuesto en el artículo 317 del Código civil, el menor emancipado puede obligarse (con eficacia para después de su mayoría), a pasar por lo que un árbitro decida respecto a tomar dinero a préstamo, gravar o vender bienes inmuebles, y ello sin el consentimiento de las personas llamadas para darlo. Esta posibilidad extraña o escandaliza a más de un comentarista (317).

Se ha tratado de justificar el dicho artículo 7.º de la Ley, explicando que el menor emancipado podrá pactar el contrato preliminar de arbitraje sobre controversias respecto de bienes inmuebles (p. ej., validez de una venta), y ya «se verá qué efectos ha de producir para el futuro»; será cuando llegue el momento de la formalización del compromiso, el momento en que deberá demostrar si puede enajenar las cosas en controversia, porque si era menor cuando el contrato preliminar, es mayor cuando se ha de formalizar el compromiso (318).

Esta autorizada explicación, demuestra que el artículo 7.º no implica un absurdo lógico, y también muestra que encierra un absurdo en buena lógica jurídica; el de que el mismo legislador que dicta la norma, en protección del menor emancipado, haya dado otra, ofreciendo el medio de burlar aquel mandato. Por el juego del contrato preliminar, el prestamista podrá exigir al menor, ya mayor, que formalice el compromiso a favor del árbitro de su

(317) Lo que ya advirtiera repetidamente uno de los vocales de la Comisión para el Arbitraje, v. nota 303. FERREIRO entiende que en un punto determinado, como el de la capacidad de los contratantes, ésta tendrá que ser la misma en el contrato preliminar que en el de compromiso, *Los Arbitrajes de Derecho privado*, Bilbao, 1954, p. 38. DíEZ-PICAZO advierte brillantemente la contradicción de que quien no puede comparecer en juicio sin la asistencia de su padre, madre o tutor (art. 317) puede dar a sus conflictos una solución arbitral, siempre que versen sobre bienes muebles (p. 1162), y destaca, en general, que o bien lo celebrado válidamente no podrá ser cumplido, lo que es absurdo, o bien habrá de cumplirse cuando se convierta en plenamente capaz, encontrándose inmerso en una relación para la que no era apto en el momento en la que la creó, lo cual constituye un incumplimiento de las normas prohibitivas, *El pacto compromisorio y la nueva Ley de Arbitraje*, A. D. C., VII-4 (oct.-dic. 1954), p. 1163, OGÁYAR entiende que si carece de capacidad especial para comprometerse, el contrato no será exigible y se pregunta: “¿merecía la pena de haberse desviado de la doctrina jurisprudencial, inspirada en la lógica y en los principios generales del Derecho?”, *El contrato de compromiso y la institución arbitral*, Madrid, 1977, p. 126; *Problemas del arbitraje*, Anales R. A. de Jurispr. y Leg., núm. 6 (1978), pp. 39-40.

(318) GUASP, *El arbitraje en el Derecho español*, 1956, pp. 89, 90. OGÁYAR acepta esta conclusión diciendo que el contrato preliminar es válido como tal, pero que la suerte del mismo dependerá de que en el momento de cumplirse se tenga el poder de disposición sobre la cosa controvertida, *Artículos 1.809 a 1.821 del Código civil y Ley de Arbitrajes de Derecho privado*, *Comentario al Código civil y Compilaciones forales*, tomo XII, vol. 2.º, p. 122.

confianza ya designado, a quien en su caso tocará decidir sobre la validez del préstamo.

Más perturbador puede resultar el artículo 7.º en la práctica al establecer que el contrato preliminar no está sujeto a los requisitos sobre el objeto que se establecen para el compromiso; o sea, que dicho contrato puede tener por objeto materias de Derecho privado sobre las que las partes no puedan disponer válidamente (art. 14). Existen materias en las que, al celebrarse el contrato, no cabe renunciar a las medidas de protección establecidas en favor de la parte considerada más débil y en las que, más tarde, nacida y con plena eficacia la relación contractual, se puede ya renunciar válidamente a los derechos ya adquiridos. La cuestión se ha planteado sobre la eficacia de la cláusula compromisoria en los contratos de arrendamiento urbano (319), arrendamiento rústico (320), de constitución de sociedad anónima (321) y de constitución de propiedad horizontal (322).

También ha sido objeto de extrañeza el artículo 7.º, respecto al requisito de forma; pues conforme a esta disposición, será considerado plenamente eficaz el contrato preliminar celebrado oralmente, y aprobado por cualquiera de los medios de prueba establecidos, incluso por presunciones (323).

3. *Las condiciones del árbitro.*

El árbitro, se nos enseña, ha de reunir las siguientes «excelsas cualidades», «cuales son: *nobleza y caballerosidad* (pues sin ellas es muy fácil desbaratar el laudo, incluso antes que se dicte), *independencia* (que les libre de las exigencias de las partes) e *imparcialidad* (que les inmune de las aceñanzas puestas en juego para truncarla)» (324). Exigencia natural, conforme a la función de Juez atribuida al árbitro; la que aparece como tanto más indispensable

(319) En la práctica se ha evitado, a veces, la cuestión con la interpretación dada al art. 1.561, entendiéndolo como “demanda de desahucio” cualquier proceso sobre resolución de contrato de arrendamiento, S. T. S. 17 noviembre 1956 y 28 febrero 1962 y allí citadas, comp. S. T. S. 4 mayo 1962; OGÁYAR, en *Comentarios al Código civil*, pp. 189, 190.

(320) Comp. S. T. S. 29 mayo 1959.

(321) Comp. S. T. S. 15 octubre 1956, MUÑOZ PLANAS, *Algunos problemas del arbitraje en materia de sociedades mercantiles*, en *Estudios de Derecho mercantil*, en homenaje de Rodrigo Uría, Madrid, 1978, páginas 381-494.

(322) Comp. MONTES REYES, *El Arbitraje de Derecho privado a las cuestiones de propiedad horizontal*, Rev. D. Procesal Iberoamericano, 1972, núm. pp. 929-966.

(323) Se afirma que ello no obstante el contrato preliminar ha de revestir forma escrita, por exigirlo la propia naturaleza del contrato, FERREIRO, *loc. cit.*, p. 39; por una razón de seguridad, OGÁYAR, *El contrato de compromiso*, cit., p. 127.

Es de notar que la misma Ley, en el art. 16, pár. 2, no considera más que el compromiso extendido en documento privado, para que las partes puedan compelerse a la formalización judicial del compromiso.

(324) OGÁYAR, *El contrato de compromiso*, p. 4.

y necesaria, dado el amplio ámbito de libertad atribuida a los árbitros.

La Ley de Arbitrajes ha cambiado la situación del árbitro, al admitir el contrato preliminar de arbitraje; por su medio, cabe designar árbitro sin que se haya determinado el tema controvertido, sin reserva alguna respecto de posibles futuras circunstancias que atañan al caso o al mismo árbitro (art. 8.º, par. 1.º). Teniendo en cuenta este hecho (325), se puede observar mejor la extraordinaria confianza depositada en el árbitro, ya que su laudo resulta prácticamente intocable. Se ha suprimido la doble instancia y además, como es sabido, sobre lo que después se insistirá, el mismo recurso de casación resulta difícilmente operante.

