

ACADÈMIA DE JURISPRUDÈNCIA I LEGISLACIÓ
DE CATALUNYA

ASPECTOS DEL CONVENIO
Y DEL LAUDO ARBITRAL
VISTOS POR UN NOTARIO.
CUESTIONES
EN LA NUEVA LEY

DISCURS D'INGRÉS

de l'acadèmic de número

SR. ELÍAS CAMPO VILLEGAS

i

CONTESTACIÓ

de l'acadèmic de número

SR. JOSÉ JUAN PINTÓ RUIZ

3 de juny de 2004

BARCELONA

MMIV

DISCURS D'INGRÉS
de l'acadèmic de número
SR. ELÍAS CAMPO VILLEGAS

Excmo. Sr. Presidente,
Ilmos. Sres. Académicos,
Autoridades, amigos,
Señoras y señores

Debo iniciar mi intervención confesando la dificultad que he tenido para encontrar palabras que mostraran mis sentimientos de agradecimiento y emoción en este acto.

Agradecimiento hacía los miembros de esta Academia que me hicieron el nunca imaginado honor de acogerme en el seno de la misma; agradecimiento al Excmo. Sr. Josep Joan Pintó i Ruiz que se ha brindado a preparar la contestación tradicional; agradecimiento a todos Vdes. por su asistencia, cuya compañía, calor y afecto, créanme que la necesito esta noche.

Pero, con todo, la emoción dificulta mi razonamiento por cuanto he de referirme a quienes me han precedido en el lugar que he de ocupar en el futuro. Me refiero a las dos figuras de juristas que han ostentado el apellido casi mítico de ROCA SASTRE.

Mi directo antecesor es Lluís Roca-Sastre i Muncunill que sucedió en el mismo sillón a su padre Ramón M.^a Roca Sastre. Respecto de ambos nada nuevo podré decir esta noche que el Ilustre Académico y amigo José Pintó no lo expusiera con su proverbial lirismo en la contestación al Discurso de entrada de Lluís Roca Sastre el 6 de marzo de 1985, o no estuviera después glosado por el otro gran jurista y académico Angel Martínez Sarrión.

A lo largo de mi vida he considerado como un regalo de la Providencia determinadas relaciones y amistades. Lluís Roca-Sastre fue una de ellas, a la que se añadió la de su esposa Carmen cuya actividad y celo por la memoria de Luis todos conocemos.

La vida de Lluís Roca Sastre ofrece múltiples facetas, de las que debemos resaltar aquí la de gran jurista, como su padre, cuya vinculación con él resulta no solamente por su amor filial sino también por su devoción jurídica que no se cansó

de proclamar, respetando el texto escrito por D. Ramón M.^a del Derecho Hipotecario, e incluso subordinando, tal vez, en alguna ocasión su propio criterio. Y en frase de Vallet «escondiendo» su personalidad detrás de la grandiosa de su padre. Pero así y todo su continuada labor de la actualización dotó la obra hasta de diez volúmenes.

Mas aquella tarea fue tan sólo, y pese a su importancia, una parte de su producción jurídica, científica y práctica.

No es lugar éste para enhilar todas las publicaciones, pero tampoco se puede olvidar su Derecho Sucesorio, ni sus Ponencias en los Congresos Internacionales del Notariado Latino (Atenas, 1971; Barcelona, 1975; París, 1979), o en el II Congreso Jurídico Catalán; o en un terreno práctico, sus dictámenes y laudos arbitrales, o bien su actividad de preparador de oposiciones.

Ahora bien, toda esta vida de estudio y trabajo se desarrolló en paralelo con su profesión de Notario, carrera en la cual llegó veloz a Barcelona mediante oposiciones restringidas.

Una personalidad como ésta habría de ser apetecida por organismos, corporaciones y entidades. La disponibilidad de Lluís Roca Sastre hizo que accediera a los cargos del Consell Consultiu de la Generalitat, Vicepresidente de esta Academia, Vicedecano y Decano del Colegio Notarial, Tribunal Arbitral de Censos, Junta Electoral de Barcelona, Fundación Noguera, y muy de anotar como Fundador y Presidente de la Fundación Ramón M.^a Roca Sastre.

Toda esta actividad, todos los compromisos que contrajo, le comieron, hora a hora, a trozos, el tiempo, no sólo de su propia vida, sino el de su esposa Carmen.

Y al ponderar estos rasgos estamos penetrando en la intimidad de la persona. Lluís Roca Sastre no sólo fue el hombre urbano, el Notario de La Pedrera, fue asimismo un hombre del pueblo, familiarizado con la agricultura, el campo y la caza, excepcionalmente ligado a la comarca de la Segarra. Al mismo tiempo que un pintor como su hermano José, cuyas obras muestra con orgullosa devoción su esposa.

Un hombre bueno, prudente y afectuoso con todos. Haré, sobre estos rasgos, sólo unas breves referencias:

El Consell Consultiu en la sesión de 17 de julio de 2000 puso de relieve sus virtudes de «hombre ecuánime y prudente, muy capaz de crear consenso entre pareceres opuestos y de una gran sabiduría a la hora de ofrecer soluciones a los problemas técnicos más difíciles». «Su extraordinaria bondad, trato delicado hacia todo el mundo.»

En correspondencia epistolar Vallet de Goytisoló escribió: «A veces en la vida te encuentras con personas que te hacen reforzar la fe y la ilusión» «todo un hombre, inteligente y de gran temple, escondido en su sencillez, su modestia y su mesura.»

Tras el óbito, su nieta Carmen, dirige una carta al «seu estimat avi» de la que transcribo el final para, con él, terminar así el recuerdo que le rindo como mi antecesor en esta Academia:

«Has amat la natura, has amat les lleis i has amat a totes les persones que t'envolten.»

«La teva honradesa i sensibilitat ens ha il·luminat sempre i t'ha fet un home adorable i estimat.

En el nostre record estarà la teva bondat i amor.»

I. INTRODUCCIÓN

A. *Conflictos, notariado y arbitraje*

El tema de la intervención del Notario en el arbitraje no debe presentarse en forma directa y aisladamente en función del Notario como árbitro, defendiendo una aspiración corporativa, sino enmarcado en otra más amplia y fecunda, cual es la intervención del Notario en la solución de conflictos, cuyo protagonismo aparece en dos facetas o momentos distintos.

a) En la prevención de los mismos, mediante su misión cautelar de asesoramiento y consejo, así como en su propia función de control de la legalidad, tema clásico en la literatura notarialista, y sobre el que no podemos entrar.

b) En la solución de las controversias ya surgidas mediante la actividad que viene denominándose de justicia alternativa.

B. *Las fórmulas de justicia alternativa*

El marasmo de la Administración de Justicia no es un problema ni de hoy ni exclusivo de España:

En el año 1905, un jurista americano, ROSCOE POUND, pronunció una conferencia que tituló «Las causas de la popular insatisfacción de la justicia», que produjo un fuerte impacto. Aquí en España, HERNÁNDEZ GIL, presidente del Tribunal Supremo, en su discurso ante las Cortes Españolas, en 1986, dijo textualmente: «En España la justicia es independiente pero ineficaz.» En una encuesta elaborada para el Consejo General del Poder Judicial en mayo-junio de 2003, el 70% de los usuarios cree que la justicia «es tan lenta que siempre que se pueda vale más evitar acudir a ella»; y el 41% considera que aquélla funciona mal o muy mal. Es evidente que entre aquellas citas podemos intercarlar miles de expresiones más o menos similares.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, con sede en Estrasburgo, condenó el 28.10.2003 a España por violar el derecho ciudadano a una respuesta de la justicia «dentro de un plazo razonable». La Sentencia constata que la dura-

ción de un proceso penal contra dos abogados por falsedad y estafa en relación con la rehabilitación de títulos nobiliarios duró más de 14 años, periodo estimado excesivo por el Tribunal, a pesar de la «cierta complejidad» del procedimiento (*El País* – 29.10.2003).

No hace mucho en un diario francés, un editorial decía: «Estado de emergencia de la justicia francesa.» Y otro italiano, anunciaba «Las calamidades de la justicia italiana».

El profesor ROBERT COULSON, Presidente de la Asociación Americana de Arbitraje en 1988 decía: «a pesar de que mucha gente en los EE.UU. piensan que los Tribunales dictan sentencia, el hecho real es que, en la actualidad, el 95% de los casos presentados son solucionados por los abogados de las partes. Con frecuencia se solucionan años después de presentar el caso. El aparato de los Tribunales no tiene los fondos suficientes, está pobremente diseñado y no está bien gestionado».

Esta situación generalizada ha hecho surgir nuevas fórmulas que ya tienen nombre «Alternative Dispute Resolution (ADR) o La Resolución Alternativa de Conflictos», siendo de destacar la denominación propuesta por MUÑOZ SABATÉ y por el Tribunal Arbitral de Barcelona como *justicia alternativa*, fórmulas basadas en métodos eminentemente transaccionales, en las que las partes, unas veces no pierden el poder decisorio, lo que ocurre en el mini-trial (mini juicio), la conciliación y la mediación; pero en otras la decisión se defiende a un tercero como es el caso del arbitraje.

En principio no existe razón alguna para que el Notario no pueda intervenir en cualquiera de estas fórmulas de justicia alternativa; las reglamentaciones del cuerpo no lo vedan, ni las características de su función lo repelen; sociológicamente siempre ha sido aceptada esta posibilidad.

Sin embargo, en ocasiones sorpresivamente la Ley lo ha impedido. Así la reciente Ley Catalana 1/2001 de 1 de 25 de marzo sobre la mediación familiar deja fuera a los Notarios al exigir para la mediación que regula que el mediador sea Abogado en ejercicio, o *Psicólogo pedagogo*, *Trabajador social* o *Educador social*.

En definitiva es lo que ocurrió con la Ley de Arbitraje de 1988 que excluyó a los Notarios, junto con los Jueces, Fiscales y Registradores.

Sin embargo, y a pesar de ello, creo útil presentar el interés que el arbitraje despierta para el Notariado, y lo haré, mostrándolo en una pluralidad de direcciones:

1. El Notario como árbitro.
2. El arbitraje institucional, administrado por centros arbitrales propios del Notariado, o bien en los que éste sea en uno de sus miembros.
3. El Notario, como profesional ante el arbitraje, que se centra básicamente en dos planos que corresponden a las puertas de entrada y de cierre del arbitraje: el convenio arbitral y la protocolización del laudo. Temas estos que constituyen básicamente el eje de este discurso.

II. EL NOTARIO COMO ÁRBITRO

En la tradición arbitral española, el Notario siempre pudo ser (y lo fue) designado como árbitro. Para ello existían razones legitimadoras:

—El legislador lo permitió en las Leyes de Enjuiciamiento Civil y en la Ley de arbitraje privado de 1953.

—Es más, legislativamente al Notario se le han atribuido actuaciones incluso de naturaleza decisoria: actas de notariado, ejecuciones hipotecarias extrajudiciales, declaraciones de herederos, aparte la tendencia expansiva en la jurisdicción voluntaria; la posibilidad de ser albaceas y contadores partidores; sin contar que en su función asesora a diario se busca incluso su intervención como eficaz mediador.

—La sociedad consideraba congruente el cargo de árbitro con las características del Notario en cuanto su función propia le revestía de las notas de independencia, imparcialidad y «auctoritas».

—Y es que en su quehacer, el Notario no puede limitarse «a desempeñar el papel del testigo pasivo», y ni siquiera se conforma con el mero asesoramiento, ya que sin declinar en su imparcialidad, llega al consejo, e incluso, penetrando en el contenido del negocio jurídico, busca las soluciones que estima más justas y adecuadas al caso y circunstancias. Y, si bien es cierto que no puede violentar las voluntades, también lo es que, en la práctica, el Notario, por su prestigio, confianza e imparcialidad, llega a resultados que implican ser aceptado como árbitro y juez del acto.

—La Ley de 1988, al vetar para el cargo de árbitros, en el artículo 12.4 a «quién ejerza funciones públicas retribuidas por arancel» eliminó frívolamente a los Notarios. Se trataba de una prohibición que contrariaba nuestra tradición, resultaba extraña en el Derecho comparado y tenía difícil explicación satisfactoria. La doctrina la criticó, y sociológicamente se recibió sin entender la desconfianza que entrañaba hacia aquéllos, cuando tanto el legislador como la sociedad recurren habitualmente a los mismos confiándoles misiones de seguridad, imparcialidad e incluso decisorias, sobre la base de su técnica jurídica, independencia y prestigio.

—Además, en correcta metodología legislativa, resulta inadecuado que en la Ley de arbitraje se regule la actividad y prohibiciones de los funcionarios públicos. Son las normas jurídicas de estos cuerpos la sede adecuada para ello. Y este es el criterio de la nueva Ley de Arbitraje.

Pues bien, en este camino del divorcio entre la Ley y la sociedad he de recordar que en Barcelona, cuando la Ley nos impidió ser árbitros a los Notarios, el mundo de la abogacía y el mundo del comercio nos llamó para nombrar a los árbitros con ellos. A los dos meses de promulgarse la Ley de 1988 se había constituido la Asociación Catalana para el Arbitraje integrada por el Colegio de Aboga-

dos de Barcelona, la Cámara de Comercio, Industria y Navegación de Barcelona, el Consejo General de los Colegios de Abogados de Cataluña y el Colegio de Notarios de Cataluña, cuya finalidad es promover y administrar el arbitraje institucional. Su órgano técnico, del que me honro ser su Vicepresidente, designa a los árbitros en los arbitrajes de quienes se han sometido a tal institución.

Ahora bien, en el transcurso de estas dos décadas, podemos constatar que la realidad social difiere del criterio de la Ley de 1988 y se entiende que los únicos obstáculos para el arbitraje no deben proceder de su ley reguladora sino de la normativa que rige los respectivos cuerpos de Notarios, lo mismo que de Registradores y Jueces. Y esta es, como hemos dicho, la línea de la nueva Ley.

En el último Congreso Internacional del Notariado Latino celebrado en Atenas en septiembre de 2001, se consagró la legitimidad del Notario para el arbitraje, si bien quedó definido que su intervención en esta área no se concibe como función notarial complementaria, sino más bien como actividad extraordinaria, compatible con su función propia y asociada a las demás actuaciones del Notario referentes a la Justicia Alternativa, emparejada con el espíritu de prevención de los conflictos.

Pero en aquel Congreso todavía se llegó a más, se sugirió la entrada de los órganos del Notariado en el arbitraje institucional, recomendando que según la situación nacional de cada país, los Colegios Notariales crearan instituciones arbitrales, con posibles asociaciones con otras entidades, cuyo antecedente ya lo hemos referido con respecto a Cataluña.

III. EL NOTARIO COMO PROFESIONAL DEL DERECHO ANTE EL ARBITRAJE

Dicho lo anterior, hemos de resaltar que el interés del Notario en el arbitraje tiene mayor alcance que el de su propio protagonismo como árbitro. Nos referimos a la actuación del Notario en el ejercicio de su función propia, que interviene en dos momentos transcendentales del arbitraje: en la puerta que abre el arbitraje y en el momento final. En el convenio arbitral y en la protocolización del laudo.

En el convenio arbitral el Notario actúa configurándolo jurídica y formalmente, en su función asesora, de control de la legalidad, de redacción y documentadora, especialmente cuando el convenio arbitral se instala en la constitución de las sociedades mercantiles bajo la forma de cláusulas estatutarias de sumisión arbitral.

En la protocolización del laudo, el Notario, además de proporcionar autenticidad y forma pública al laudo, puede y debe incluso prestar su ministerio de asesor en los términos que expondremos en su momento.

IV. LA MISIÓN DEL NOTARIO ANTE EL CONVENIO ARBITRAL

El pacto arbitral constituye la primera pieza del arbitraje. Con él las partes persiguen dos finalidades: excluir a los tribunales ordinarios del conocimiento de las cuestiones objeto de la discusión (efecto negativo) y fundar la competencia de los árbitros a los que se someten para que éstos resuelvan el tema (efecto positivo). Es de vida o muerte para la institución que ambos efectos se produzcan, pues de lo contrario se frustra la voluntad y esperanza de los interesados que pretenden eludir toda intervención judicial y, además, que los árbitros zanjen la cuestión.

En la Ley de arbitraje aquellos efectos los produce directamente el convenio arbitral tras desaparecer la bipolaridad de la cláusula compromisoria-compromiso y minimizarse las exigencias de forma, características estas propias de la Ley de 1953.

En un puro plano especulativo, lo ideal sería que los pactos arbitrales contuvieran todos los elementos precisos para que se pudiera desarrollar el arbitraje simplemente a solicitud de cualquiera de los interesados sin precisarse la intervención de ningún ente, Autoridad o Tribunal. Para ello la cláusula compromisoria debería, al menos, fijar la clase de arbitraje que se elige, establecer el procedimiento a seguir, la lengua y lugar en que aquél debe desarrollarse, plazo para dictar el laudo y especialmente nombrar los árbitros en quienes se confía la resolución del litigio.

En el sistema anterior a la Ley de 1988 tales precisiones tenían que establecerse por las partes en la escritura notarial de compromiso, sin la cual no podía nacer el arbitraje; y, en caso de que los interesados no llegaran a un acuerdo para suscribir tal escritura, entonces era el Juez quién determinaba aquellos requisitos en la formalización judicial del arbitraje.

Desde la Ley de 1988 el sistema cambió. Ya no se precisa ni la escritura notarial ni la formalización judicial del arbitraje. El mero pacto en que las partes acuerdan someter sus cuestiones a juicio arbitral es suficiente para acceder a él. Ahora bien, cuando el convenio arbitral no fija aquellos elementos y requisitos, sus lagunas e insuficiencias se completan mediante ciertas previsiones legales. Sin embargo, éstas integran el arbitraje ciegamente y sin atender a las circunstancias que concurren en el caso. De ahí lo relevante de la intervención notarial que podría e incluso debería estructurar las cláusulas arbitrales con las soluciones que ofrecería a los contratantes conforme se requiera en cada supuesto concreto: ¿Dejaremos sin resolver temas como el de la manera de designar al árbitro? Tampoco cabe omitir la clase de arbitraje y el número de árbitros, puesto que ello significa tanto como haber dispuesto un arbitraje de derecho que se llevará a cabo con un solo árbitro, cuando tal vez en el caso concreto sea más adecuado el arbitraje de equidad y se precisen tres árbitros.

El convenio arbitral puede surgir por diferentes vías: Una vez se ha producido la controversia, las partes interesadas estipulan un convenio arbitral para so-

lucionarlo; o bien el convenio se establece a fin de dirimir en arbitraje los eventuales conflictos que en una relación jurídica concreta se prevea puedan plantearse en el futuro. Tratándose de sociedades esta previsión de los socios fundadores suele llevarse a los Estatutos. Otra posibilidad sería en pactos parasociales que conduciría a una problemática diferente.

En la historia de nuestras sociedades mercantiles aparecen constantemente las cláusulas estatutarias de sumisión arbitral; pero su eficacia quedó oscurecida durante casi cuatro décadas como tendremos ocasión de exponer.

V. ASPECTOS DE FORMA EN EL CONVENIO ARBITRAL¹

A. *La novedad de la Ley de 1988*

Los sectores proarbitralistas saludaron como un triunfo los criterios liberales de la Ley de 1988 y muy efusivamente la desaparición del lastre que implicaba la famosa escritura notarial de compromiso implantada por la Ley de 1953. De esta manera se terminaba con un rigor formal que venía desde las leyes de enjuiciamiento civil de 1855 y 1881, pero que no tenía antecedentes en nuestro Derecho histórico en el que incluso se había llegado a admitir el pacto verbal².

Desde la Ley de 1988 se ha seguido la corriente suavizadora de la forma, de la que son ejemplos, aparte ciertos derechos nacionales, los textos de los conve-

¹ Para esta materia, ver nuestra conferencia «Problemas de forma en el convenio y en el laudo arbitral. Su inscripción», pronunciada en la Academia Matritense del Notariado el 7 de noviembre de 1991 y publicada en Anales de la Academia Matritense del Notariado T. XXXII.

² La Ley de Enjuiciamiento sobre causas de comercio de 1830 dispuso que el arbitraje de comercio pueda convenirse y celebrarse no sólo en escritura pública, sino por contrato privado, e incluso por convenio ante los mismos jueces avenidores o por escrito presentado de conformidad en los autos si hubiere comenzado ya el pleito (art. 256). En las Partidas (III, 4, 23) la constitución del arbitraje, si bien necesitaba de la escritura, ésta podía ser pública («por mano de Escrivano público») o privada («o otra que sea sellada de sus sellos») de los sellos de las partes, según el Doctrinal (I, 4, 1) del Maestro Jacobo «... deve ende ser fecha carta pública, o sellada con sus sellos de aquellos que meten el pleyto en manos de amigos ...»; e incluso GREGORIO LÓPEZ llega a entender como suficiente la prueba testifical a pesar de la literalidad del texto, cuya atenuación formal atribuye MERCHAN ÁLVAREZ, A., al influjo de la ley única del título XVI del Ordenamiento de Alcalá (*El arbitraje. Estudio histórico jurídico*, Sevilla, 1981, pág. 153). La tradición anterior parece ser la de que el arbitraje se perfeccionaba con un simple pacto verbal ante testigos. En este sentido, MERCHAN (op. cit., págs. 151 y ss.) ofrece el ejemplo del Fuero Juzgo, el Fuero Viejo de Castilla y los fueros municipales de Sepúlveda y Zamora. Por contra, la exigencia de mayor forma la encontramos en el *Liber Iudiciorum* en que el arbitraje se constituye mediante un acto ante tres testigos que se documenta por escrito con la firma de los testigos (MERCHAN, op. cit., pág. 151).

De todas maneras debemos advertir que aquella libertad formal que resulta de los textos positivos, en la práctica jurídica conocida no es vivida; tanto en los documentos estudiados por MERCHAN como en los formularios que recoge, la intervención del Escribano público es constante (op. cit., pág. 155).

nios multinacionales de Nueva York de 1958 (art. II), Ley Uniforme Europea (art. 2) y Convenio de Ginebra de 1961 (art. I, 2, a). La influencia de los tratados internacionales sobre nuestra Ley se evidencia hasta en la redacción del texto que agiliza la contratación escrita con alusión a los canjes o intercambios de cartas en el artículo 9.3 de la nueva Ley.

B. *La cuestión de la forma oral*

El artículo 9.3 de la Ley de Arbitraje establece que «el convenio arbitral deberá constar por escrito»³. Requisito éste que desde la Ley de 1988 ha conducido a una buena parte de la doctrina a entender que tiene carácter solemne, de tal modo que su ausencia producirá la nulidad del convenio.

Nosotros no estamos de acuerdo con tal criterio. Veamos:

—El mismo prólogo de la Ley de Arbitraje de 1988 afirmaba que «El Título II introduce como novedades el principio de libertad formal en el convenio arbitral ...» Y en la Exposición de Motivos de la nueva Ley se dice que «La Ley refuerza el criterio antiformalista». Y luego en el párrafo 3 del artículo 9 se llega a considerar suficiente «otros medios de telecomunicación ...» que podrán, naturalmente, no estar suscritos por las partes, admitiéndose así que falte la suscripción del texto, es decir, el elemento personalísimo que implica la asunción del contenido documental por su autor, por lo que, en su defecto, habrá que acudir para su imputación a alguien a pruebas procesales externas al documento (pericial, testifical, reconocimiento judicial, etc.). Si del documento admitimos un concepto amplio equivalente a soporte que por su naturaleza y técnica permite la conservación y reproducción del pensamiento y voluntad humana, estaremos procesalmente ante situaciones análogas a las de un documento escrito sin firma de su autor. El problema se traslada así al capítulo de la prueba, que es su lugar adecuado en un sistema espiritualista, arrancándolo del tema de la forma para huir de cualquier veleidad que se complazca en exigir ésta con valor esencial, tan poco concorde con la exigencia del comercio, ni con las aspiraciones que movieron a la reforma de 1988. En efecto, no cabe olvidar que bajo el imperio de la Ley de 1953 el contrato preliminar de arbitraje o cláusula arbitral eran válidas aun cuando no estuvieran plasmadas por escrito, y era potencialmente suficiente para exigir que se llenara la forma entonces exigida, que era la escritura notarial de compromiso. De aferrarnos hoy a la forma escrita como solemne, habríamos sufrido una regresión, porque, tras la Ley de 1988, tendríamos que decretar la nulidad radical de pactos que bajo el vituperado sistema anterior eran válidos y podían conducir, aunque con penurias, al juicio arbitral querido y convenido por las partes.

³ En parecidos términos, el artículo 6 de Ley de Arbitraje de 1988.

—El retroceso hacía la forma solemne es contrario al criterio más avanzado de nuestro Tribunal Supremo⁴ y a las últimas orientaciones del Derecho comparado, que han llegado a admitir la perfección del pacto arbitral mediante actos concluyentes o aceptaciones tácitas realizadas por una parte a ofertas o aseveraciones hechas por la otra⁵, con una interesante aplicación de la doctrina del silencio que han dado lugar a que se acuñara el término de cláusulas semiescritas⁶; construcciones estas que no sólo no repugnan a nuestro Derecho, sino que en la doctrina general del mismo se hallan plenamente consolidadas en aras del respeto de la voluntad y responsabilidad de las partes contratantes, por lo menos en los negocios jurídicos del ámbito obligacional.

—Por último, en apoyo de nuestra tesis de admitir la viabilidad del convenio verbal o no escrito, séanos permitido esgrimir como elemento interpretativo la seria tradición de nuestro Derecho histórico que, salvo en el *Liber Iudiciorum*, no exige la forma pública como solemnidad del pacto arbitral, tal como pusimos de relieve en la nota a pié de página número 2. A tal fin, de los cuerpos legales nos interesa destacar dos: las Partidas y la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 en su texto originario. En las Partidas el pacto arbitral debe constar por escrito, aunque sea privado, pero en su comentario GREGORIO LÓPEZ llega a interpretar que es suficiente la prueba testifical a pesar de la literalidad del texto, cuya atenuación formal hay que atribuir al influjo del criterio liberal del Ordenamiento de Alcalá; y ésta es precisamente la esencia de nuestra hermenéutica en la postura que defendemos. Y por lo que se refiere a la Ley de Enjuiciamiento Civil, ocurre algo parecido: sabemos que nada más reconoció la escritura notarial de compromiso, pero que el Tribunal Supremo terminó por admitir el pacto arbitral informal como un tipo de precontrato; pues bien, este contrato preliminar de arbitraje surgido de una construcción jurisprudencial nació naturalmente sin ninguna exigencia

⁴ Los Autos de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 30 de enero de 1986 y 19 de diciembre de 1985, en una interpretación amplia de la forma del convenio arbitral, otorgan al silencio un valor positivo al tratarse de relaciones habituales entre comerciantes, en que a la propuesta o aseveración de una de ellas siguió el silencio de la otra que además ejecutó, al menos parcialmente, las obligaciones contraídas en el mismo documento (télex, confirmación de venta, oferta, etc.) en el que se hallaba contenida la cláusula compromisoria.

⁵ En el artículo 7.2 de la Ley Modelo de arbitraje de la C.N.U.D.M.I. de 21 de junio de 1985 se equipara al acuerdo de arbitraje el «intercambio de escritos de demanda y contestación en los que la existencia de un acuerdo sea afirmada por una parte sin ser negada por otra», solución que recoge la Ley de Arbitraje en su artículo 9.5. Y en términos semejantes el artículo 1926.3 del Código civil del Bajo Canadá que reputa convención de arbitraje cuando su existencia conste «dans un échange de procédures où son existence est alléguée par une partie et non contestée par l'autre».

⁶ CALVO CARAVACA y FERNÁNDEZ DE LA CANDARA en *El Arbitraje Comercial Internacional*, Ed. Tecnos, pág. 68.

Por el contrario, BERCOWITZ (en *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, pág. 74) se inclina a entender que las llamadas cláusulas de arbitraje semiescritas no cumplimentan la forma exigida y, consecuentemente, carecen de eficacia directa.

de forma, especialmente tras la publicación del Código civil. Es decir, que primero con la interpretación dada a las Partidas y luego con la surgida en torno a la Ley de Enjuiciamiento Civil se llegó a admitir el pacto aformal, sin perjuicio de que además existiera la escritura pública de compromiso en aquel sistema bipolar que recogió la Ley de 1953.

Nuestra posición de admitir la forma oral no se halla contradicha por la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de mayo de 2002, pues el inciso «debe formalizarse por escrito» no fue una decisión del Alto Tribunal en un tema referente al problema que nosotros presentamos, ya que allí el debate versaba sobre el alcance de la frase «expresar la obligación de cumplir tal decisión» del artículo 5.1 *in fine* de la Ley de 1988. Aquella sentencia tan sólo reproduce el texto del artículo 6 sin efectuar valoración alguna.

C. *Problemas de eficacia*

Frente al principio de libertad de forma que impera en la Ley de Arbitraje para el convenio arbitral, nos encontramos que en materia inmobiliaria y societaria la necesidad de inscripción en el Registro de la Propiedad, o en el Mercantil para los estatutos sociales, hace que la cláusula compromisoria deba constar en escritura notarial.

En estos problemas de forma, contemplaremos el convenio arbitral que debe acceder al Registro de la Propiedad, bien como documento complementario del laudo bien como negocio jurídico autónomo.

a) Para su inscripción, el laudo deberá estar acompañado de otros documentos complementarios, que, naturalmente, están sujetos a la calificación del Registrador con los criterios y extensión que imponga la naturaleza de cada uno de ellos. Ahora nos fijaremos tan sólo en el convenio arbitral.

La necesidad de aportar el convenio arbitral es incuestionable, salvo que se halle inscrito en el mismo Registro en que se pretende inscribir el laudo. Del convenio surge la sumisión de las partes al resultado del arbitraje, y del mismo nace el ámbito de la competencia arbitral.