La Ley de 1953 se limita a establecer que: «No podrán ser nombrados árbitros quienes tengan con las partes o con la controversia que se les somete, algunas de las relaciones que establecen la posibilidad de abstención y recusación de un Juez» (art. 23, par. 1). Lo que habrá que entender como remisión a lo dispuesto en los artículos 189 y 190 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que enumeran las causas legítimas de recusación de magistrados y jueces.

La equiparación efectuada entre el árbitro y el Juez resulta del todo inadecuada. Se olvida que la condición de Juez, a diferencia de la del árbitro (326), es de por sí una garantía; por su formación, su consideración social y el ambiente profesional en que vive; a más de lo que significan las disposiciones legales sobre incompatibilidad (arts. 109-119 de la L.O.P.J. de 1970) y sobre responsabilidad criminal (arts. 245 L.O.P.J. y arts. 254 y 255 C. p.) y civil (art. 260 L.O.P.J.) (327).

Leyes extranjeras y convenios internacionales, consideran ser condición «sine qua non» del árbitro, la de su neutralidad, imparcialidad e independencia; requisito que se articula en fórmulas amplias o generales (328). La Ley de arbitraje establece unas limitaciones de tipo casuístico, que no permiten se amplíen de modo apropiado, para garantizar aquella condición. Todavía resulta que las prohibiciones establecidas en la Ley de arbitrajes, son nominales más que eficaces. En primer lugar, se permite la renuncia a las prohibiciones del artículo 23, párrafo 1.º, diciendo en su párrafo

(325) Es bien conocido que en la práctica, la parte más débil, al aceptar las condiciones del contrato, lo hace a ciegas, sin entenderlas, con la esperanza optimista de que la otra parte cumplirá debidamente.

(326) Para el arbitraje de equidad se requiere sólo que el árbitro sea persona natural, en pleno ejercicio de sus derechos civiles y que sepa leer y escribir. El arbitraje de Derecho habrá de recaer en letrados que ejerzan la profesión (art. 20). Disposición ésta (dicho sea de paso) de monopolio gremial, sin justificación objetiva; piénsese, p. ej., en los magistrados jubilados y en los profesores de Derecho, que quedan excluidos.

(327) La Ley de arbitrajes ha previsto sólo la responsabilidad por daños y perjuicios del árbitro que, aceptado el encargo, no lo cumple (art. 25, pár. 1).

(328) Comp. notas 253, 254, 265, 266.

segundo que, no obstante, «si las partes, conociendo dicha circunstancia, la dispensan expresamente el laudo no podrá ser impugnado», con lo que queda permitido que una parte imponga como árbitro a quien esté vinculado con ella por relaciones de parentesco, dependencia o amistad íntima (329). En segundo lugar, aunque la letra de dicho párrafo segundo, interpretada «a contrario», hace pensar que no existiendo dicha dispensa quedaba abierta siempre la impugnación del nombramiento de un árbitro recusable, la Ley no ofrece adecuados medios procesales para tal impugnación.

Cuantas disposiciones regulaban antes los arbitrajes privados, han sido derogadas por la Ley de arbitrajes (Disp. derogatoria), y entre ellas las de la Ley de Enjuiciamiento civil sobre recusación de árbitros (art. 799) y de amigables compondores (art. 832); las que no han sido sustituidas por otras de la nueva Ley. En el procedimiento de formalización judicial del compromiso, no se ha previsto la posibilidad de la recusación; lo que ha de parecer lógico dado el carácter atribuido a este procedimiento, en el que, según la opinión más autorizada, se puede alegar la inexistencia, la ineficacia o no oportunidad del contrato preliminar, en base a los documentos que acompañen a la demanda y a la oposición; mas en el que no se admite alguna otra prueba, es decir, ni la de testigos, ni la de confesión, ni el reconocimiento judicial (330), ¿cómo se podría probar que existe una causa de recusación? Cuando el Juez acceda a la formalización, contra su resolución «no se dará recurso alguno, pero su criterio no prejuzgará definitivamente la validez del contrato preliminar» (art. 10, par. 5.º). Con esta regla queda excluido cualquier recurso ordinario contra la resolución del Juez.

Deja la duda sobre si es posible utilizar, en su caso, los recursos de casación (art. 28) y de nulidad (art. 30), y de cómo formularlos. El de casación contra el fallo dictado en un arbitraje de Derecho, puede tener lugar por el cause del número 1.º del artículo 1.692 de la L.E.C. por infracción del artículo 23, pár. 1, L. Arb., en la parte dispositiva del laudo y también podría alegarse error de Derecho o error de hecho en la apreciación de la prueba (art. 1.692, 7.º). Esta última posibilidad se encuentra prácticamente cerrada, al no existir en el procedimiento de la formalización judicial el trámite del recibimiento a prueba (331). Sobre el recurso de nulidad contra el

(329) Lo que es contrario al principio de que nadie puede ser juez y parte (“*nemo esse iudex in sua causa potest*”), que comprende a quienes con ésta se entiende ser una misma persona (“*quia cum pro una persona habeantur, videretur in causa propria dicere*”).

(330) GUASP, *El arbitraje*, p. 109. También OGAYAR, *El contrato de compromiso*, p. 146.

(331) Comp. nota anterior. En todo caso, habría la dificultad de probar por documento o acto auténtico (en el sentido estricto que le atribuye el Tribunal Supremo a efectos de casación) la equivocación evidente del juzgador, es decir, que el árbitro tiene con las partes o con la controversia alguna de las relaciones que dan lugar a la recusación de los árbitros.

laudo dictado en arbitraje de equidad, la Ley dice que *sólo cabrá* interponerlos por los motivos enumerados en el artículo 1.691, número tres, de la Ley de Enjuiciamiento civil (art. 30 L. A.), y el Tribunal Supremo considera que «como en materia de recursos extraordinarios hay que seguir una interpretación restrictiva en cuanto a las causas que los pueda originar»; así, la circunstancia de ser el árbitro abogado de una de las partes se considera que no puede alegarse como motivo para la nulidad (332); por la misma razón, cualquier otra relación de parentesco, dependencia o amistad íntima del árbitro con alguna de las partes, no podrá ser atendida como causa de nulidad.

Antes de la Ley de Arbitrajes, se admitían dos vías, la del recurso de casación por los motivos del núm. 3, del artículo 1.691 L.E.C. y, dada la dificultad de que en dicho recurso pudieran discutirse las cuestiones sobre validez de la cláusula compromisoria, del compromiso en sentido estricto o del laudo, la jurisprudencia admitió otro camino, el de la antigua acción de nulidad ejercitable en juicio declarativo. La claridad de esta doctrina, se nos dice, ha quedado «empañada» por las frases imprecisas del núm. 5.º del artículo 10 de la Ley, en relación con el artículo 30 de la misma (333). El Tribunal Supremo ha entendido que este precepto no supone hacer viable «un recurso de casación en los arbitrajes de equidad, pues sólo cabe el de nulidad (el del nuevo recurso de nulidad) (334); lo que parece haberse considerado al decir que ello será «sin perjuicio de las acciones civiles que correspondan a las partes comprometentes que si son de índole civil, habrán de hacerse valer en el juicio declarativo correspondiente» (335). Acción de nulidad del laudo arbitral en procedimiento ordinario, que se estima también necesaria, dada la imperfección de los recursos establecidos en la Ley de Arbitrajes, sobre cuestiones que excedan del marco limitado del recurso de nulidad (336).

Desgraciada situación la del comprometente, que pretenda impugnar un laudo, alegando que el árbitro no reúne las debidas condiciones de imparcialidad y que trate para ello de poner en

(332) S. T. S. julio 1969. Esta no tuvo que tratar directamente de la cuestión, más parece que los núms. 4, 8 y 9 del art. 189 LEC, entendidos en sentido estricto, no serían aplicables al simple abogado o asesor de una parte. Comp. también S. T. S. 2 enero 1964.

(333) S. T. S. 2 mayo 1962, 4 junio 1965.

(334) S. T. S. 7 marzo 1963 y allí citadas, 27 noviembre 1963, 12 diciembre 1963, 10 octubre 1967, 13 junio 1967.

(335) S. T. S. 1 julio 1963; la S. T. S. 16 febrero 1968 dice «sin perjuicio de las acciones ordinarias que en su caso procedieran según Derecho».

(336) SERRA, *loc. cit.*; lo que afirma por razones doctrinal, legal y jurisprudencial, pp. 612-614; PÉREZ GORDO, *loc. cit.*, pp. 1133-1137; OGÁYAR, *El contrato de compromiso*, p. 151, en *Comentarios al Código civil*, p. 141, quien señala la contradicción o antinomia entre los arts. núms. 5 y 30 de la Ley de Arbitraje.

marcha el mecanismo de la Ley de Arbitrajes (337). Impugnación que todavía se puede evitar, se nos dice, con la cláusula notarial de uso frecuente, así redactada: «Las partes dispensan expresamente al árbitro de cualquier causa o motivo de abstención o recusación que en él pudiera concurrir»; cuya validez se ha creído poder justificar invocando el principio de la autonomía de la voluntad (338). Con lo que se vendría a consagrar la soberanía del contratante más fuerte, quien por medio de un árbitro, hombre de su confianza, lograría ser Juez y parte.

El supuesto de que el árbitro no haya sido designado previamente en el contrato preliminar de arbitraje, ha sido regulado por la Ley de modo incompleto y carente de medidas que permitan contrastar la idoneidad e imparcialidad de los árbitros (art. 10). Cualquiera de las partes a las que ello interese, puede dirigirse a la otra para proceder a la formalización del compromiso. La Ley ha previsto el caso de que una de las partes se niegue a la formalización, y no considera aquel otro en que la discrepancia entre ellas consiste en que cada una proponga a distinta persona como árbitro. Entonces no se podrá llegar a la formulación voluntaria del compromiso. ¿Con la consecuencia de dejar sin efecto el contrato preliminar?

Para que la Ley no quede sin conseguir su objetivo, habrá que interpretarla entendiendo que existe una doble negativa, y que cada parte podría dirigirse al Juez proponiendo nombre o nombres de árbitros. En tal caso, el Juez puede encontrarse ante dudas insuperables. Dadas las «mínimas proporciones» (E. de M.) del procedimiento, no dispondrá de otros datos que los escritos de solicitud y de oposición de las partes, y sin haber lugar al recibimiento a prueba, se encontrará sin medios para contrastar las condiciones de idoneidad e imparcialidad de los árbitros propuestos. En el caso de que una parte solicite la formalización y la otra se oponga simplemente al árbitro propuesto, ésta se encontrará también sin medios procesales para señalarle tachas. Con lo que aquélla quedará en una situación de injustificado desamparo.

4. *El procedimiento arbitral.*

La Ley de arbitrajes parece haber pretendido asegurar en el arbitraje de Derecho, la buena marcha del procedimiento arbitral, estableciendo reglas procesales imperativas, con la fórmula de que

(337) “Es verdad que ello supone el tener que agotar dos instancias y un recurso de casación para decidir sobre la validez del contrato preliminar, pero mientras no se modifique la Ley procesal no puede darse mayor amplitud a los motivos de nulidad”, OGÁYAR, *El contrato de compromiso*, p. 151.

(338) OGÁYAR entiende ser válida esta cláusula con la que se abarca cualquier causa o motivo, conocida o ignorada, presente o futura, en razón de que “está clara la voluntad de los interesados de aceptar la decisión de los árbitros, que es lo único importante”, en *Comentarios al Código civil*, p. 189.

habrá de ajustarse a lo dispuesto en los artículos de la Ley, que «en ningún caso podrán ser modificados por convenio entre las partes» (art. 26). Mas tales reglas son tan incompletas que, malévolamente entendidas, han podido hacer pensar que tienen por objeto más bien impedir que las partes puedan elegir o remitirse a un procedimiento que en realidad garantice el derecho de cada parte; ya que la reglamentación de la Ley supone entregar el procedimiento a lo que quiera el árbitro, se deja a su estimación el recibir o no el procedimiento a prueba (art. 27, 3.^a) y, en su caso, determinar también qué pruebas habrían de practicarse (art. 27, 4.^a). «Poderes que son insólitos con respecto a los Jueces» (339); por ser medidas respecto de las que, además, no se establece control ni cabe recurso alguno.

En la Ley de Enjuiciamiento civil, se mandaba que las actuaciones del juicio arbitral habían de verificarse ante Escribano o Secretario judicial (art. 804), quien las autorizaría con su firma (art. 252). La Ley de Arbitrajes ha suprimido la intervención del Secretario judicial, disposición explicable por el prejuicio doctrinal sobre el carácter contractual atribuido al arbitraje (340); pero la que con el silencio de la Ley, ha hecho con razón decir que «han convertido en prácticamente utópico el procedimiento establecido en el artículo 27 de la Ley de Arbitrajes. Faltando un fedatario público que dé fe de las actuaciones practicadas y careciendo las partes de todo control sobre la tramitación del procedimiento, queda en efecto éste sometido a la simple voluntad de los árbitros» (341).

Los señalados defectos de la Ley se manifiestan de modo más claro todavía en el arbitraje de equidad. Su procedimiento, se nos dice, no tendrá que someterse a formas legales, aunque ello no obstante, los árbitros deberán dar a las partes oportunidad adecuada de ser oídas y de presentar las pruebas que estimen necesarias (art. 29). Se deja así a las partes la iniciativa de presentar las pruebas (al contrario que en el art. 27, norma 3.^a), pero queda a la voluntad del árbitro darle oportunidad para ello, ya que contra lo que éste decida no se establece recurso alguno. En cuanto al fondo, los árbitros no tienen que ajustarse a Derecho, pudiendo dirimir el conflicto según su saber y entender (art. 29). Libertad de

(339) OGÁYAR, *El contrato de compromiso*, p. 215.