Si el convenio se estableció en documento privado, éste no resulta apto para apoyar la inscripción del laudo. Nuestro sistema registral se construye sobre la base de la autenticidad y legitimidad de los documentos que acceden a él. Se precisa naturalmente que dicho convenio conste en escritura pública. Sin que esta afirmación implique contradicción con la libertad formal instaurada en el artículo 9.3 de la Ley de Arbitraje. Aunque el convenio arbitral se contenga en un documento privado tanto el procedimiento como el laudo son válidos. Aquí no presentamos un tema de validez o nulidad, sino de eficacia. El convenio en documento privado será válido, pero no apto para su acceso al Registro, al igual que la compraventa de un inmueble en documento privado. Afirmamos, pues, la vali-

dez del convenio en documento privado, aunque se refiera a eventuales contiendas sobre derechos inscribibles, y la validez del procedimiento y la del laudo; pero negamos su inscribibilidad directamente. Situado el dilema en tales términos, para resolverlo creemos pueden ser de utilidad los siguientes razonamientos: la validez del laudo entraña, de un lado, el efecto de cosa juzgada, lo que impide que el camino apto para la inscripción fuera un nuevo procedimiento declarativo ante la jurisdicción ordinaria para conseguir una sentencia que resultara inscribible, solución que además repugna al sentido más elemental de la economía y prestigio del Derecho. A nuestro entender, afirmada la validez y firmeza del laudo, se abre su ejecutabilidad por el Juez de Primera Instancia: y éste sí que es el camino adecuado para resolver el problema. Al Juez se le presentará, junto con el laudo, el convenio, aunque sea en documento privado, y él, en su decisión de librar el mandamiento al Registro, habrá tenido que calificar y resolver sobre el mismo.

b) Hemos contemplado antes el convenio arbitral como un *prius* que legitima la existencia del laudo y como documento complementario de éste a los efectos de su inscripción. Ahora nos toca verlo como negocio jurídico autónomo, antes del inicio de la controversia, con vistas a su acceso al Registro.

Cuando el convenio arbitral referido a relaciones jurídicas inmobiliarias no pueda acceder al Registro por no constar en escritura pública, habrá que reconocer a las partes acción para compelerse a llenar tal forma, y ello pese al principio liberal de la Ley de Arbitraje, ya que ésta únicamente se preocupa de los requisitos formales a los efectos que le son propios: para el juicio arbitral. Mas si aquel convenio afecta a una estructura jurídica inmobiliaria, hay que estimar a los titulares registrales con interés legítimo para exigir que el pacto tenga la publicidad registral adecuada para que afecte a terceros adquirentes. Y en el ámbito sustantivo el amparo lo ofrece el artículo 1279 del Código civil. Pero con esta afirmación abrimos a su vez otra interrogante: la de resolver si la pretensión encaminada a elevar a escritura pública el convenio arbitral debe deducirse en procedimiento jurisdiccional ordinario o bien ya es tema arbitral. Por este último camino abogan dos razones: que las partes han querido huir de la contienda judicial y antes de su inicio se verían inmersas en ella, contrariándose evidentemente su voluntad, y que el tema de la forma no es más que un elemento accesorio del objeto propio del convenio arbitral⁷.

⁷ Rectificamos nuestra opinión en *El arbitraje ante el Registro* en «La Notaría», mayo de 1999, pág. 30; y *Arbitraje y Registro* en «Libro Homenaje a Jesús López Medel», Centro de Estudios Registrales, T. II, pág. 1613.

VI. EFICACIA SUBJETIVA DEL CONVENIO

Por consecuencia de las limitaciones que nos hemos impuesto, dejaremos de lado el estudio general de los requisitos subjetivos del convenio arbitral, salvo ciertos aspectos del consentimiento de los sujetos que se someten a arbitraje. Centramos la atención en aquellos supuestos excepcionales en que el convenio arbitral se impone a quienes no lo han suscrito, en ocasiones por existir una sucesión en la relación jurídica principal o bien porque la extensión de la eficacia del convenio se produzca por consecuencia de ciertas conexiones con aquélla.

A. *El consentimiento en el convenio arbitral*

a) *El artículo 5.1 de la Ley de Arbitraje de 1988*

En este tema poco o nada habría que decir que no fuera la mera e innecesaria referencia a la doctrina general; pero le dedicaremos cierta atención por cuanto la expresión «voluntad inequívoca» del artículo 5.1 de la Ley de Arbitraje de 1988 desorientó a veces a la doctrina, a resoluciones judiciales e incluso a calificaciones registrales. La hipnosis que provocó el adjetivo «inequívoca» condujo a interpretaciones restrictivas. Hay consentimiento o voluntad negocial o no la hay. No existen consentimientos con mayor o menor vigor de los que deducir más o menos consecuencias. En la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de junio de 1999, entendiendo sobre este artículo 5.1, leemos que «la voluntad inequívoca de las partes, que no es otra cosa que el consentimiento contractual».

Lo que ocurría en aquél apartado 1 del artículo 5 es que sobraba todo él. Era irrelevante y superfluo no sólo el término «inequívoca» sino también todo el último inciso que exigía «expresar la obligación de cumplir tal decisión» tal como demostró hasta la saciedad la doctrina⁸ y la jurisprudencia⁹. Y también sobraba el resto del precepto pues estaba incluido en el artículo 1 y era hasta su propia repetición. Afortunadamente los redactores de la nueva Ley de Arbitraje han corregido los defectos que estamos denunciando y en el artículo 1 sólo se habla de «la voluntad de las partes» desapareciendo todo el antiguo artículo 5.1.

b) *Las formas de la declaración de voluntad contractual*

Traemos a colación en este momento las dos formas admitidas de manifestar la voluntad contractual. Se habla así de unas declaraciones expresas y también tácitas. Necesitamos hacer especial hincapié en estas últimas para desvanecer las sombras que hubiera podido crear la mala doctrina surgida de la interpretación

⁸ CAMPO VILLEGAS, E. «Sentencia de 1 de junio de 1999, n.º 490/1999, acerca del arbitraje, convenio y forma» en R.J.N. n.º 33 (enero-marzo de 2000), págs. 293 y ss. Y toda la doctrina y jurisprudencia allí referida.

⁹ T.S. en Sentencia de 1 de junio y 11 de diciembre de 1999.

que hemos impugnado sobre el término «inequívoca» del antiguo artículo 5.1. En definitiva, estamos sosteniendo que la voluntad contractual del convenio arbitral no tiene ninguna característica que la diferencie de la voluntad negocial general. Hemos de cerrar toda tesis que exija a esta voluntad contractual especiales requisitos que, en definitiva, no serían otra cosa que argumentos buscados por doctrinas antiarbitralistas a fin de reducir la viabilidad de los pactos.

Para el convenio arbitral procede, por lo tanto, la posibilidad de que el consentimiento contractual pueda resultar de las denominadas declaraciones tácitas de voluntad. En ellas la persona realiza «un determinado acto o adopta un determinado comportamiento, que, sin declarar abiertamente ni manifestar voluntad alguna, permite inducir o inferir que tal voluntad existe y la presupone necesariamente»¹⁰. Ejemplos de ellos los tenemos cuando se contesta a una demanda arbitral sin oponer la excepción de inexistencia o nulidad de convenio arbitral¹¹.

Tampoco podemos olvidarnos del silencio como declaración de voluntad contractual, tema éste que debe tratarse con arreglo a las conclusiones a que ha llegado la doctrina y la jurisprudencia, cuyos criterios de orientación deben adaptarse en todo momento a las circunstancias del caso y a los usos generales del tráfico en el ramo de la actividad de que se trate. Un supuesto de silencio en sede arbitral lo tenemos con cierta frecuencia en la inacción de algún demandado en el procedimiento arbitral de tal manera que, pudiendo oponer la inexistencia o ineficacia absoluta o relativa de un convenio arbitral, sin embargo adopta una postura totalmente pasiva, sin realizar acto alguno que muestre su oposición al arbitraje. La interrogante que provoca esta postura no puede contestarse con simplicidad de solución pues, como enseña la doctrina y jurisprudencia, habrá que atender a los matices del supuesto concreto. Y a tal fin mostraremos dos situaciones reales paradigmáticas extraídas de la práctica del Tribunal Arbitral de Barcelona:

—En una de ellas es demandado en vía arbitral alguien totalmente extraño al convenio arbitral, razón por la cual su silencio e inactividad no se pudieron interpretar como aquiescencia al procedimiento dirigido contra él.

—En otro caso, resultaban unidas por vínculos de solidaridad diversas personas, algunas de ellas ligadas mediante convenio de sumisión arbitral si bien otras no lo estaban. Convenía que todas fueran demandadas en un mismo proceso, bien fuera arbitral o judicial. Se demandó en vía arbitral y uno de ellos se mantuvo inactivo sin oponer la excepción de falta de convenio para con él. El árbitro entendió que esta persona tenía el deber de pronunciarse pa-

¹⁰ DíEZ PICAZO, L. en *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, Vol. Primero, Civitas, 1993, pág. 149.

¹¹ Así en el art. 7.2 de la Ley modelo de Arbitraje de la C.N.U.D.M.I., citado en la nota 5.

ra así decidir por qué camino se había de seguir, consideró por ello su silencio como una aceptación tácita y resolvió sobre el fondo respecto de todos. El laudo no fue recurrido.

B. *La sucesión en la relación jurídica principal*

En principio el convenio arbitral, como todo contrato, sólo produce efectos entre las partes. Ahora bien, en este concepto de parte consideramos, además de quienes fueron sus protagonistas, a sus causahabientes, bien sean sucesores a título mortis causa o bien por actos intervivos, ora sucedan a título universal ora a título particular, siempre que la sucesión lo sea en la total relación jurídica, de tal manera que se subentre en todo el contrato. La formulación simplista del párrafo primero del artículo 1257 del Código civil debe ser matizada y desarrollada en los términos dichos, interesando destacar al hilo de esta problemática el criterio de Díez PICAZO en dos citas del mismo:

«III. *El problema de los causa-habientes a título particular.* Al mencionar a las partes contratantes y a sus herederos para dibujar el círculo de eficacia del contrato, el C.c. omite a sus causahabientes a título particular. En la medida en que pueda producirse una cesión del contrato ... el contrato produce efectos para el cesionario ...»¹².

«9: *La regla general de la eficacia relativa de los contratos y el criterio de delimitación entre partes y terceros en materia contractual ...* En el amplio concepto de partes del contrato han de englobarse asimismo los herederos de los autores ..., y los causahabientes a título particular, cuando sean cesionarios del contrato o de derechos de origen contractual»¹³.

C. *La sucesión en la cualidad de socio o comunero de propiedad horizontal*

Se trata de un tema de especial interés para el Notario, pues aborda una realidad no sólo histórica sino de cada día. Insistimos en él porque aún hoy todavía hay quién niega que la cláusula estatutaria de sumisión arbitral pueda afectar a los nuevos socios¹⁴ o a los adquirentes de una entidad inmobiliaria en régimen de propiedad horizontal¹⁵. Sin embargo, para la propiedad horizontal resplandece la doctrina ortodoxa en autores como GÓMEZ FERRER y CARRASCO que citamos en la nota 16.

Frente a lo que fue tradicionalmente doctrina pacífica, tras la Ley de 1988 surgieron voces sosteniendo que «una norma estatutaria no puede configurarse

¹² Comentarios al Código civil, Tomo II, Ministerio de Justicia, pág. 435.

¹³ *Fundamentos ...* 4.ª ed. 1993, págs. 394 y ss.

¹⁴ GONZÁLEZ GARCÍA, J., en «La llamada cláusula arbitral» en *Mon Juridic* n.º 121, 1995, marzo-abril 1995.

¹⁵ ASENSIO MELLADO, J.M., en *Propiedad horizontal y arbitraje* en «El Arbitraje en la Propiedad Horizontal», Ed. Corte Vasca de Arbitraje, 1992, pág. 55.

como convenio arbitral a los efectos legales», puesto que el convenio arbitral es un contrato al que las partes deberán prestar su voluntad *inequívoca*, sin que la adquisición de acciones suponga la voluntad expresa de asumir el convenio arbitral. Con este razonamiento resultaría que las cláusulas estatutarias de sumisión arbitral no afectaría a los adquirentes de acciones o participaciones sociales, conclusión ésta que conduce, a su vez, a entender que dichas cláusulas estatutarias, al no tener eficacia frente a terceros, carecen de la trascendencia adecuada para acceder al Registro Mercantil. Doctrina que inspiró ciertas calificaciones registrales que vetaron la entrada en el Registro Mercantil al arbitraje societario, y ello hasta que puso fin a la misma la trascendental Resolución de la Dirección de los Registros y del Notariado de 19 de febrero de 1998, seguida de la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de abril de 1998. Sin embargo, aquella postura restrictiva que tanto daño al arbitraje societario la ha resucitado nuevamente cierta doctrina¹⁶ con los mismos viejos argumentos; y además extendiendo el veto a las cláusulas estatutarias de la propiedad horizontal. Pero estas posiciones olvidan:

—que ya hubo convenio arbitral en la escritura de constitución de la sociedad o de la propiedad horizontal, al que prestaron su consentimiento expreso todos los socios fundadores o quien configuró la propiedad horizontal;

—que, al adquirir una acción o participación social o entidad inmobiliaria por el título que fuere, se produce una sucesión en la íntegra relación jurídica originaria.

En un contrato de sociedad la cesión de la cualidad de socio (cuando lo permitan los estatutos o la ley o la voluntad de los demás socios, según sea el tipo societario) comporta para el cesionario la adquisición de la situación jurídica que tenía el socio cedente. En su integridad, en su pleno status. «Es de estricta necesidad lógica que la acción se transmite con todo el contenido que tiene en el momento de la estipulación del contrato» (VICENT CHULLIA). Y lo mismo ocurre en la adquisición de una vivienda o local.

Configurada la cualidad de socio como un haz de relaciones jurídicas complejas, como una situación jurídica que engloba elementos activos y pasivos, la adquisición derivativa de la acción o de la participación social investirá al adquirente, por razones institucionales, de aquella misma cualidad y situaciones. «La acción confiere a su titular legítimo la condición de socio y le atribuye los derechos (y las obligaciones y situaciones) reconocidas en esta Ley y en los estatutos» (art. 48

¹⁶ GASPAR LERA, S. en *El ámbito de aplicación del arbitraje*, Ed. Aranzadi, 1998, págs. 150 y 163; también en *Eficacia subjetiva del arbitraje* en «Actualidad Civil», 1999-4, págs. 1395 y ss. Sin embargo, la buena doctrina la tenemos en GÓMEZ FERRER SAPIÑA, R., en *Adopción e impugnación de acuerdos de la Junta de Propietarios en la propiedad horizontal*, Conferencia pronunciada en la Academia Matritense del Notariado. T. XL de 2003. Y en el mismo buen sentido CARRASCO PARERA, R. en *Comentarios a la Ley de Propiedad Horizontal*, coordinada por RODRIGO BERCUVITZ, Ed. Aranzadi, pág. 634.

L.S.A.). El adquirente de una acción quedará sometido a toda la estructura social estatutaria: a los privilegios de otros, a los derechos especiales de fundadores y promotores, a las prestaciones accesorias, a las restricciones referentes a la libre transmisibilidad, a las limitaciones al derecho de voto, al pago de los dividendos pasivos, etc. Y ello aún cuando, por la razón que fuere, no conozca los estatutos sociales. No se precisa nuevo consentimiento del socio adquirente. El consentimiento a todo el entramado social ya lo prestaron los socios fundadores. Los posteriores adquirentes de las acciones son meros sucesores jurídicos de aquéllos.

Por las mismas razones quien adquiera por compra un local o vivienda hipotecada, quedará sometido incluso a su ejecución extrajudicial en el supuesto de que se hubiere pactado esta vía procedimental sin que este nuevo adquirente pueda esgrimir que él no prestó su consentimiento para que se siga una vía no judicial. De esta manera, en la Propiedad Horizontal ¿cómo se puede afirmar que al adquirente no le afecte la cláusula de sumisión arbitral y que sin embargo sí que le afecte la ejecución extrajudicial?

El fenómeno descrito es global, sin excepciones. Si los socios fundadores o el constituyente de la propiedad horizontal, estipularon un convenio arbitral que se articuló en los estatutos, los nuevos socios y comuneros suceden a los primeros también en esta relación arbitral. Todo ello al igual que ocurre en la cesión de todo contrato en que exista tal posibilidad.

Queda así limpiamente diferenciado el convenio arbitral y la sucesión jurídica en el mismo. El convenio arbitral se estipuló en el otorgamiento del contrato de sociedad o de la propiedad horizontal y estatutos incorporados. La sucesión de aquella relación jurídica arbitral se produce por ministerio de ley cada vez que se adquieren posteriormente acciones.

Para completar este tema debemos traer a colación un texto de Derecho positivo catalán que desautoriza la tesis que sostiene que «una norma estatutaria no puede configurarse como convenio arbitral». Nos referimos a la Ley 7/1997, de 18 de junio de Asociaciones que en su artículo 15.5 expresamente admite las previsiones estatutarias como cauce adecuado para someter a arbitraje las controversias derivadas de los acuerdos adoptados. Y lo mismo ocurre en la Disposición Adicional Primera de la Ley 27/1999 de Cooperativas del Estado.

Ahora bien, para que aquélla sucesión jurídica se produzca es preciso que el convenio arbitral figure inscrito en el Registro Mercantil o en el de la Propiedad. Lo no inscrito no podría oponerse al nuevo socio.

Para terminar el tema de la cláusula estatutaria arbitral, nos referiremos al problema de su introducción en una modificación de los Estatutos sociales. Afirmada que una norma estatutaria puede configurarse como convenio arbitral en la constitución de la sociedad, no podrá dudarse de que la misma cláusula arbitral puede ser introducida durante la vida de la compañía mediante una modificación de los Estatutos. Ahora bien, para ciertos autores se precisa unanimidad de la

Junta de socios pues con la cláusula se priva a los mismos de la tutela jurisdiccional¹⁷. No estamos de acuerdo con esta tesis puesto que:

—No es cierto que el convenio arbitral implique renuncia al derecho fundamental de la tutela judicial, y así lo proclama la Exposición de Motivos de la Ley de Arbitraje.

—La unanimidad para la modificación estatutaria rompe la regla de las mayorías, que constituye un principio configurador de las sociedades de capital.

—La tesis que combatimos deviene incongruente con la posibilidad de que la Junta pueda adoptar por mayorías acuerdos que coloquen al socio en situaciones quizá inimaginables para él cuando ingresó en la sociedad: acuerdos de aumento de capital que coloquen al socio en la tesitura de tener que aportar un capital o ver reducido su coeficiente; o encontrarse con la disolución de la sociedad o con la amortización de sus acciones.

D. *La sucesión en el arrendamiento urbano*

Tanto la doctrina como la jurisprudencia posteriores a las leyes protectoras del arrendamiento urbano vetaron la posibilidad del arbitraje en esta materia, fundándose, unas veces en el carácter imperativo de sus normas o en la irrenunciabilidad de los derechos de los inquilinos, y otras en la existencia de específicos procedimientos judiciales. Mas, una vez que la doctrina científica ha sabido superar estos falsos obstáculos y la nueva Ley de arrendamientos urbanos admite explícitamente el arbitraje, la realidad nos muestra a diario contratos de arrendamiento en los que hay inserta una cláusula de convenio arbitral. En la vida de estos contratos la sucesión en el carácter de arrendador o en el de arrendatario invita a sostener la subsistencia del convenio arbitral en base a cuanto hemos dicho anteriormente sobre la sucesión en el contrato y con el apoyo de las explícitas expresiones de los textos legales de arrendamientos urbanos, siendo interesante distinguir, para estos efectos, según que la sucesión sea mortis causa o por actos inter vivos; todo lo cual conduce a una cierta complejidad de supuestos si atendemos además al diferente tratamiento según se trate de viviendas o de locales para uso distinto, y, para colmo, si se atiende a la fecha del contrato, según sea anterior o posterior al uno de enero de 1995, día de entrada en vigor de la actual Ley 29/1994, de 24 de noviembre. La casuística así resultante la reduciremos a la exposición de los supuestos que pueden considerarse paradigmáticos.

Anteriormente hemos puesto de relieve que cuando se produce una cesión de contrato, una sucesión en la íntegra relación jurídica, el causahabiente suben-

¹⁷ MUÑOZ PLANAS, J.M. en *Problemas de arbitraje en materia de sociedades mercantiles* en «Estudios de Derecho Mercantil en Homenaje a Rodrigo Uría», Ed. Civitas, 1978, págs. 430 y ss.; POLO, E. en *Introducción y ámbito de eficacia de la cláusula compromisoria en las sociedades mercantiles* en Butletí n.º 4 de 1992 del Tribunal Arbitral de Barcelona.

tra en toda ésta sin que se pueda excepcionar el pacto de sumisión arbitral pues el fenómeno es idéntico a la sucesión hereditaria.

Pues bien, lo mismo hay que predicar en los variados supuestos de sucesión que se pueden presentar en sede de arrendamientos urbanos: en la sucesión mortis causa del arrendador a favor de su heredero o legatario, lo mismo que en la subrogación por muerte del inquilino de vivienda en beneficio de ciertas personas allegadas, o del heredero del arrendatario en los supuestos de locales de negocios o de uso distinto de viviendas. Cuando se trate de actos intervivos, el adquirente de la propiedad de la finca deberá soportar sin alteración alguna el contrato locaticio; y lo mismo el cesionario de vivienda o de local de negocios o destinado a otros usos.

En todos los supuestos, la relación arrendaticia permanece sin más modificación que la subjetiva de la nueva persona que subentra en aquélla subsistiendo todos los derechos y obligaciones.

El concepto de cesión de contrato y de subrogación en la íntegra situación jurídica anterior, sucediendo en todos los derechos y obligaciones, lo proclaman con claridad las Leyes de Arrendamientos Urbanos, tanto la de 1964 como la de 1994. Para la cesión de vivienda «el inquilino ... podrá subrogar en los derechos y obligaciones propios ...» (art. 24, Ley 1964), «el cesionario se subrogará en la posición del cedente frente al arrendador» (art. 8.1, Ley 1994); y para la cesión de los locales de negocios o traspaso «en la cesión ... a un tercero, el cual quedará subrogado en los derechos y obligaciones nacidos del contrato de arrendamiento» (art. 29, Ley 1964), o «ceder el contrato de arrendamiento ...» (art. 32.1, Ley 1994). Para la sucesión intervivos en el concepto de arrendador «... suceda al arrendador en sus derechos y obligaciones ...» (art. 57, Ley 1964), «... quedará subrogado en los derechos y obligaciones del arrendador ...» (art. 14, Ley 1994) y «El adquirente ... quedará subrogado en los derechos y obligaciones del arrendador» (art. 29, Ley 1994). Y para la sucesión mortis causa en el concepto de arrendatario, en la Ley de 1964, según se trate de viviendas «... podrán subrogarse en los derechos y obligaciones del arrendamiento» (art. 58) o de locales de negocio «el heredero sustituirá en todos sus derechos y obligaciones ...» (art. 60.1); y en la Ley de 1994, para las viviendas «... podrán subrogarse en el contrato ...» (art. 16.1), y para los locales de uso distinto «... subrogarse en los derechos y obligaciones ...» (art. 33).

Esta sucesión de que hablamos se produce respecto de todos los derechos y obligaciones que puedan surgir del contrato, bien de origen legal como contractual, en virtud de los variados pactos que puedan haberse convenido, tales como los referentes a la duración, renta y su revisión o revalorización, obras de conservación, reparación o mejoras, etc., sin que pueda ser excepcionada ninguna estipulación. Por ello, se sucederá necesariamente en el pacto de sumisión arbitral que pueda contener el contrato primitivo, no pudiéndose invocar que el adqui-

rente no ha prestado su consentimiento para ello, pues al igual que explicamos en sede de adquisición de acciones, al convenio arbitral se prestó el consentimiento en aquel contrato originario, y al producirse las modificaciones subjetivas referidas, lo que tenemos es simplemente una sucesión en la íntegra relación jurídica.

Por último, y para terminar el tema del arrendamiento, digamos que cuanto hemos dicho no es predicable para el subarriendo, pues aquí ya no estamos ante una sucesión en el contrato sino ante la constitución de un derecho nuevo sobre la base de otro anterior.

E. *La extensión subjetiva del convenio arbitral*

Aquí la cuestión es más delicada y el terreno resbaladizo, pues ya no estamos ante una sucesión en la relación jurídica. Los supuestos que ofrece la práctica o la imaginación son incalculables y de difícil o perturbadora sistematización. Se trata de relaciones jurídicas preestablecidas en las que se ha estipulado un convenio arbitral y respecto de las cuales entra en escena un tercero al que se le podrá extender el convenio arbitral bien por haberlo consentido bien porque se considere que ha quedado subrogado en él por entenderse que existe una sustitución jurídica de orden legal. Sobre estas ideas realizaremos ciertas distinciones de las que resulta innecesario advertir su carácter provisional por cuanto nos introducimos en un tema apenas esbozado¹⁸, y del que contamos con soluciones jurisprudenciales de gran casuismo.

a) *Los administradores de la sociedad*

El problema se ha presentado ante un convenio estatutario de sumisión arbitral en que los administradores de la compañía ni fueron parte en su establecimiento ni son sucesores de los mismos. Pero el hecho de ser terceros no les libera sin más de que el pacto arbitral pueda ser eficaz frente a ellos, tema éste sobre el que se han desarrollado dos doctrinas. Determinados autores¹⁹ niegan que la cláusula arbitral pueda extender sus efectos a los administradores, apoyándose en que fueron ajenos al contrato social, sin que la aceptación del cargo pueda entenderse como adhesión a aquélla, ya que falta la expresión de su voluntad inequívoca que exigía el artículo 5 de la Ley de Arbitraje. Únicamente admiten la eficacia de la cláusula cuando el administrador sea socio.

Mas aquella manera de razonar olvida que al administrador le vincula todo el estatuto social, lo debe conocer, lo ha de hacer cumplir y, por supuesto, lo ha de cumplir él. El estatuto constituye su norma rectora constante. El estatuto regula su remuneración, sus facultades, su manera de actuar, el plazo de vigencia de su cargo, su régimen de responsabilidad. Cuando el administrador acepta el car-

¹⁸ Es de resaltar el apreciable trabajo de GASPAR LERA, S. en *Eficacia ...*, págs. 1387 y ss.

¹⁹ MUÑOZ PLANAS, J.M. en op. cit. pág. 471; GONZÁLEZ GARCÍA, en op. cit.

go acata todo el estatuto social como consecuencia indeclinable. Sus actos concluyentes determinan la aceptación tácita del pacto arbitral al igual que del resto del estatuto. Cuando el administrador acepta el cargo que se le ha deferido se produce la perfección del contrato entre la sociedad y él. Desde entonces el vínculo sociedad-administrador impone no sólo el cumplimiento de lo expresamente pactado sino también todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley (art. 1258 C.c.).

La tesis que sostenemos²⁰ encuentra serio apoyo en la doctrina²¹ y en la jurisprudencia²².

b) *El contrato a favor de tercero*

Nos estamos refiriendo a los contratos a favor de terceros considerados como tales en riguroso sentido técnico en que se atribuye un derecho subjetivo a quién lo podrá exigir directamente; operación que, si bien es bilateral en su constitución, deviene triangular en sus efectos, creándose así tres diversas relaciones jurídicas. De ellas nos interesa en este momento la que surge entre estipulante y promitente cuando en la misma se haya concertado un pacto de sumisión arbitral. Bajo este supuesto la interrogante surgirá en torno a si este pacto afectará a la relación entre promitente y beneficiario o también a la relación entre estipulante y beneficiario.

Entre promitente y beneficiario se establece una relación jurídica nueva, que, si bien es distinta de la originaria entre promitente y estipulante, lo cierto es que tiene su origen en ésta.

La tesis que admitiera la eficacia del pacto arbitral se ampararía en el criterio de quienes entienden que en la relación promitente-beneficiario pueden oponerse las excepciones derivadas de la relación entre estipulante y promitente puesto que consideran que el derecho del tercero es un derecho derivado y dependiente, no autónomo, cuya causa ha de buscarse en el primitivo contrato. Ahora bien, la doctrina más segura y mayoritaria se muestra partidaria de negar al promitente frente al beneficiario las excepciones oponibles por él al estipulante. El beneficiario no sucede en la íntegra relación jurídica anterior por cuya razón no sucede en la relación arbitral; únicamente adquiere un derecho nuevo, singular y distinto de la relación originaria, si bien tiene en ella su causa, no es su sucesora.

Y lo mismo digamos de la relación entre estipulante y beneficiario puesto que la misma tiene su causa en la situación subyacente de valuta, en la que, por supuesto, se halla ausente el pacto arbitral.

²⁰ CAMPO VILLEGAS, E. en *El arbitraje en las sociedades mercantiles* en «Revista Jurídica de Catalunya» n.º 2 de 1998, pág. 322.

²¹ FERNÁNDEZ DEL POZO, L. en *Publicidad registral del procedimiento arbitral* en R. Cr. D.I n.º 612, 1992, septiembre-octubre, pág. 2044; POLO, E. en op. cit. pág. 76.

²² Sentencia de la Audiencia de las Palmas de 5 de julio de 1996 y en la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 19 de febrero de 1998.

c) *El problema de la fianza*

Aquí nos encontramos también con una relación trilateral en que se producen situaciones análogas a las anteriormente expuestas.

Las relaciones entre fiador y acreedor o entre fiador y deudor principal son distintas de la relación principal entre acreedor y deudor originario, si bien sean de la misma naturaleza. El fiador tampoco es en la fianza un sucesor de la relación originaria y por tanto no sucede en el pacto arbitral respecto del cual es un tercero. Por esta razón estamos de acuerdo en que «si el acreedor invoca el arbitraje frente al fiador, éste podrá oponerse al mencionado procedimiento alegando la inexistencia del correspondiente convenio arbitral»²³. Sin embargo, ya no vemos tan seguro que el fiador no pueda oponer eficazmente, frente a la reclamación judicial del acreedor, la existencia del convenio de arbitraje que en su momento hubieran formalizado aquél y el deudor principal. A nuestro juicio, el artículo 1853 del Código civil debe interpretarse sin restringir las excepciones que pueda oponer el fiador al acreedor. Y una de ellas es la referente al pacto de sumisión arbitral, excepción que en modo alguno puede considerarse como una de «las puramente personales del deudor»²⁴. La excepción de la sumisión arbitral no se refiere a ninguna circunstancia ni motivo de la persona del deudor, sino que objetivamente afecta a la deuda, al cauce procedimental de hacerla efectiva o ventilar sus problemas, teniendo el mismo tono que un pacto de sumisión procesal territorial.

d) *El arbitraje ante la acción subrogatoria del artículo 1111 del Código civil*

La cuestión a dilucidar en este tema consiste en si el acreedor que actúa ejercitando los derechos de su deudor puede hacer valer frente al *debitor debitoris* el convenio arbitral suscrito por éste con aquél. El tema se ha resuelto por algún autor²⁵ negativamente por entender que el derecho del deudor consistente en resolver por vía arbitral una cuestión litigiosa sobre un derecho propio tiene la naturaleza y consideración de ser un derecho «inherente a su persona» y por tanto excluido de la sustitución prevista en el artículo 1111 del Código civil. En apoyo de esta posición se invoca la trascendencia que tiene la exclusión de la tutela judicial respecto de quienes se sometieron a ella, no pudiendo permitirse que el sustituto de una persona ejercite un derecho de esta última sin contar con su consentimiento puesto que el sustituido resultaría obligado a cumplir el laudo que eventualmente llegara a dictarse, prescindiéndose así de un pronunciamiento judicial sobre aquel conflicto.