(340) Le parece bien a OGÁYAR, pues la misión del secretario judicial es la dación de fe y la constancia de los actos procesales, carácter que no revisten las actuaciones arbitrales, *El contrato de compromiso*, p. 209, y en *Comentarios al Código civil*, p. 203; ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO había criticado que, según la Ley de Enjuiciamiento, el juicio arbitral se desarrolle en la Secretaría del Juzgado, por ser una perturbación en el funcionamiento del mismo, *Notas para la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil, Estudios de Derecho Procesal*, Madrid, 1934, página 237. Comp. también SERRA DOMÍNGUEZ, *loc. cit.*, p. 585.

(341) SERRA, *loc. cit.*, p. 596.

apreciaron, no sometida siquiera a los mandatos de la equidad y que así permite los mayores excesos y dislates (342).

La posición de inatacable omnipotencia en la que la Ley coloca al árbitro designado en el contrato preliminar de arbitraje, resultará no sólo del no haber medios para recurrarle y de no admitirse recurso alguno contra sus decisiones durante el curso del procedimiento arbitral (343), sino también de la carencia de medidas eficaces para que se pueda impugnar el laudo.

5. *Los recursos contra el laudo.*

La Ley de 1953 ha suprimido la posibilidad, que otorgaba la Ley de Enjuiciamiento civil, de apelar de la sentencia arbitral ante la Audiencia del distrito (art. 818 L.E.C.), y dispone ahora que, contra el fallo dictado por los árbitros en un arbitraje de Derecho, *procederá sólo el recurso de casación* por infracción de ley o quebrantamiento de forma ante la Sala primera del Tribunal Supremo (art. 28). En dicha Ley de Arbitraje no se desarrolla esta disposición, dando así origen a una imponente laguna, denunciada constantemente por la doctrina (344) e imposible de superar de modo satisfactorio, lo que se debe a que más que de verdadera laguna, se trata de que las disposiciones sobre el recurso de casación están basadas en el sistema general de la Ley de Enjuiciamiento civil, esencialmente distinto —incompatible— con la Ley de Arbitrajes (345).

(342) VALCARCE nos cuenta sobre el arbitraje, que conoce por “experiencia inmediata”, la intervención de leguleyos, en los pleitos entre vecinos, que fomentan más que apaciguan, haciendo de sus malas mañas medio de vida poco deseable en el ambiente social, constituyendo verdaderas toxinas jurídicas, *El arbitraje privado*, Rev. D. Procesal, X, 1954 (abril-mayo), pp. 364-365.

(343) “Con lo que no se protegen debidamente los derechos de las partes, al no poder reclamar éstas contra dichas resoluciones, ni tampoco se regula si aquéllas deben o no consignar su protesta para que no se estime su silencio como aquiescencia, omisión más lamentable porque, al concederse el recurso de casación por quebrantamiento de forma, no se da medio para la subsanación de la falta, indispensable para que aquel recurso sea admisible”, OGÁYAR, *El contrato de compromiso*, p. 229.

(344) FERREIRO, *loc. cit.*, p. 93; PRIETO CASTRO (señala que supone un aumento del número de problemas), *Trabajos y orientaciones de Derecho procesal*, 1964, p. 482; SERRA DOMÍNGUEZ, *loc. cit.*, pp. 602 y sig.; FERNÁNDEZ SORIA, *loc. cit.*, p. 437; CHILLÓN MERINO, *loc. cit.*, pp. 198 y sig.; OGÁYAR, *El contrato de arbitraje*, pp. 233, 234 y sig. *Problemas de la Ley de Arbitraje*, Rev. Ac. Jurisp. y L., Anales, 6 (1978), pp. 49 y sig.; el mismo GUASF, *El arbitraje*, *loc. cit.*, pp. 168-170.

(345) OGÁYAR viene denunciando con insistencia la contradicción existente entre la naturaleza contractual atribuida al arbitraje y el recurso de casación, que tiene por fin la fiscalización de la actividad de los Tribunales en su función juzgadora, *Recursos contra el laudo arbitral*, Rev. D. Pr. 1963; *El contrato de compromiso*, *loc. cit.*, pp. 225 y sig.; *Problemas de la Ley de Arbitraje*, *cit.*, pp. 49 y sig. No resulta convincente, en cambio, señalar como único medio adecuado para asegurar el

A consecuencia de ello, resulta ineficaz la garantía «in extremis» que podía ofrecer el recurso de casación, respecto a extremos esenciales, como son: la idoneidad e imparcialidad de los árbitros, el haberse respetado el derecho de defensa de las partes y el que el laudo no contradiga los principios fundamentales del ordenamiento o de orden público. Resultado inevitable, dado el sistema de la Ley. La doctrina del Tribunal Supremo ha podido superar algunas graves dificultades, prescindiendo de la aplicación de muchas disposiciones de la Ley de Enjuiciamiento civil, pero no ha podido salvar la que resulta de haberse establecido el que no exista una documentación autorizada (los autos) de lo sucedido en el procedimiento.

Es cierto que por medio del recurso de casación podrá denunciarse la infracción de alguna norma jurídica en el laudo arbitral (art. 28, L. Arb., art. 1.692, núm. 1, L.E.C.); pero ello resultará en extremo difícil, dado que la infracción dependerá de los hechos que se hayan dado como probados (346); e imposible prácticamente fundarle en que en la apreciación de las pruebas haya habido error de Derecho o de hecho, si éste último resulta de documentos o actos auténticos que demuestren la equivocación evidente del Juzgador (art. 1.692, núm. 7, L.E.C.).

El planteamiento y desarrollo del recurso por quebrantamiento de forma (art. 28 L. A., art. 1.693 L.E.C.) encuentra tales dificultades, que no se columbra la manera de adoptarlo a la mecánica del procedimiento arbitral. No remitiéndose al Tribunal Supremo las actuaciones judiciales, no será posible apreciar la falta de citación para alguna diligencia de prueba o la denegación de cualquier diligencia de prueba admisible (art. 1.692, núms. 4.º y 5.º L.E.C.). Además, en el caso de que se hubiera dado lugar a este recurso, la sentencia de casación resultaría imposible de ejecutar. Esta Sentencia determina que los autos se devuelvan a la Audiencia de que procedan, para que, reponiéndolos al estado que tenían cuando se cometió la falta, los sustancie o determine, o haga sustanciar y determinar conforme a Derecho y se acuerden además las correcciones y prevenciones que correspondan según la gravedad de la infracción (art. 1.766, L.E.C.). Disposiciones que no se pueden cumplir aquí, ya que no existen autos ni actuaciones autorizadas por un

buen funcionamiento del arbitraje, el de la responsabilidad de los árbitros por los daños y perjuicios causados a las partes.