Ahora bien, frente a este reparo no podemos olvidar que el deudor sustituido estipuló personalmente con su deudor la exclusión de la vía judicial y la sumisión a arbitraje. Por tanto, sus sucesores en la relación jurídica suceden en el pacto arbitral; y lo mismo ocurrirá con la sustitución en la que el sustituto se verá

²³ GASPAR LERA, S. en *Eficacia ...*, pág. 1418.

²⁴ En tal sentido, GASPAR LERA, S. en *Eficacia ...*, pág. 1418.

²⁵ GASPAR LERA, S. en *Eficacia ...*, págs. 1414 y ss.

obligado a defender y ejercer su derecho por la vía procedimental que decidió el deudor con su propio deudor. Además hay una especial razón consistente en que en este problema no podemos olvidar que existe la otra parte del convenio arbitral, es decir, el *debitor debitoris* que no puede ser llevado a la vía judicial por el sustituto de su acreedor sin su consentimiento y renuncia del pacto arbitral. Con el juego del artículo 1111 no se le puede variar nada al referido deudor del deudor.

Un caso especial de sustitución del deudor por los acreedores lo tenemos en los supuestos de concurso cuando el concursado hubiera concertado con anterioridad un convenio arbitral con un tercero. En estos casos hemos de admitir también que el convenio arbitral vinculará a la representación de los acreedores por las mismas razones que en el caso del artículo 1111, sin que pueda producir aprensión alguna la circunstancia de hallarnos en la situación de concurso regido por normas imperativas y con tintes de orden público, y ello porque precisamente en los convenios que pueden poner fin a estos procedimientos universales rigen en buena parte principios dispositivos. Doctrina ésta reconocida por el Tribunal Supremo en sentencias de 1 de octubre de 1897 y 6 de febrero de 1962 que admitieron la dirimencia arbitral de las cuestiones que pudieran surgir del convenio concursal en el que se había estipulado una cláusula arbitral.

Podríamos citar otro supuesto de sustitución en la doctrina jurisprudencial que ha considerado a los compradores de una vivienda o local como causahabientes del promotor, por lo que, en los casos en que haya habido convenio arbitral entre promotor y constructor, resultará que el comprador se verá inmerso en el arbitraje frente al constructor.

e) *La extensión del convenio arbitral «per relationem»*

El supuesto se plantea sobre la base de un convenio arbitral integrado en una relación jurídica previa a la que posteriormente se refieren los mismos u otros contratantes que estipulan un negocio jurídico en conexión con el primero.

Nos movemos en el terreno de las presunciones más que en el de las declaraciones tácitas de voluntad, razón por la que debemos mostrarnos todavía más cautos. Evidentemente tendrán tratamiento diferente según que en el segundo contrato haya identidad de sujetos que cuando falte ésta. En el primer caso, los contratantes han mostrado su voluntad de que entre ellos se excluya la intervención judicial que deberá sustituirse por la vía arbitral, voluntad que puede considerarse reiterada en el segundo contrato; y ésta es la solución que nos ofrece el artículo 9.4 de la nueva Ley de Arbitraje. El ejemplo a proponer sería el de una partición con pacto arbitral, seguida por una rectificación de la partición; también en el contrato de suministro renovado periódicamente²⁶.

²⁶ Sobre este tema: MUÑOZ SABATÉ, L. en *Jurisprudencia arbitral comentada*, Ed. J.M. BOSCH, 1992, págs. 125 y ss. También CHILLÓN MEDINA y MERINO MERCHAN en *Tratado de Arbitraje privado interno e internacional*, 2.ª Ed. Civitas, 1991, págs. 180 y ss.

Pero cuando en el segundo contrato interviene alguien que no suscribió el primero, resulta más que aventurado presumir su voluntad arbitral. Tal sería el contrato de subarriendo en el que el subarrendatario no intervino en el previo arrendamiento.

Un supuesto de singular preocupación surge en el marco de las relaciones jurídicas con vínculos de solidaridad cuando no todos los titulares hayan suscrito un convenio de sumisión arbitral. Desde luego, quién no lo haya pactado no podrá ser abocado al arbitraje puesto que no renunció a la tutela de la jurisdicción ordinaria. Sin embargo, quién no hubiere suscrito tal pacto podrá demandar en arbitraje a los que lo hubieren pactado pues con tal acto se adhiere tácitamente al convenio arbitral. Ejemplo paradigmático de estas situaciones lo encontramos en la responsabilidad solidaria por la construcción de promotor, constructor y técnicos frente a los adquirentes de pisos y locales cuando el pacto arbitral se hubiera establecido sólo entre promotor y constructor. En tal caso, el comprador podrá accionar en arbitraje frente a promotor y constructor pues, como hemos dicho, ello implica adhesión al pacto arbitral; pero no podrá hacer lo mismo contra los técnicos, ya que éstos no han pactado arbitraje.

VII. ASPECTOS OBJETIVOS DEL CONVENIO ARBITRAL

Como requisito de todo contrato el objeto del mismo precisa de dos rasgos básicos: su concreción y su licitud, característica esta última que se traduce en nuestro tema por la libre disposición de las materias que se someten a arbitraje. Destinaremos sendos apartados a cada uno de estos requisitos, advirtiéndole que el segundo merecerá la extensión que precisa el mayor problema que presenta el Derecho arbitral: el de fijar el concepto de lo disponible en esta materia.

A. *La concreción de los temas sometidos a arbitraje*

El principio de especialidad exige, no sólo la precisión de los derechos que se configuren (aún los personales), sino también el objeto de los contratos.

El convenio arbitral debe determinar cuales sean las relaciones jurídicas, concretas y definidas, que las partes someten a arbitraje. En modo alguno cabe, por nula, una cláusula arbitral que se refiera genéricamente a «cuestiones litigiosas» sin más concreción. Y este fue el criterio del Tribunal Supremo en Sentencia de 27 de enero de 1968.

Ahora bien, una vez definido el vínculo jurídico sobre el que recae la sumisión arbitral, el convenio podrá tener mayor o menor amplitud respecto a los temas que se defieren por esta vía. Por lo general, prevalecen expresiones de gran

amplitud, de las que son prototipo en la praxis de las escrituras catalanas la siguiente: «Todas las cuestiones societarias litigiosas que se susciten entre la sociedad y sus administradores o socios, o entre aquellos y éstos, o éstos últimos entre sí ...» Esta formulación amplia ha sido tildada con razón de barroca, más, a pesar de ello, merece nuestra recomendación y elogio para la práctica puesto que es la manera más segura de que se consideren incluidas en su marco la mayoría de las cuestiones litigiosas que surjan.

Ahora bien, estas expresiones amplias han preocupado en ocasiones, llegándose a entender que podrían resultar inválidas por su vaguedad e imprecisión, vicios que, a nuestro juicio, no existen pues la cláusula se refiere a «todas» y este término es muy claro. En posición abiertamente antiarbitralista se ha considerado viciada la cláusula al acotar a «todas» las cuestiones, pues se dice que así se incluye también a las no arbitrables. Pero esta manera de argumentar es insostenible por contrariar a la voluntad de las partes, porque todo negocio tiene limitada ex lege su eficacia a lo permitido sin necesidad de que lo exprese el texto, porque la norma de hermenéutica del artículo 1284 del Código civil conduce al mismo resultado de salvar la cláusula, lo mismo que ocurriría por aplicación de la regla *utile per inutile non vitiatur*.

En la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 19 de febrero de 1998 se contempla la negativa del Registrador Mercantil a inscribir una cláusula estatutaria arbitral que acotaba «todas las cuestiones societarias litigiosas ...», amparándose dicho Registrador en que tal cláusula «produce indeterminación de las relaciones jurídicas sobre que ha de recaer el arbitraje». Aquella resolución rechazó el criterio del Registrador Mercantil, y afirmó que la amplitud del texto de la cláusula estatutaria no ocasiona indeterminación, considerando excesiva la concreción pretendida por el Registrador «pues el determinar qué concretas controversias se han de entender sujetas y cuales excluidas del arbitraje supondría tener que llevar a cabo un recorrido por todo el derecho de sociedades para ir casuísticamente incluyendo y excluyendo unos u otros supuestos, con el evidente riesgo de no agotarlas»²⁷.

²⁷ Para comentarios de esta Resolución y de la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de abril de 1998 que se citan frecuentemente en este trabajo, ver: VICENT CHULIA, F., *El arbitraje en materia de impugnación de acuerdos sociales* en R.G.D.: n.º 646-647 julio-agosto de 1998, págs. 9355 y ss.; CAMPO VILLEGAS, E. *El arbitraje societario en la nueva doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado y en la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Butlletí del Tribunal Arbitral de Barcelona, n.º 10, 1998, págs. 5 y ss; PICO I JUNOY, J. y VÁZQUEZ ALBERT, D. en *El arbitraje en la impugnación de acuerdos sociales: nuevas tendencias y nuevos problemas*, en Revista de Derecho de sociedades, Ed. Aranzadi, 1999, n.º 11, op. cit. págs. 183 y ss.; MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M.ª J., *Impugnación de acuerdos de las Juntas Generales de las sociedades anónimas y arbitraje* (STS de 18 de abril de 1998) en la misma revista págs. 335 y ss.; CARAZO LIÉBANA, M.J. *La aplicación del arbitraje a la impugnación de acuerdos societarios en las sociedades de capital* (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de abril de 1998), en Revista de Derecho Mercantil, 1998, n.º 229, págs. 1211 y ss.

B. *La disponibilidad de los temas arbitrales*

a) *Previo*

La determinación de los temas y relaciones jurídicas arbitrales se efectúa en el sistema español por referencia al concepto de que las partes puedan disponer válidamente de las mismas. La libre disposición de la materia constituye el presupuesto de la posibilidad del arbitraje.

El artículo 1 de la Ley de arbitraje de 1988 remitía a materias de «su libre disposición». El ambiguo término «su» inducía a la confusión de que la disponibilidad se refiriera no sólo al aspecto objetivo de la disponibilidad de la materia litigiosa sino también al aspecto subjetivo en cuanto a la legitimación del sujeto para disponer de la cosa o de la relación jurídica. En el artículo 2.1 de la nueva Ley se patentiza el matiz objetivo al suprimir el «su», quedando el texto «materias de libre disposición».

Si con frecuencia la determinación de la disponibilidad o no de ciertas cuestiones o relaciones jurídicas se muestra compleja y dudosa, esta dificultad crece como consecuencia de causas extrañas al problema, de las que destacaremos, por relevantes, dos de ellas. Una, la de quienes no se percatan de la ampliación del campo material de la institución arbitral que se produjo con la Ley de 1988 frente a la de 1953; otra, ciertos criterios restrictivos interpretativos, fruto de la malquerencia hacia el arbitraje.

1. Ruptura del corsé de la Ley de 1953

En el artículo primero de la Ley de 1953 se restringió la institución a los arbitrajes de Derecho Privado. GUASP, comentando la norma, puso de relieve, no sólo que la nueva ley repudiaba las materias de derecho público sino que abría «el pavoroso problema que toda la ciencia jurídica tiene planteado de la delimitación entre el Derecho público y el Derecho privado»²⁸. La Ley de 1988 acabó con aquella limitación circunscrita al Derecho privado y justificó en su Exposición de Motivos²⁹ el cambio de criterio. En adelante no se excluirá la institución por razón de la naturaleza del sector de Derecho que la regule. Ni el Derecho público ni el Derecho de familia son cotos vedados. También será arbitrable la responsabilidad civil dimanante de un delito o falta; o incluso, aunque excepcionalmente, cuestiones de Derecho social³⁰. La única pauta para la arbitrabilidad será la disponibilidad de los derechos controvertidos. Por no haberse percatado del alcance de la reforma ciertos criterios doctrinales y de la pequeña jurisprudencia vi-

²⁸ GUASP, J. en *El arbitraje en el Derecho español*, Ed. Bosch, 1956, pág. 56.

²⁹ «La Ley de 1953 estaba concebida para la solución arbitral de conflictos de Derecho Civil en el más estricto sentido de la palabra; la práctica ha demostrado, en cambio, que dicha Ley no sirve para solucionar mediante instrumentos de composición arbitral las controversias que surgen en el tráfico mercantil, ni menos aún para las que surgen en el tráfico mercantil internacional.»

³⁰ En este sentido, BERCOVITZ, R. en op. cit. pág. 19.

ven anclados en el pasado. Pero es alentador el meritorio trabajo realizado tanto en el campo del Derecho administrativo como en el de familia por conocidos profesores de Barcelona³¹.

2. Cuestiones de interpretación en sede arbitral

El mecanismo de la interpretación ha servido en ocasiones para reducir indebidamente el ámbito del arbitraje. Los razonamientos se buscan por doquier para lograr interpretaciones restrictivas que provocan advertencias de autores como Fernández del Pozo o Vicent Chuliá sobre ciertos criterios antiarbitralistas que tienen la virtualidad de «enturbiar el juicio de los más sensatos» o «apasionamientos ... en contra».

—Con carácter general se ha invocado la posible inconstitucionalidad del arbitraje por implicar —se argumenta— una renuncia al derecho de tutela efectiva, pero olvida la afirmación en contra y la adecuada explicación al efecto de la misma Exposición de Motivos.

—Se ha negado la arbitrabilidad en determinadas relaciones jurídicas por entender que el convenio constituye una renuncia o transacción inadmisibles de las mismas; pero en el convenio no hay disposición del derecho sustantivo sino tan sólo del cauce adjetivo o procedimental.

Por nuestra parte, hemos de afirmar que no encuentran apoyo jurídico tales interpretaciones restrictivas. La interpretación del convenio arbitral, como contrato que es, debe realizarse conforme a las reglas generales de interpretación³². Tema respecto del cual conviene citar, como magistrales, las dos sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 30 de noviembre de 2001 y 23 de mayo de 2002, en las que fue Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz.

En la sentencia de 30 de noviembre de 2001 se trataba de una cláusula arbitral estatutaria «para la decisión de todas aquellas cuestiones litigiosas a que diere lugar *la interpretación y aplicación* de estos estatutos ...». La contienda versó sobre la disolución y liquidación de la sociedad. La Sección 15 de la Audiencia de Barcelona consideró que esta pretensión no estaba incluida en aquella cláusula, tesis que el Supremo considera desacertada puesto que los estatutos se refieren tanto a la disolución como a la liquidación.

³¹ MARESCA CABOT, J.C. en *El arbitraje en la Ley de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común* en Butlletí, n.º 6 del T.A.B. 1995, y *El arbitraje en el Derecho administrativo* en Butlletí n.º 7 del T.A.B. 1995; TORNOS MAS, J. en *El arbitraje en el Derecho administrativo: posibilidad de esta figura jurídica* en Butlletí n.º 6 del T.A.B. 1995; ROCA I TRIAS, E. en *Crisis matrimonial y arbitraje* en Amario Justicia Alternativa, Derecho arbitral n.º 4 de 2003, Tribunal Arbitral de Barcelona, Ed. J.M. Bosch.

³² En el mismo sentido, FERNÁNDEZ DEL POZO, L. en *¿Cubre la cláusula estatutaria de arbitraje las controversias sobre validez de la transmisión de acciones o participaciones?* Comentario a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 20 de noviembre de 2000 en Anuario de Justicia Alternativa. Derecho arbitral. Año 2001, n.º 2, pág. 135.

Más interesante es la de 23 de mayo de 2002, en la que se presentan dos problemas de interpretación:

—En la cláusula arbitral la sumisión se hacía a la Ley de 22 de diciembre de 1953, ya vigente la de 1988, respecto de cuya anomalía la Sala Primera entiende que se está ante «una cuestión de interpretación del contrato: aplicando el artículo 1285 que establece el elemento sistemático y, especialmente, el 1284 sobre interpretación finalista, que responde al principio de conservación del contrato, debe ser interpretada la cláusula de remisión a una ley derogada en el sentido más adecuado para que produzca efecto, es decir, de remisión a la ley de arbitraje, sin más, que hoy es la de 1988 y no la que expresa el texto literal; con lo que se aplica la interpretación lógica que expresa el párrafo 2.º del artículo 1281, en caso como el presente en que no cabe la interpretación literal del párrafo primero. Por ello, la aplicación de la ley vigente que ha hecho la sentencia de instancia es correcta y el motivo se desestima».

—El sometimiento a arbitraje se refería a las controversias que pudieran suscitarse en «La ejecución» del contrato, cuya expresión según la sentencia «comprende ... toda cuestión relativa al cumplimiento e incumplimiento».

En el caso presente, se demanda por incumplimiento parcial o cumplimiento defectuoso, lo que no es otra cosa que ejecución incorrecta del contrato. Esto es, precisamente, lo contemplado en la cláusula de sumisión a arbitraje.

b) *Sobre el concepto de lo disponible*

La doctrina arbitralista y las resoluciones judiciales que han tratado de fijar el concepto de lo disponible, y así acotar el ámbito de la arbitrabilidad, ponderan la complejidad y dificultad del tema. En ocasiones, se han formulado criterios generales que encierran su razonamiento en círculos viciosos pues el requisito de la libre disposición «se relaciona con aquellas materias cuya disposición se encuentra fuera del alcance de los sujetos»³³. En otras ocasiones se opta por ofrecer un catálogo casuista de lo arbitrable y de lo no arbitrable, que poco resuelve, pues en cada supuesto hay que realizar excepciones y contraexcepciones³⁴. En otra dirección, se renuncia a obtener por abstracción un concepto de disponibilidad, considerando sumamente complejo tratar de delimitar su campo con arreglo a criterios generales, por lo que, situándose en un punto de vista contrario, se esfuerzan en delimitar el campo de la indisponibilidad³⁵.

Por nuestra parte, hemos de constatar el escaso provecho que obtienen las doctrinas que tratan de elaborar un concepto de lo disponible propio para el orden arbitral. La idea básica hemos de recibirla de la civilística sobre la contraposición de los negocios de disposición y de mera administración o conservati-

³³ BERCOVITZ, op. cit., pág. 20.

³⁴ CHILLÓN Y MERINO, op. cit. págs. 169 y ss.

³⁵ GASPAR LERA, S. en *El ámbito ...*, págs. 89 y ss.

vos³⁶. Relaciones jurídicas y derechos arbitrables serán aquellos susceptibles de los primeros. Cuando el derecho subjetivo admite que se realicen respecto del mismo transmisiones, renunciaciones, modificaciones gravosas, etc., en principio podrá ser calificado de «disponible» y por ende de arbitrable. Pero al mismo tiempo hemos de completar ese concepto fijando sus límites, pues la indisponibilidad puede provenir tanto del derecho positivo³⁷ como de la propia naturaleza de la relación jurídica.

Una vez que hemos advertido de la necesidad de completar el concepto de lo disponible con los perfiles negativos de la indisponibilidad, renunciemos a proseguir este estudio con generalizaciones dogmáticas, y así dedicaremos un buen espacio al análisis de doctrinas perniciosas que han tratado de restringir el campo de lo arbitrable invocando argumentos que, por la tiranía del espacio, reduciremos a dos grandes áreas: las exclusiones que se han pretendido por presunta competencia exclusiva jurisdiccional y por erróneas concepciones sobre los intereses de terceros, la imperatividad de las normas y el orden público (en definitiva, por torcidos criterios sobre el artículo 6 del Código civil).

1. La exclusión del arbitraje por presunta competencia exclusiva jurisdiccional

En ocasiones los textos positivos, atribuyen, con carácter general, a los Juzgados y Tribunales de la jurisdicción ordinaria, o a determinados de ellos, con exclusividad, el conocimiento de ciertas materias o litigios. A veces se trata de la imposición de un procedimiento especial, otras de fundar una competencia territorial determinada, o incluso de llamamientos a la Jurisdicción «in genere».

En base a las disposiciones referidas, se ha entendido por ciertos autores y jurisprudencia que no son de libre disposición las materias cuyo conocimiento debe corresponder a los órganos judiciales³⁸. Tal manera de razonar ha constituido un craso error durante décadas, confundiendo los derechos sustantivos en discusión con las vías adjetivas en que los mismos han de ventilarse, de tal manera que la disponibilidad o indisponibilidad de la materia se relaciona con la norma imperativa procedimental en lugar de referirla al Derecho material.

a') La existencia de un procedimiento judicial «ad hoc»

Hemos de afirmar que el carácter dispositivo o no de los derechos no se halla en relación con el cauce procesal en el sentido del procedimiento establecido para ejercitarlos o discutirlos. Si se admite que el convenio arbitral excluye a la jurisdicción hay que reconocer que también tiene potencialidad para eliminar el instrumento o cauce adjetivo en el que la jurisdicción se desarrolla. Si se excluye a la

³⁶ MONTERO AROCA, J. en *Comentario breve a la Ley de Arbitraje*, Ed. Civitas, 1990, pág. 22.

³⁷ Así, el artículo 2 de la Ley de Arbitraje.

³⁸ T.S. en sentencias, entre otras, de 15 de octubre de 1956, 27 de enero de 1968, 1 de diciembre de 1973.

jurisdicción ordinaria ¿cómo no va acontecer lo mismo con su procedimiento especial?

—Esto es lo que ha ocurrido con los arrendamientos, en que la existencia del juicio especial de desahucio dio lugar a una doctrina jurisprudencial y científica en la que se consideraba indisponible la materia y se eliminaba el arbitraje. Incluso se argumentaba además que en la vía arbitral no podía recaer un laudo condenando al desalojo de la finca, tesis insostenible que llevaría a permitir únicamente laudos de tipo declarativo o constitutivo. Afortunadamente hoy las cosas han cambiado y prevalece la buena doctrina, que tiene a su amparo la misma Ley de arrendamientos urbanos en la que se articulan procesos especiales y, a pesar de ello, explícitamente se permite el arbitraje, coexistencia amparada por el legislador que evidencia hallarse superada la antigua creencia que veía en los procedimientos especiales una causa de indisponibilidad del derecho sustantivo.

—El mismo problema se ha planteado en la propiedad horizontal, con relación a la impugnación de acuerdos adoptados en Junta de propietarios, respecto de la cual se ha considerado que se halla excluida la vía arbitral por entender que el artículo 16.4.º en su Ley reguladora atribuye competencia exclusiva a la jurisdicción ordinaria. A tal respecto, séanos permitido reiterar los mismos argumentos antes esgrimidos para sostener que la atribución de la competencia a los Tribunales ordinarios no excluye la arbitrabilidad del tema discutido³⁹.

—En sociedades anónimas el procedimiento establecido en el artículo 70 de la Ley de 1951, determinó un impedimento para que cupiera el arbitraje en los temas acotados por el mismo. Pues bien, pese a la supresión del procedimiento especial en la nueva Ley de Sociedades Anónimas, a veces todavía se invoca, como recuerdo, el que reguló el artículo 70 de la Ley anterior y se considera que su espíritu y criterio pervive en el artículo 119 en que no se establece ningún procedimiento especial, pues tan sólo contiene una remisión a la Ley de Enjuiciamiento Civil; pero aún cuando lo hubiera dispuesto, ello no implicaría, per se, la indisponibilidad de la materia.

b') La competencia territorial «ex lege»

En ocasiones, leyes que regulan determinados sectores económicos fijan imperativamente la competencia territorial del Juez de un domicilio determinado «con exclusión de cualquier otro».

Con un error semejante a los antes denunciados se ha deducido del término «con exclusión de cualquier otro», o análogo, que no cabe el arbitraje en área jurídica regulada por la Ley en cuestión. Se vuelve a entender que la atribución exclusiva a un Juez determinado excluye la arbitrabilidad.

³⁹ En el mismo sentido que nosotros LORCA NAVARRETE, A.M.ª en *Propiedad horizontal y libre disposición* en «El arbitraje en la propiedad horizontal», Corte Vasca de Arbitraje, 1992, pág. 26; también GASPARE LERA, S., en *El ámbito ...*, pág. 167.

Respecto de la aludida incompetencia territorial baste con poner de manifiesto que dicho concepto no resulta de aplicación en sede arbitral, sino que tan sólo le es de aplicación a la Jurisdicción ordinaria. En este sentido, no debe confundirse la sumisión a determinado fuero jurisdiccional, con la sumisión a arbitraje. Ésta altera el cauce procesal de resolución de la controversia, al excluirse la intervención de la Jurisdicción ordinaria, mientras que la sumisión a un determinado órgano jurisdiccional no altera ese cauce procesal, sino que tan sólo concreta la competencia horizontal o territorial en sede Jurisdiccional, siempre que la ley lo permita.

El arbitraje se rige por la Ley 36/88, y además, mediante el pacto arbitral, se excluye la intervención de la Jurisdicción ordinaria. Por ello, al arbitraje no le es de aplicación, en términos generales, las normas procesales de la Jurisdicción ordinaria, entre las que se encuentran las reglas para determinar la competencia territorial, como tampoco le son de aplicación las normas sobre competencia objetiva o funcional ni las reglas para determinar el procedimiento correspondiente.

Explícitamente la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de abril de 1998 rechaza la invocación del artículo 118 de la Ley de sociedades anónimas como argumento de no arbitrabilidad, precisamente por cuanto «se refiere a la competencia territorial».

c') La competencia jurisdiccional «ex lege»

No faltan ocasiones en que la Ley proclama «in genere» la competencia exclusiva de los Juzgados y Tribunales, lo que ha conducido también a pretender excluir el arbitraje por determinadas corrientes que así encuentran otro motivo para restringir el ámbito de esta institución.

Concretamente se ha buscado apoyo en el artículo 22 de la Ley Orgánica del Poder Judicial: «En el orden civil los Juzgados y Tribunales españoles serán competentes: 1.º— Con carácter exclusivo, (...) en materia de constitución, validez, nulidad o disolución de sociedades o personas jurídicas que tengan su domicilio en territorio español, así como respecto de los acuerdos y decisiones de sus órganos; en materia de validez o nulidad de las inscripciones practicadas en un Registro español; (...)»

En base al texto referido se ha entendido que no son de libre disposición las materias cuyo conocimiento debe corresponder a los órganos judiciales; es decir, las controversias sobre los «acuerdos y decisiones» de las personas jurídicas, ni las que versen sobre la «constitución, validez, nulidad o disolución».

Pero la cita del art. 22.1.º de la Ley Orgánica del Poder Judicial es inapropiada. Este precepto regula la extensión y los límites de la jurisdicción española, determinando qué materias corresponden «con carácter exclusivo» a nuestra jurisdicción a los efectos de impedir el exequátur a las resoluciones extranjeras sobre estas materias, cuya arbitrabilidad para nada se discute. Piénsese además que los laudos sobre

tales cuestiones podrían en su caso ser anulados por «Tribunales españoles», salvaguardándose así la exclusividad de la jurisdicción española.

Apurando aquella manera de razonar se excluiría totalmente el arbitraje de nuestro sistema jurídico puesto que debería considerarse anticonstitucional en vista del artículo 117.3 de la Constitución española en que también se utiliza el término «exclusivamente» para atribuir a los Jueces y Tribunales ordinarios la facultad de juzgar.

La tantas veces citada Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de abril de 1998 rechazó que se pueda excluir el arbitraje al amparo del referido artículo 22 por cuanto «se refiere a jurisdicción nacional frente a la extranjera».

2. La exclusión del arbitraje por erróneas interpretaciones del artículo 6 del Código civil

En este precepto se contienen trascendentales limitaciones a la autonomía de la voluntad por consecuencia de la naturaleza y eficacia de algunas normas jurídicas y de intereses tutelados por ellas. La imperatividad de ciertas normas, la irrenunciabilidad de algunos derechos, el orden público y los intereses de terceros serán analizados seguidamente en cuanto han contribuido a dar vuelos a las corrientes antiarbitralistas que los han esgrimido en ocasiones con más avidez que acierto, pero con el resultado de dañar la institución en doctrinas, sentencias y hasta en calificaciones registrales.

No obstante todo ello, hemos de resaltar cómo en los últimos años se ha producido un giro que ha puesto punto final a buena parte de las referidas doctrinas erróneas, tal como iremos viendo seguidamente. Orientación que ha sido saludada con respiro por autores para quienes «constituye casi un deber de solidaridad apoyar a la nueva doctrina» que significa la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo⁴⁰.

a') Los intereses de los terceros

Hay quienes encuentran en la protección de los terceros un arma con la que eliminar de la arbitrabilidad a determinadas materias, en especial en sede societaria o en aquellas relaciones jurídicas cuyo laudo pueda producir una modificación en los Registros de la Propiedad o Mercantil.

Ahora bien, no puede olvidarse que los intereses de los terceros quedan a salvo en los contratos en que no han intervenido y en los litigios en que no ha sido parte (arts. 1257 y 1252 C.c.). Lo mismo pues ha de ocurrir con el laudo que en definitiva produce el efecto de la cosa juzgada propio de la sentencia (art. 37 de la Ley de Arbitraje).

Ahora bien, el laudo, la sentencia y el contrato, si en principio no relacionan directamente más que a las partes, en ocasiones crean situaciones que indirecta-

⁴⁰ VICENT CHULIÁ, F. en *Arbitraje de impugnación ...*, pág. 93.

mente pueden afectar u oponerse a terceros, en contemplación de los cuales, y para su protección, el ordenamiento impone a veces ciertas exigencias, especialmente en sede de sociedades de capital⁴¹.