La Ley de Arbitrajes, a diferencia del art. 816 LEC, respecto de la sentencia arbitral, no establece que el laudo en arbitraje de Derecho se dicte en la forma y con las solemnidades prevenidas para las sentencias de los juicios ordinarios. A pesar de ello, se acostumbra a dictarlos con resultandos y considerandos. Respecto del arbitraje de equidad, se considera que al no tener que someterse a formas legales ni ajustarse a Derecho en cuanto al fondo, se excluye la necesidad de razonamientos o motivaciones de ningún orden. S. T. S. 23 octubre 1966.

(346) Por ello, OGÁYAR, que fuera magistrado y presidente de la Sala Primera del Tribunal Supremo durante muchos años, nos dice ser rarísimo que se denuncie infracción por el cauce del número 1.º del artículo 1.962.

fedatario y no hay a quién devolver los autos, ni quien corrija las faltas «in procedendo», pues los árbitros al dicar el laudo han extinguido el arbitraje y no pueden abrir otro nuevo procedimiento arbitral (347).

En el arbitraje de equidad —como se recordará— la Ley deja la más amplia libertad a los árbitros, en cuanto al procedimiento y al fondo de la controversia; ello *no obstante*, se ordena que deberán dar a las partes oportunidad adecuada de ser oídas y de presentar las pruebas que estimen necesarias (art. 29, par. 2). Mas esta exigencia de elemental corrección del procedimiento arbitral, carece de sanción, dados los términos del artículo 30, según el cual, contra el fallo que dicen los árbitros en un arbitraje de equidad *sólo cabrá* recurso de nulidad por los motivos que enumera el artículo 1.691, número tres, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que no menciona dicha exigencia.

6. Otras observaciones.

Las observaciones recogidas, aunque elementales, pueden bastar para advertir que la Ley de arbitrajes emplea desmesuradamente el principio de la autonomía de la voluntad, sin tener en cuenta siquiera los límites que se estiman adecuados en el Derecho de Obligaciones. La admisión sin reserva de la cláusula compromisoria, no sólo para facilitar el arbitraje de Derecho, sino también respecto al arbitraje de equidad, ha venido a satisfacer las aspiraciones más ambiciosas del movimiento de «la nueva *lex mercatoria*», haciendo posible que el contratante que había impuesto el árbitro decisor en el contrato preliminar de arbitraje, pudiera sentirse seguro de que ni su nombramiento ni su laudo podían ser impugnados, aunque uno u otro resultara abusivo o contra la justicia.

La Ley de 1953, a la larga, no ha venido sin embargo a dar cumplida satisfacción a los círculos proclives a «la nueva *lex mercatoria*», a causa de haber desatendido el arbitraje internacional, centro especial de su interés; y también porque se establece que los árbitros han de ser «personas naturales» (art. 20) y que no será válido el pacto de deferir a un tercero la facultad del nombramiento de árbitro (art. 22); todo lo que supone cerrar la puerta al arbitraje institucional. Disposiciones tachadas de ser nacionalistas y que en efecto son obstáculos para la afirmación del pretendido Derecho autónomo de los comerciantes (348).

(347) El mismo GUASP reconoce las señaladas dificultades, y dice que “hay que remitirse a la buena voluntad del intérprete, y en muchas ocasiones más que intérprete será integrador de esa gran laguna de nuevo texto”, *El arbitraje*, cit., p. 169. No nos dice y no se adivina cómo podría ser salvada.

(348) Comp. sobre ello, CREMADES, *Arbitraje comercial*, cit., pp. 18-19; CHILLÓN, MERINO, cit., pp. 225 y 227. También CONSEJO SUPERIOR DE CÁMARAS DE COMERCIO, INDUSTRIA Y NAVEGACIÓN DE ESPAÑA, *Recopilación de*

El artículo primero de la Ley excluye de su competencia los arbitrajes ordenados en prescripciones de Derecho público, sean internacionales, corporativas, sindicales o de cualquier otra índole. De este modo, el legislador se ha desembarazado de una serie de cuestiones espinosas. Ellas deberán ser tenidas en cuenta por el futuro legislador, si se quiere proporcionar una regulación unitaria del arbitraje y delimitar claramente la competencia del arbitraje privado.

Con el término arbitrajes internacionales habrá que entender, no los entre-naciones, sino los arbitrajes privados a los que hayan de aplicarse Convenios internacionales. En cambio, los que se denominan generalmente «arbitrajes internacionales» por tener como objeto controversias sobre el tráfico o comercio internacional, quedan entregados a la regulación de la Ley. El futuro legislador deberá plantearse aquí las difíciles cuestiones de Derecho internacional privado; tanto para determinar a qué laudos extranjeros habría de otorgárseles fuerza ejecutiva, como para tener en cuenta los requisitos mínimos que han de tener los laudos españoles para que obtengan eficacia en el extranjero.

La mención de los arbitrajes corporativos originan otras dudas, dignas de estudio. Parece claro que comprende a los arbitrajes de las Cámaras de comercio, en cuanto conocidas como «establecimientos públicos» (349) y las del Consulado de la Lonja de Valencia, en cuanto calificado éste de «órgano corporativo autónomo» (350); pero, en todo caso, interesa la respuesta de preguntas como las siguientes: ¿qué materias habrían de ser el objeto propio de cada uno de tales arbitrajes?, ¿convendría limitarlos a las cuestiones técnicas o de hecho?, ¿habrían de poder aplicarse sólo entre los socios o miembros de la corporación y sólo sobre las materias

usos, costumbres y prácticas mercantiles seguidos en España, Madrid, 1964, pp. 108, 109, 961-1078.

(349) La S. T. S. de 15 marzo 1933 no da lugar al recurso de casación interpuesto por considerar que el pacto de someterse al juicio y resolución de la Cámara de Comercio de Zaragoza, en caso de desacuerdos entre los socios, establecido al constituirse la sociedad, es un «pacto lícito que no se opone ni a la moral ni a las leyes» y porque la dicha Cámara estaba facultada a tales efectos por el núm. 3.º del art. 9.º del Reglamento de 6 de julio de 1929. Hay que tener en cuenta que, en sentencia firme del juez de Primera Instancia se había ya condenado a los demandados a que, en unión del actor sujeten sus diferencias a la decisión de la Cámara de Comercio. Sobre la cuestión en general, con referencia a la situación posterior a la Ley de 1953, y con elogio de la actuación arbitral, VALENZUELA, *Los laudos de la Cámara de Comercio. Homenaje a la memoria de don Juan Moneva y Puyol*, Zaragoza, 1954, pp. 133-141.

(350) Sobre este arbitraje, el estudio de FAIREN, *El arbitraje del Consulado de la Lonja de Valencia*, en *Temas de ordenación procesal*, Madrid, 1969, pp. 1293-1318.

El centro algodonero nacional establece su propio sistema de arbitraje (en verdad de arbitrador), con especial referencia al art. 1.º de L. Arb. (art. 64 Reg.), cuyo laudo tendrá fuerza ejecutiva (art. 71, b), CONSEJO SUPERIOR DE CÁMARAS, pp. 1069 y sig.

propias de la función de cada una de ellas?, ¿el referido arbitraje podría excluir en todo caso (aunque no hubiera laudo) el que pudiera plantearse ante los tribunales la controversia o desacuerdo? (351).

Los arbitrajes sindicales sufrirán las consecuencias del cambio general de la legislación en la materia; éstos y los de cualquiera otra índole, voluntarios o necesarios, convendría fueran sometidos a revisión, en todo caso, conforme a las nuevas corrientes legislativas (352).

VIII. EL PACTO DE ELECCION DE FUERO.

Ocuparse aquí, todavía, de la *prorogatio fori*, puede ser una disgresión impertinente. En su disculpa, cabe señalar el estrecho paralelismo que existe entre esta figura y la de la cláusula compromisoria. Una y otra han sido empleadas con los mismos fines en las cláusulas generales de los contratos y, por ello, también se ha sentido parecidamente la necesidad de limitar o condicionar su empleo para evitar se abuse de ellas, en daño de la parte más débil en los contratos. Además, una y otra figura tienen de común el que se les pretende justificar en la libertad o en la autonomía de la voluntad (353). Como en el compromiso arbitral y en la cláusula compromisoria, el pacto de elección de foro implica el desvincularse del Juez propio e investir de jurisdicción a quien carecía de ella.

La prórroga de jurisdicción por pacto se encuentra autorizada por un texto de Africano, recogido en el Digesto (354). Lo que hará que en el antiguo Derecho no se ponga en duda la validez del pacto que la establezca; así aparece reconocido en las leyes (355) y será de continuo uso en la práctica, como cláusula inserta en las escrituras públicas, para reforzar la eficacia de los contratos (356).

(351) La S. T. S. 30 abril 1957, no da lugar a la casación, estimando que al haber sido declarada la caducidad de la acción, por aplicación del Reglamento interno de la Comisión Permanente de la Junta Sindical Nacional de Cinematografía, actuando como Tribunal Arbitral, no hay posibilidad para reclamar ante los Tribunales judiciales.

(352) Por ejemplo, Tribunal Arbitral de Seguros, Tribunal de Seguros del Campo, Tribunal Arbitral de Censos, Jurado de Publicidad, Tribunal Arbitral de Seguros Ferroviarios. Sobre el arbitraje especial cooperativo, MUÑOZ VIDAL, *El arbitraje cooperativo*, Murcia, 1978.

(353) NOGUÉS, en nota 102.

(354) Dice así: "Si convenerit, ut alius Pretor, quam cuius inrisdictio esse, ius diceret, et priusquam adiretur, mutata voluntae fuerit, proculdubio nemo compellatur eiusmodi conventione stare"; D. 2,1,18.

(355) En el modelo de escritura de préstamo recogida en Las Partidas se establece que el prestatario no pondría "defensión ninguna", en razón de que el lugar en que se le reclama el pago "non era de su fuero". F. 3,18,70. En pragmática de 2 febrero 1573, se regula el modo de hacer las ejecuciones por razón de sumisión a los Justicias, con renuncia al fuero propio de los deudores, Nov. 11,29,7.

(356) MONTEROSO, *Práctica civil y criminal e instrucción de escrivanos*. Madrid, 1598, fol 148 vto.

Lo único que se discute en el Derecho común es, si cada una de las partes podría retractarse de la sumisión al Juez ajeno, con tal de que lo hiciera antes de la comparecencia ante el Juez. A favor de la facultad del arrepentimiento, se alegaba entre otras razones la letra del citado texto de Africano, el carácter público de la jurisdicción, de la que no podían disponer los súbditos, y el que se trataba de un pacto nudo; en contra de ella, se opone que en Castilla era plenamente eficaz el pacto nudo, el que su objeto no era contra la Ley ni contra las buenas costumbres y el que servía para comodidad de las partes (357). En la práctica, se vendrá a superar la dificultad, fortificando la prórroga de jurisdicción mediante el juramento, la cláusula garantía, el pacto geminado, la estipulación y con la renuncia a la citada ley «si convenerit».

Este generalizado uso, y la liberalización propia del movimiento codificador, se traduce en el reconocimiento, sin reservas ni límites, de la sumisión expresa hecha por los interesados, cuando se hace renunciando clara y terminantemente a su fuero propio y designando con toda precisión al Juez al que se someten; y así se establece en las sucesivas disposiciones de la Ley de Procedimiento civil, de 1855 (arts. 2.º y 3.º), Ley Orgánica del Poder judicial de 1870 (arts. 303, 304) y en la Ley de Enjuiciamiento civil de 1881 (arts. 56, 57).

La prórroga de la competencia vendrá siendo admitida de modo general. Lo que resulta, más que por respeto al Derecho romano, en atención a sus ventajas prácticas. En efecto, puede interesarle a las partes establecer la competencia de un Tribunal por serles más cómodo, también para evitar cuestiones de competencia y las posibles dificultades de un cambio de domicilio o residencia, e incluso, respecto de los contratos internacionales, para elegir, así, indirectamente, la Ley aplicable al contrato.

Estas razones, en favor de la validez de la elección del foro, no han ocultado sus peligros; pues la parte más débil puede verse obligada a la aceptación de la competencia de un Tribunal al que, por su lejanía o coste, le sea prácticamente imposible acudir. Peligrosidad que ha hecho se limite en determinadas materias la posibilidad de la elección.

En el antiguo Derecho castellano, entre las leyes dictadas para proteger a los labradores, se encuentran algunas sobre sumisión y renuncia de fuero, hasta ordenarse que por sus deudas, puedan sólo «ser convenidos en el fuero de su domicilio» agregándose que lo dispuesto en la Ley a favor de los labradores no pueda ser renunciado ni valga la renuncia de ella (Nov. 10, 11, 6 y 7). Modernamente puede advertirse, en alguna disposición española, cierta preocupación en favor de la protección de la parte más débil, frente al abuso posible de las cláusulas de prórroga de la competencia.

(357) Buena y detallada referencia sobre el estado de la doctrina en el Derecho común, en CARLEVAL, *Questio VII, De foro prorrogationis*, en *Disputationum iuris variarum*, Madrid, 1556, pp. 298-335.

En los juicios verbales civiles de la competencia de los Juzgados Municipales, se permitirá pactarse sumisión expresa sólo a favor del Juez del propio y habitual domicilio de cualquiera de los contratantes o al lugar donde esté sita la cosa inmueble (art. único, L. 21 mayo 1936; también L. 17 julio 1948). La Ley de arrendamientos urbanos, dispone que: «Aunque medie sumisión expresa a la jurisdicción de otro Juzgado, será competente en todo caso el que correspondiere al lugar en que se hallare la finca...» (artículo 121,1, D. 24-XII-1964). Todavía la Ley de 17 julio 1965, sobre venta de bienes muebles a plazo, establece que: «La competencia judicial para el conocimiento de los litigios relativos a contratos regulados por esta Ley, corresponde a los Juzgados y Tribunales del comprador, siendo nulo cualquier pacto en contrario» (art. 14). En su Exposición de motivos, se explica: «La prohibición de los pactos de sumisión que alteren la competencia judicial en la Ley... son medidas precautorias que salen al paso de cualquier propósito abusivo o fraudulento de las partes contratantes».