Aquellos requisitos legales que configuran la estructura protectora de los intereses de terceros deben ser cumplidos aun cuando se trate de sentencias judiciales. La normativa imperativa y de orden público del Registro Mercantil, lo mismo que la del Registro de la Propiedad, no puede eludirse ni infringirse por las resoluciones judiciales ni, por supuesto, por los laudos arbitrales. Para inscribir una sentencia en la que se decreta la constitución de una hipoteca sobre varias fincas será inexcusable que se distribuya la responsabilidad entre ellas; para inscribir una sentencia en que se anule una ampliación del capital social, y por ende se reduzca éste, se precisa dar cumplimiento a los anuncios y publicaciones prescritas en el artículo 165 de la Ley de Sociedades Anónimas. Y lo mismo hay que predicar de un laudo arbitral.

La protección de intereses de terceros encuentra además su defensa en resortes procesales como la acumulación de acciones, el litisconsorcio necesario, sea activo o pasivo, así como en la intervención en cualquiera de sus formas, figuras todas éstas que han encontrado regulación positiva en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil (arts. 12 y ss.), pero que presentan problemas en ocasiones espinosos cuando no todos los sujetos se han sometido al arbitraje. Un interesante Auto del Juzgado de Primera Instancia n.º 3 de Granollers de 26 de febrero de 2001 admitió la eficacia de un convenio arbitral en el caso de acumulación de acciones entre quienes, si bien se encontraban vinculados jurídicamente, no todos se hallaban bajo la cobertura del convenio arbitral, solución que adopta el Juez tras ponderar las consecuencias ilógicas y menos convincentes a que hubiera conducido la inadmisión de la acumulación de acciones⁴².

b') La imperatividad de las normas y el orden público en el arbitraje

La disponibilidad negocial que constituye la base de la arbitrabilidad debe conectarse con la existencia de normas de Derecho necesario, y, a este respecto, hay que recordar cómo algunas doctrinas, que aún hoy colean, han entendido que cuando la relación o situación jurídica se halle regida por normas imperativas o de orden público el arbitraje queda excluido.

⁴¹ Estos criterios son compartidos por PICO JUNOY, J. y VÁZQUEZ ALBERT, D. En op. cit. pág. 196, donde leemos que «el arbitraje ni vincula ni produce efectos sobre terceros, cuyos intereses se hallan protegidos por la obligación del árbitro de aplicar las normas imperativas dirigidas a su protección» (op. cit. págs. 196, 200 y ss.). En el mismo sentido, FERNÁNDEZ DEL POZO, L. en *Sobre la arbitrabilidad de las controversias relativas a la impugnación de acuerdos sociales*, en Revista General de Derecho n.º 609 de 1995, págs. 6935 y ss. También VICENT CHULIÁ, F. en *Arbitraje de impugnación ...*, pág. 114.

⁴² RAMOS MÉNDEZ, F. en *Eficacia de un convenio arbitral en el caso de acumulación de acciones* (Auto del Juzgado de Primera Instancia n.º 3 de Granollers de 26 de febrero de 2001), en «Anuario Justicia Alternativa. Derecho arbitral» n.º 3 de 2002. Ed. Tribunal Arbitral de Barcelona y J.M. Bosch, págs. 119 y ss.

Pero esta manera de pensar es insostenible. La imperatividad de ciertas normas jurídicas y el orden público no impiden la disponibilidad de los derechos subjetivos ni de las relaciones jurídicas regidas por aquéllas pues simplemente lo único que se veda es que las mismas se infrinjan. Los artículos 6.3 y 1255 sólo prohíben transgredir la norma imperativa, no impiden actuar conforme a ella. En el convenio arbitral no se faculta al árbitro para que infrinja una norma imperativa sino que únicamente se le encomienda que determine si un acto es contrario o no la ley imperativa. El convenio arbitral sobre materias en que incide el *ius cogens* no infringe, no atenta per se, a ninguna disposición legal coactiva; será el laudo en todo caso el que pueda cometer el pecado. Por ello, cuando se conviene un pacto de sumisión, se le veda implícitamente al árbitro que en el laudo viole la normativa imperativa o el orden público; y esta prohibición que se cierne sobre el árbitro se produce en todo arbitraje, pues que en todo momento, en toda litis y en la contienda más ingenua, puede hacer acto de presencia una norma jurídica imperativa. Los otorgantes de un convenio arbitral no violan la ley imperativa, puesto que lo único que acuerdan es que su conflicto se resuelva en la vía arbitral en lugar de que lo sea por la jurisdiccional. El mandato inviolable de la ley imperativa se dirige luego al árbitro, por supuesto, lo mismo que al Juez. El laudo, al igual que la Sentencia, deberán respetar la normativa imperativa. Cuando no lo hagan, tanto el laudo como la sentencia serán radicalmente nulos, puesto que la disposición del artículo 6.3 del Código civil se impone tanto al árbitro como al Juez. Y en ambos casos el ordenamiento jurídico contiene cauces adecuados para corregir el desmán: los recursos ordinarios y extraordinarios en el orden jurisdiccional para las sentencias de los Jueces; y la anulación del laudo al amparo del artículo 41.f) de la Ley de Arbitraje; pues el contenido de las leyes imperativas y prohibitivas forman parte integrante del concepto de orden público, sin que naturalmente lo agoten, ya que éste, por su carácter variable, elástico, flexible, tiene un ámbito más amplio que no es preciso en este momento delimitar. Lo que sí hemos de añadir es que, cuando el recurso de nulidad del laudo arbitral se fundamente en este motivo, el órgano jurisdiccional puede y debe entrar a examinar la aplicación que el árbitro ha hecho de la ley; es decir: la Sala de Justicia controla el enjuiciamiento del fondo realizado por los árbitros, y ello a diferencia de lo que ocurre con los otros motivos del artículo 41».

Con arreglo al apartado f) del artículo 41, el laudo no es nulo por abordar cuestiones que se consideren integrantes del orden público sino que la nulidad surge cuando el laudo infringe el orden público. Si el laudo aborda relaciones que afectan al orden público y resuelve conforme al mismo, respetándolo, no hay nulidad.

De esa manera el concepto del orden público será el resorte de la infracción o desconocimiento en los laudos de las normas tuitivas, protectoras, inderogables.

c') Normas imperativas y arbitraje de equidad

Hemos afirmado más arriba que la existencia de normas imperativas o prohibitivas no empece la sumisión arbitral; y además que aquellas normas de *ius cogens* deberán ser acatadas indefectiblemente en el laudo que ponga fin al procedimiento arbitral so pena de nulidad. Todo ello por aplicación del artículo 6.3 del Código civil.

Ahora bien, en la Ley se regulan dos tipos de arbitraje, el arbitraje de derecho y el arbitraje de equidad. Respecto al arbitraje de derecho, el árbitro, por imperativo legal, deberá aplicar el Derecho, y con él las posibles normas imperativas que rijan la materia. Sin embargo, ello no ocurre en el arbitraje de equidad, en el que el árbitro resuelve conforme a su saber y entender.

De esta manera, cuando la materia está regulada por normas imperativas, el arbitraje de equidad se halla situado en una encrucijada que no ha pasado desapercibida en la doctrina, puesto que una de dos:

—O no se admite el arbitraje de equidad sino únicamente el de Derecho. Postura a la que se adhiere la mayoría de la doctrina.

—O bien, aceptando el arbitraje de equidad, sin embargo los árbitros deberán respetar la normativa imperativa, controlable a través del recurso de nulidad entre la Audiencia Provincial. Que, en definitiva, es nuestra posición como iremos viendo.

a") La doctrina que rechaza el arbitraje de equidad para las materias regidas por *ius cogens*

Para el común de los autores repugna la idea de que pueda admitirse por el camino del arbitraje lo que de otra manera no se podría hacer. El arbitraje nunca puede constituir una vía insólita por la que se pueda violar el principio que inspira el artículo 6.3 del Código civil. Ni siquiera cabría el arbitraje de equidad bajo la supervisión de que en este caso los árbitros tuvieran que respetar las normas imperativas puesto que ésta sería una cautela falaz dado que en nuestro sistema de recursos no cabe el control de la legalidad del laudo. En esta corriente doctrinal podemos citar a los siguientes autores que, con unos argumentos u otros, se inclinan por no admitir el arbitraje de equidad en áreas regidas por normas imperativas.

—Veamos el reiterado criterio de VICENT CHULIÁ, F. refiriéndose al tema de la impugnación de acuerdos sociales por vía arbitral afirma que: «Es claro que no cabe someter a arbitraje de equidad la aplicación de normas imperativas ...»⁴³; sobre la misma materia, al referirse a ciertas normas de las leyes de sociedades anónimas y de responsabilidad limitada, nos dice que «son imperativas o prohibitivas y, por tanto, de necesaria observancia por los árbitros en un arbitraje que inclu-

⁴³ *Compendio crítico de Derecho mercantil*, 3.ª ed., T. I, Vol. 1.ª, pág. 618.

diblemente habrá de ser arbitraje de derecho»⁴⁴; y últimamente insiste en la misma afirmación⁴⁵.

—Por su parte, MARTÍNEZ-CALCERRADA Y GÓMEZ, L., también aborda el problema de la impugnación de acuerdos sociales por vía arbitral y ante «la legalidad imperativa» concluye que «deberá o debería encauzarse sólo por el arbitraje de derecho, y hasta con el eventual remedio de revisar lo arbitrado ante los Tribunales en vía de anulación»⁴⁶. Vemos pues que para este autor el acatamiento de la imperatividad de las normas debe controlarse hasta el punto, no sólo de eliminar el arbitraje de equidad, sino de que su infracción en el arbitraje de Derecho debe ser corregida en el recurso de anulación.

—También sobre impugnación de acuerdos sociales nulos sostienen que «sólo pueden ser objeto de arbitraje de Derecho» URÍA, R., MENÉNDEZ, A., y MUÑOZ PLANAS, J.M.⁴⁷.

—Siguiendo a VICENT CHULIÁ, la profesora CARAZO LIÉBANA, M.^a J., en tema de impugnación de acuerdos sociales, afirma «que no podrá someterse a arbitraje de equidad o amigable composición una materia regida por normas imperativas» y más adelante «En nuestra opinión, sólo el arbitraje de Derecho concilia las exigencias de la normativa vigente», sentando en sus conclusiones lo siguiente:

«Una vez iniciado el procedimiento arbitral, el laudo que ponga fin al mismo deberá respetar las normas imperativas o prohibitivas reguladoras de la materia de que se trate. Concretamente, y dado que, tal como ha afirmado el Tribunal Supremo, las normas reguladoras de la impugnación de acuerdos sociales son normas imperativas o de *ius cogens*, únicamente cabe el arbitraje de derecho para este tipo de litigios, por ser éste el único que por prescripción legal debe aplicar el derecho vigente»⁴⁸.

—Sobre el mismo tema de la impugnación de acuerdos sociales VÁZQUEZ ALBERT, D. y J. PICÓ I JUNOY, J. plantean el «arbitraje de derecho versus arbitraje de equidad» para terminar rechazando éste: «La opción del arbitraje de derecho no plantea problema alguno, ya que con ella se garantiza plenamente la aplicación del ordenamiento jurídico por parte de árbitro. Mayores complejidades suscita el arbitraje en equidad, que por otra parte es la modalidad utilizada de forma mayoritaria en los estatutos sociales y la aplicable subsidiariamente cuando las partes no manifiesten su voluntad a favor del arbitraje de derecho (art. 4.2 LA).

⁴⁴ *El arbitraje en materia de impugnación de acuerdos sociales* en Revista General de Derecho, n.º 646-647, julio-agosto de 1998, págs. 6368 y 6369.

⁴⁵ *Arbitraje de impugnación de acuerdos sociales. Acto final* en «Anuario Justicia Alternativa, Derecho arbitral», n.º 1 del año 2001, Ed. Tribunal Arbitral de Barcelona, págs. 113 y 114.

⁴⁶ *La Junta general y la impugnación de sus acuerdos en la sociedad de responsabilidad limitada*, en Revista Jurídica del Notariado, oct.-dic. 1993, págs. 308 y 309.

⁴⁷ *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, V. Ed. Civitas, págs. 367 y 368.

⁴⁸ *La aplicación del arbitraje a la impugnación de acuerdos societarios en las sociedades de capital*, en Revista de Derecho Mercantil n.º 229 de 1998, págs. 1215, 1216 y 1220.

El problema surge cuando el litigio versa sobre acuerdos nulos, esto es, aquellos que hayan infringido la Ley, ya que el árbitro no tiene porque aplicarla para enjuiciar el conflicto y puede resolverlo “según su saber y entender” (art. 4.1 LA). Si bien podría entenderse que el arbitraje en equidad sería posible siempre que el árbitro aplicase el derecho, esta opción la debemos descartar por cuanto no existe un control judicial posterior sobre la aplicación del ordenamiento jurídico. En consecuencia, entendemos que la impugnación de los acuerdos nulos tendrá que someterse siempre a un arbitraje de derecho.»⁴⁹

—En otra área impregnada fuertemente de normas imperativas, en sede de arrendamientos urbanos, GUILARTE ZAPATERO, V. se plantea el tema de la arbitralidad de la materia y la resuelve al igual que los anteriores autores. Lo admite, pero «siempre que se trate de arbitraje de derecho, los árbitros deberán resolver ateniéndose a las normas de carácter sustantivo e imperativas en su caso, que amparan beneficios irrenunciables. Lo que, obviamente, no será así cuando se trate de arbitraje de equidad. De donde parece que únicamente será el arbitraje de esta naturaleza el que no podrá conocer de cuestiones que afecten a derechos irrenunciables»⁵⁰.

—Con carácter general, y comentando el artículo 4 de la Ley de Arbitraje, MONTERO AROCA, J. se cuestiona la posibilidad del arbitraje de equidad en tema de normas imperativas o prohibitivas, concluyendo por rechazarlo «porque la cuestión litigiosa que se le ha sometido no queda comprendida en las materias de libre disposición conforme a derecho, según la dicción del artículo 1. Si se permitiera la exclusión de una norma imperativa o prohibitiva, se estaría vulnerando por esta vía el artículo 6.2 CC; no puede admitirse que por el camino del arbitraje las partes hagan lo que de otra manera no podrían hacer»⁵¹.

—GASPAR LERA, S. aborda el problema de la arbitralidad en equidad con normas de *ius cogens*, diciéndonos: «Otra cosa es que, debiendo resolverse la controversia conforme a normas de derecho necesario, únicamente sea posible el arbitraje de derecho y no el de equidad»⁵². En otro lugar, refiriéndose a las normas de *ius cogens* nos dice que «En estos casos, eso sí, creo que el árbitro quedará obligado a resolver conforme a lo establecido en las normas de dicha naturaleza. Es decir, no debería admitirse un arbitraje de equidad»⁵³.

—CHILLÓN, J.M. y MERINO, J.F., con respecto de las impugnaciones de acuerdos tomados en Juntas de Propietarios en régimen de propiedad horizontal, entienden que sólo son susceptibles de arbitraje de Derecho puesto que «es suma-

⁴⁹ Op. cit. pág. 198.

⁵⁰ *El arbitraje con arrendamiento urbanos*, Ed. En 1992, por Corte Vasca de arbitraje en San Sebastián.

⁵¹ *Comentario breve a la Ley de Arbitraje*, Ed. Civitas, 1990, pág. 42.

⁵² Op. cit., pág. 109, nota 106.