Estas disposiciones tienen por razón, haberse estimado justo amparar a la parte más débil en ciertos contratos, frente al posible abuso de las cláusulas de sumisión. Tales cláusulas son ciertamente menos peligrosas que el contrato preliminar de arbitraje, y, sin embargo, aquellas están prohibidas y condenadas como nulas y estas últimas están permitidas. Desarmonía legislativa chocante y que puede llevar a resultados sorprendentes. Mientras se condena el pacto de sumisión en los contratos de venta a plazos de bienes muebles, se deja abierta la posibilidad de insertar en ellos una cláusula compromisoria, fijando el lugar del compromiso lejos del domicilio del comprador y designando un árbitro impuesto por la casa vendedora.

El pacto de elección de fuero es considerado en algunas Leyes recientes de otros países, a la par que la cláusula compromisoria, como acuerdos peligrosos, respecto de los cuales habría que defender a los consumidores. Equiparación de dichas cláusulas que ha llevado, por ejemplo, a que no se permita la renuncia del fuero propio más que en los contratos entre comerciantes, que actúen con la condición de tal (358).

(358) Art. 48, del "Nouveau Code de Procedure civile" francés (15 diciembre 1975), § 38 del "Zivilprozessordnung", de la República Federal Alemana (21 marzo 1974, entrando en vigor el 1 julio 1977, por la "Verneinungsnovelle" de 13 diciembre 1976).

En leyes especiales se pueden encontrar reglas excluyendo el pacto de sumisión, p. ej., respecto de las pólizas de seguros, de los contratos de venta o préstamos a plazos. El Convenio de Bruselas, 27 septiembre 1968, de las Comunidades Europeas, permite la prórroga de competencia (art. 17), pero contiene disposiciones que atribuyen competencia exclusiva a ciertos Tribunales (arts. 11, 13, 16) aunque permite puedan pactarse por convenio posterior al nacimiento de la controversia (artículo 12, 1.º y art. 15, 1.º).

El art. 1.341 C. c. italiano establece los mismos requisitos en las condiciones generales para la cláusula compromisoria y para la derogación de la competencia de la autoridad judicial.

En la contratación internacional y por los mismos motivos que la cláusula compromisoria, se ha empleado mucho el pacto de sumisión; así, se han visto contratos de venta de máquinas de una empresa alemana a una casa española en los que en las cláusulas generales se incluía una de sumisión, p. ej., al Juzgado de Berlín Este. Como respecto de la cláusula compromisoria no ha podido desconocerse su peligrosidad, como instrumento para colocar en una situación de indefensión a la parte más débil en la relación contractual. Atendiendo a esta realidad, el Convenio de La Haya sobre elección de foro (25 noviembre 1965), enuncia varias reglas para evitar los malos efectos de la libre elección de foro (artículos 1.º y 2.º) y contiene una regla general que dice: «El acuerdo de elección de foro no será válido si se ha obtenido por abuso de poder económico o por otros medios desleales» (art. 4.º, par. 3).

IX. REFLEXIONES FINALES.

Lo heterogéneo de estas notas, apresuradas, defectuosas e incompletas, parece exigir que terminen con unas conclusiones, aunque ellas hayan de tener también carácter provisional.

Lo primero que salta a la vista es lo diferente, en origen, naturaleza y efectos, de las figuras a las que se cobija bajo el nombre de arbitraje. Lo que conduce a confusiones involuntarias o queridas, que importa mucho despejar. Habrá que considerar separadamente, para evitarlas, el arbitraje en virtud de compromiso y el arbitraje a consecuencia de la cláusula compromisoria, y en cada una de estas figuras, el arbitraje de Derecho y el arbitraje de equidad o por amigables componedores.

El compromiso arbitral, tal y como hubo de configurarlo el Derecho romano, es un contrato sometido a las reglas del Derecho de obligaciones, en virtud del cual se confiaba al árbitro la decisión de una controversia y el procedimiento a seguir para llegar a la sentencia arbitral; tenía socialmente el atractivo y las ventajas del secreto, el de sustraer lo discutido y lo resuelto a la curiosidad pública (359) y, además, el de que no ofrecía especiales peligros, al quedar abierta la posibilidad de acudir a los Tribunales, pagando la pena estipulada. Dicho carácter, puramente contractual, propio del Derecho romano antejustiniano, empieza a perderse, al tratarse de asimilar la sentencia arbitral a la sentencia judicial.

En las Leyes de Enjuiciamiento Civil, se atribuye carácter ju-

(359) En estudio consagrado a destacar lo extraño de que los fragmentos recogidos en el "Corpus", traten siempre de cuestiones de menor importancia económica, a pesar de los formidables intereses del capitalismo de la época, latifundios y grandes empresas, se explica este fenómeno señalando que los detentadores del poder económico preferían llevar sus controversias a los árbitros y a las autoridades públicas y, así, procuraban que no fueran discutidas ante los Tribunales. VOLTERRÁ, *La base económica de la elaboración sistemática del Derecho romano*, An. de la Academia del Notariado, XVII (1972), pp. 161-198, en especial, páginas 175 y 195.

risdiccional al arbitraje de Derecho, su ventaja práctica respecto al proceso judicial, se centra en que la actuación de los árbitros viene a sustituir a la primera instancia. En cambio, en el juicio de amigables componedores, no obstante esta denominación, la intervención judicial prácticamente ha desaparecido. A pesar de ello no ofrece mayor peligrosidad. Se entrega a la decisión de los árbitros una controversia ya existente, concreta y definida, conociendo bien lo que se pone en manos de los árbitros y también las condiciones y situación de los árbitros en el momento del arbitraje. Es así, una figura de modesto relieve social, de utilidad pareja a la de la transacción, a la de una transacción confiada a la prudencia de un tercero. Su peligrosidad viene a ser la misma que la propia de la función del arbitrador, y parece que de «lege ferenda» interesa tener en cuenta tal semejanza y regular la posibilidad de su impugnación, a la manera como se ha propuesto respecto a la decisión del arbitrador (360).

La importancia desorbitada que adquiere el arbitraje moderadamente, en la práctica y en la doctrina, no se refiere al arbitraje normal, es decir, al resultado de un compromiso, sino al que es consecuencia de haber sido impuesto en una cláusula compromisoria. Esta cambiará el significado social del arbitraje y su eficacia jurídica; le ha convertido, se dirá, en signo de contradicción entre dos concepciones del Derecho (361); lo que en parte es cierto. Los cambios sociales y económicos que se han producido de modo progresivamente acelerado, desde finales del siglo pasado, se han reflejado en la dogmática jurídica. La revolución industrial se piensa que ha convertido y potenciado el Derecho mercantil en un Derecho de la empresa o a favor de las empresas; mientras que en el Derecho patrimonial, se dejaba al Derecho civil la regulación de situaciones residuales, sin verdadero interés económico; concepción imperialista del Derecho mercantil, que llevaba consigo la tendencia a propugnar un Derecho autónomo de los comerciantes, liberado de toda traba legal, que se consagra con el nombre de «nueva *lex mercatoria*». La cláusula compromisoria se convierte aquí en el instrumento todopoderoso para hacer posible que los grandes empresarios esquiven cualquier ley incómoda e imponer sus propias normas.

Los abusos de este modo cometidos, a costa de los contratantes más débiles, provocan la reacción de buena parte de la doctrina, que invoca para condenarlos los tradicionales principios del Derecho. Ello ocasionará un cierto enfrentamiento entre los juristas,

(360) DÍEZ-PICAZO, *El arbitraje de un tercero en los negocios jurídicos*, Barcelona, 1957, pp. 31 y sig.

(361) Se ha llegado a decir, para caracterizar su carácter polémico, que "ha sido, alternativamente, una y otra vez, objeto de exaltaciones románticas y de teológicas (!) repulsiones", MUÑOZ PLANAS, *Algunos problemas del arbitraje en materia de sociedades mercantiles*, en *Estudios de Derecho mercantil en homenaje de Rodrigo de Uría*, Madrid, 1972, p. 434. Recogiendo lo dicho por GUASP, vide supra nota 8.

al intentar la delimitación de campos entre el Derecho mercantil y el Derecho civil (362). En el momento actual, la postura crítica frente a la «comercialización del Derecho privado», y muy en especial contra la idea de «la nueva *lex mercatoria*», ha venido a reforzarse con la aparición en la escena política del movimiento de la protección a los consumidores. Su influencia ha sido tan poderosa, que ha determinado un cambio impresionante en la doctrina del Derecho mercantil; en la que ahora se nos dice que hay que atender a la tutela y protección de los consumidores (363), se señala el peligro de las cláusulas generales de los contratos y se afirma que: «Desaparecidas, pues, las posiciones de ventaja de los que contrataban con los consumidores, queda abierta para éstos la protección de un Derecho igualitario cuya misión consiste en equilibrar la diferencia de poder económico entre los empresarios y quienes con ellos contratan, amparados en figuras jurídicas que distan mucho de ser verdaderos contratos libres» (364).

El señalado cambio de enfoque de la doctrina mercantilista, no ha hecho perder fuerza al movimiento que sacraliza el arbitraje, pero debilita su base última, el postulado de que el Derecho mercantil ha de estar al servicio de los empresarios. Con ello, los criterios con los que se caracterizaba el Derecho civil («favor debitoris») y al Derecho mercantil («favor creditoris»), han dejado de ser contrapuestos, al ir perdiendo su base socio-económica. Lo que permitirá que, abandonando prejuicios, se tenga en cuenta el criterio objetivo de que el Derecho, por ser Derecho, no puede consentir se ponga el aparato coactivo del Estado al servicio de una clase o fuerza social, y conceder eficacia a la cláusula compromisoria cuando sea impuesta abusivamente a una parte.

La cláusula compromisoria lleva consigo el peligro de la facilidad de su abuso y tiene dudosa justificación intrínseca. Es un pacto sobre una controversia posible, cuyo motivo y objeto no se conoce, y cuya decisión se pone en manos de alguien que tampoco se conoce, cuya situación no se sabe cuál será al nacer la cuestión. Ello no obstante, habrá de tenerse en cuenta lo general

(362) Sobre ello, últimamente, los importantes estudios de GARRIGUES, *Qué es y qué debe ser el Derecho mercantil; Derecho mercantil y Derecho civil; El Derecho mercantil en las Naciones Unidas; El Derecho mercantil en el siglo XX*, recogidos en *Temas de Derecho vivo*, Madrid, 1978, pp. 37-94-117-139, 297-320, 321-339.

(363) POLO, nos explica: «Los dominios del Derecho mercantil están ocupados hoy por los *empresarios* y sus *acreedores*. Pero hace tiempo que llama a sus puertas el *consumidor*, como una manifestación más de ese fenómeno que se conoce como «generalización del Derecho mercantil». El Derecho mercantil, por tanto, debe estar dispuesto a *asumir la tutela y protección jurídica de este nuevo protagonista: el consumidor*». *Reflexiones sobre la reforma del ordenamiento jurídico mercantil*, publicadas en *Estudios de Derecho mercantil*, en homenaje a Rodrigo Uría, Madrid, 1978, p. 616.

(364) GARRIGUES, en su doblemente ejemplar lección *En torno a la reforma del Derecho mercantil*, Documento Universidad-Empresa, Madrid, 1979, p. 23, también p. 17 y toda la conferencia en general.

de su uso, su prácticamente universal aceptación en materia mercantil y también sus posibles ventajas prácticas, dado el hecho lamentable de la lentitud, complicación y falta de agilidad de la administración de Justicia (365). Pudiera, por ello, ser aconsejable el mantenimiento de la cláusula compromisoria, pero paliando su peligrosidad, como se hace en muchos países, mediante disposiciones que permitan el control judicial, respecto de la validez de su conclusión, designación de los árbitros, corrección del procedimiento y contenido del mismo laudo (366).

Hay que distinguir todavía la cláusula compromisoria referida a relaciones comerciales internas y la relativa al comercio internacional. En este último supuesto, es donde el arbitraje tiene mayor importancia práctica y al que debe su exaltación y organizada entusiasta defensa. No puede negarse su utilidad para salvar las dificultades que la disparidad de leyes y jurisdicciones supone para el comercio internacional. Mas esta consideración no ha de hacer que se olvide su especial peligrosidad. Las grandes potencias industriales y financieras, permiten que se utilice la cláusula compromisoria por sus empresas o sus multinacionales, para asegurar su continuado predominio sobre las empresas de países de menor poder económico. Por ello, razones de Justicia, y también de defensa de la propia economía, aconsejan establecer las mismas medidas de control, tanto para el arbitraje cuando se utiliza respecto de contratos del comercio interno que cuando se emplea en relación a contratos del comercio internacional.

El arbitraje de equidad, en cambio, no merece ser mantenido, en cuanto éste sea impuesto por una cláusula compromisoria; pues en tal caso, sería como un juego de azar, de resultado no más seguro que el de los dados; y cuando el árbitro designado en la cláusula haya sido impuesto por una de las partes, se está ante la figura penal de quien utiliza el arbitraje «para asegurar la suerte». Parece, por ello, prudente y adecuado el proceder de aquellas leyes que no conocen o no admiten la amigable composición.

(365) Ello se ha salvado en otros ordenamientos con los Tribunales especiales de comercio, y la dificultad señalada posiblemente pudiera disminuirse permitiendo el pacto de llevar la controversia directamente ante las Audiencias.

(366) Mediante la reserva, p. ej., del orden público. También vendría delimitar las materias aptas para ser objeto de la cláusula compromisoria, bien sea limitándola a las controversias entre comerciantes que actúen como tales, o excluyendo las cuestiones nacidas de relaciones jurídicas en las que una de las partes aparece en situación de inferioridad, como se hace sobre los pactos de elección de fuero.