⁵³ Op. cit., pág. 172.

mente problemático que pueda utilizarse el de equidad, ya que el árbitro debe decidir de acuerdo a un planteamiento netamente jurídico, y no cabe aquí el juicio moral del “leal saber y entender”, porque lo que se ventila es una controversia inequívocamente legal que no admite solución fuera de estrictos márgenes de Derecho»⁵⁴.

—Y sobre la misma materia de la propiedad horizontal es de citar la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 11, en la que se parte de que su normativa es de *ius cogens* o derecho necesario «de donde se obtiene que una cláusula de arbitraje de equidad genérica como es la contenida en el art. 62 de los Estatutos para regular todas las cuestiones que surjan entre los propietarios entre sí o con los órganos de la Comunidad referentes a la participación y disfrute del inmueble, contraría en principio, las previsiones de la Ley de Propiedad Horizontal y aún el art. 1 de la Ley de Arbitraje de 1988, a cuyo tenor sólo pueden someterse a la decisión de uno o varios árbitros las cuestiones litigiosas surgidas o que puedan surgir en materia de su libre disposición conforme a derecho, no pudiendo ser invocada para excluir la competencia de la jurisdicción ordinaria».

b”) Nuestra postura, a diferencia de cuanto acabamos de ver, acepta el arbitraje de equidad en materia regida por normas imperativas, pero exigiendo que los árbitros respeten el *ius cogens*

Nosotros admitimos la arbitrabilidad de las materias con toda amplitud, sin que lo impida la circunstancia de que rija normativa de tipo imperativo, ni que el arbitraje sea de equidad, pero teniendo siempre presente que el mandato inviolable de la ley imperativa se dirige sin excepción a toda clase de árbitros, lo mismo que al Juez o a los contratantes. Cuando no lo hagan, tanto el laudo como la sentencia serán radicalmente nulos, puesto que la disposición del artículo 6.3 del Código civil se impone lo mismo al árbitro que al Juez. Concretamente cuando el laudo arbitral sea de equidad, éste, si bien no queda vinculado por las normas de Derecho dispositivo, sí que lo está cuando lo sean de *ius cogens*. Y en ambos tipos de arbitraje el control de la norma imperativa es el mismo: el recurso de nulidad al amparo del artículo 41.f).

Ahora bien, estas afirmaciones nuestras las debemos amparar con argumentación convincente dada la opinión de los autores citados, cuya autoridad científica no soy yo quién pueda comentarla, entendiendo que sus criterios no han sido adoptados con suficiente meditación, incluso en ocasiones se realiza simplemente una afirmación sin argumentar, como puede verse en algunos de los textos transcritos en que escuetamente se afirma que no cabe someter a arbitraje de equidad la aplicación de normas imperativas (Martínez-Calcerrada o Uría, Menéndez y Muñoz Planas).

A continuación analizaremos los argumentos en que se apoya la doctrina que impugnamos, sintetizándola en los siguientes términos:

⁵⁴ *Tratado de arbitraje privado interno e internacional*, Ed. Civitas, 1995, pág. 175.

—Se ha dicho que no cabe el arbitraje de equidad en materias regidas por normas imperativas porque éstas son de necesaria observancia (Vicent Chuliá), y que sólo cabe el arbitraje de derecho en tales áreas por ser éste el único que por prescripción legal debe aplicar el Derecho vigente (Carazo, Guilarte Zapatero, Gaspar Lera, Chillón y Merino). También que si se permitiera la exclusión de una norma imperativa o prohibitiva, se estaría vulnerando por esa vía el artículo 6.2 del Código civil (Montero Aroca). Razonamiento que incide en una petición de principio pues da a entender que el árbitro de equidad podría infringir la norma imperativa si se le permitiera arbitrar; pero las cosas no son así ya que el árbitro de la clase que sea, está constreñido por ciertas normas de superior rango, entre ellas las de *ius cogens*, sin que sean las únicas. La facultad de laudare en equidad se halla limitada por más normas de lo que parece y se ha dicho frecuentemente. Por supuesto aquél precepto cede ante los principios básicos que emanan de los artículos 6 y 1255 del Código civil. El árbitro de equidad no sólo está sujeto a las normas imperativa y prohibitivas, sino también a las tenazas del orden público y al concepto de la «moral» del artículo 1255, estándole prohibido dictar un *lauto iniquo*.

—Se afirma que las materias regidas por normas imperativas no son de libre disposición y, consecuentemente, no arbitrables en equidad (Montero Aroca); pero el razonamiento es doblemente erróneo, puesto que si la materia fuera indisponible habría de serlo tanto para un arbitraje como para otro; aparte que, como hemos demostrado en páginas anteriores, la imperatividad de las normas en modo alguno implica la no disponibilidad de la materia sino únicamente el que la norma no puede ser infringida.

—También se afirma que no cabe el arbitraje de equidad en áreas regidas por normas imperativas porque no cabe el control de su eventual infracción (Vázquez y Picó); pero, frente a esta aprensión, hay que contestar que tanto en el arbitraje de derecho como en el de equidad, el control de la norma imperativa es el mismo que el del orden público, es decir, el recurso de nulidad al amparo del apartado f) del artículo 41 de la Ley de Arbitraje. Y precisamente, por la razón de que cabe ese control es por lo que se puede admitir con toda tranquilidad el arbitraje de equidad en relaciones regidas por normas imperativas. En realidad estamos ante dos problemas distintos, referidos uno, a cómo ha de actuar el árbitro de equidad, y otro, a cómo se le controla.

—Por último expondremos las consecuencias a que conduce la tesis que combatimos, puesto que introduce inseguridad en el sistema, sembrando las dificultades que vamos a ver y que nacen de que la realidad jurídica nos muestra cómo la norma imperativa puede surgir en cualquier momento y en la relación jurídica más dispositiva que se pueda imaginar. Si en ese ámbito de lo dispositivo se designa un árbitro de equidad, lo raro será que en la *litis* no surjan normas imperativas a las que aquél deba enfrentarse y sobre las cuales el sentido jurídico más

elemental aconseja que no las infrinja y, en modo alguno, que se abstenga de laudar por entender que no cabría el arbitraje de equidad; y menos que resuelva parcialmente entrando en unos temas y obviando otros.

En definitiva, entendemos que la lógica y la oportunidad de la seguridad jurídica exigen en el tema que estudiamos la uniformidad de tratamiento de ambos tipos de arbitraje en los que los árbitros, de la clase que sean, puedan abordar todas las materias con tal que sean disponibles, prescindiendo de las normas que las rijan, pero acatando siempre las imperativas y el orden público, cuyos laudos serán controlables por el recurso de nulidad (art. 41.f).

Tendencia unificadora que inspiró en la Ley de 1988 la eliminación de las diferencias por razón de procedimiento y de recursos; y que en la actual Ley culmina con la desaparición incluso de las clases de arbitraje, ya que en adelante sólo habrá uno.

d') La imperatividad de las normas y el orden público en el arbitraje societario

Si con frecuencia la determinación de la disponibilidad o no de ciertas cuestiones o relaciones jurídicas se muestra dudosa, las vacilaciones suben de tono en el terreno societario. En el presente trabajo no intentamos construir una doctrina general y abstracta que trate de definir y resolver el problema. Limitaremos la exposición a dos temas: uno, el que más discusión ha suscitado, sobre la arbitrabilidad de los acuerdos sociales; otro, poco tratado, pero de alto interés, el de la liquidación de la sociedad por vía arbitral.

a") Sobre la arbitrabilidad de los acuerdos sociales

Esta cuestión ha dividido a la jurisprudencia y a la doctrina.

El Tribunal Supremo en sentencias de 26 de abril de 1905 y 9 de julio de 1907 admitió la arbitrabilidad de los acuerdos sociales. Sin embargo, a partir de la sentencia de 15 de octubre de 1956 la jurisprudencia cambió de signo a consecuencia de la influencia de la doctrina encabezada por URÍA al comentar en la Ley de Sociedades Anónimas de 17 de julio de 1951 (Sentencias de 15.10.56, 27.01.68, 21.05.70 y 15.10.71).

Esta corriente doctrinal y jurisprudencial influyó en la práctica notarial que modificó en buena parte la redacción de las cláusulas estatutarias de sumisión arbitral, estableciendo la salvedad de la impugnación de los acuerdos sociales.

Tras la publicación de la Ley de arbitraje de 1988 nos encontramos con posturas doctrinales y jurisprudencia de Audiencias encontradas⁵⁵.

La no arbitrabilidad de los problemas relativos a la validez o nulidad de los acuerdos sociales se ha basado en la no disponibilidad del derecho de impugnación de los mismos, que por cierto no corresponde en exclusiva al socio pues cons-

⁵⁵ Una exposición de la doctrina la tenemos en el imprescindible trabajo de FERNÁNDEZ DEL POZO, L. *Sobre la arbitrabilidad ...*

tituye una facultad que pueden ejercer los administradores y cuantos terceros puedan resultar perjudicados. Esta indisponibilidad del derecho o facultad de impugnar los acuerdos sociales se ha sustentado con argumentos y construcciones jurídicas variadas y enfocadas desde ángulos diversos.

Tal vez la dificultad en admitir la impugnabilidad arbitral de los acuerdos sociales radique en parte en no distinguir entre el derecho de impugnar en abstracto y la facultad de impugnar un determinado acuerdo ya celebrado.

Cuando los socios en la cláusula estatutaria someten a arbitraje el tema de la validez o nulidad de los acuerdos sociales no renuncian a su derecho o facultad de impugnarlos; ni se transige ni se renuncia el derecho o facultad sustantivos de impugnar el acuerdo, tan sólo se dispone de la vía adjetiva procedimental. Ninguna disposición sobre el derecho de impugnación; el convenio arbitral únicamente sustituye el cauce jurisdiccional por la vía arbitral. Ciertamente que para estipular ese convenio se debe tener la disponibilidad del derecho subjetivo en cuestión; pero en nuestro caso es evidente que el socio tiene la disponibilidad del mismo una vez tomado el acuerdo, puesto que le corresponde decidir sobre si impugna el acuerdo o lo ratifica, o sobre si deja transcurrir los breves plazos de caducidad; además esta disponibilidad resulta de la facultad que ostentan los socios sin dejar sin efecto el acuerdo o de sustituirlo por otro (art. 115.3 L.S.A.). Ello no es otra cosa que la mera consecuencia de la naturaleza de los acuerdos sociales en los que campea el dominio de la voluntad de los socios; la esencia de los acuerdos sociales se halla en su carácter negocial. Naturalmente que en toda esta disponibilidad nos estamos refiriendo al derecho de impugnar un concreto acuerdo, en modo alguno al derecho de impugnación en abstracto como derecho básico e intangible del accionista.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de abril de 1998 dio un giro total a la jurisprudencia anterior y «estima que en principio, no quedan excluidos del arbitraje y, por tanto del convenio arbitral, la nulidad de la Junta de accionistas ni la impugnación de acuerdos sociales». Doctrina reiterada por la sentencia de 30 de noviembre de 2001, ambas del mismo Ponente, Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz.

Jurisprudencia que comparte la misma onda con la nueva doctrina científica⁵⁶.

b”) La liquidación de las sociedades en vía arbitral

Partimos como indiscutible de la consideración de ser viable que se decreta la disolución de las sociedades en arbitraje. La disponibilidad de la materia está

⁵⁶ FERNÁNDEZ DEL POZO, L. En *Sobre la arbitrabilidad ...*; PICO JUNOY, J. y VÁZQUEZ ALBERT, O. en op. cit.; VICENT CHULIA, F. en *El arbitraje ... y Arbitraje de impugnación ...*; MARTÍNEZ MARTÍNEZ, en op. cit.; CAMPO VILLEGAS, E., en *El arbitraje societario ...* y CARAZO LIÉBANA, M.J. en op. cit.

fuera de dudas ya que precisamente depende de la voluntad de los socios la disolución. En este momento nos situamos en el paso siguiente: en la liquidación. Específicamente en aquellos casos en que no se puede nombrar liquidadores por la Junta General, evento que ocurrirá con mucha frecuencia cuando este órgano esté paralizado por un equilibrio de fuerzas en discordia.

A nuestro entender, una vez disuelta la sociedad, su liquidación puede hacerse en vía arbitral, bien nombrando los árbitros al liquidador, bien efectuando ellos mismos la liquidación y adjudicaciones en supuestos sencillos o por haber sido especialmente designados para ello en la cláusula estatutaria de sumisión arbitral, razón por la que aconsejamos complementar en tal sentido los formularios notariales. Nuestro criterio se apoya en los argumentos siguientes, no contradichos por la doctrina ni por la jurisprudencia⁵⁷ que han tratado el tema:

—El tema implica una controversia sobre «materia disponible». La disponibilidad de una relación o cuestión resulta de la circunstancia de que sobre la misma pueda jugar el consentimiento de los interesados, característica que se evidencia por cuanto el nombramiento y la destitución de los liquidadores se efectúa libremente en las Juntas Generales, foro en el que resplandece la voluntad de las partes interesadas.

—Cuando el árbitro designa al liquidador lo hace en función de las facultades recibidas a través de la cláusula estatutaria de sumisión arbitral, cláusula que fue establecida con el consentimiento unánime de todos los socios fundadores, equivalente al consentimiento de los socios en una Junta General. Consentimientos prestados en el ejercicio del principio de autonomía de la voluntad.

—El que la división del haber social se realice por vía arbitral no atenta a ningún principio, ni puede repugnar cuando en el mismo Código civil se admite limpiamente tal posibilidad (art. 402). Y en este sentido la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de marzo de 1985, aparte otras citadas, por Muñoz Planas y Muñoz Sabaté en la nota número 56.

—Sería contradictorio con la misma esencia del arbitraje el tener que remitir al Juez, en ejecución del laudo, el conflicto sobre el nombramiento del liquidador, tras permitir que sea el árbitro quién decrete la disolución pues implicaría un fallo del convenio arbitral. En nuestro sistema el pacto arbitral produce un doble efecto: positivo, atribuyendo al árbitro la solución de controversias; y negativo, excluyendo a la jurisdicción ordinaria de conocer de la materia en cuestión.

⁵⁷ Ver la jurisprudencia recogida por MUÑOZ PLANAS, J.M. en op. cit., págs. 490 y ss. También las Sentencias comentadas por MUÑOZ SABATÉ, L. en op. cit., números 28, 38 y 59. Además la Sentencia de la Sección 14 de la Audiencia Provincial de Barcelona de 1 de julio de 2003; y las del Tribunal Supremo de 21 de marzo de 1985 y 30 de noviembre de 2001, esta última de especial significado por cuanto afirma la disponibilidad y arbitrabilidad de la materia, y cuyo Ponente vuelve a ser el prestigioso Magistrado y Profesor, Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz.

VIII. LA INTERVENCIÓN NOTARIAL EN EL LAUDO

A. *Antecedentes históricos*

La forma pública para el laudo cuenta con una seria tradición histórica en el Derecho español, a diferencia de otros sistemas que nos muestra el Derecho comparado en el que encontramos formas privadas e incluso la forma oral que, al parecer, se permite en el supuesto del arbitraje de la *common law* en Inglaterra.

En las Partidas, no sólo se impone la intervención del Escribano en las sentencias arbitrales, sino que se justifica ésta «porque non pueda y nacer después ninguna dubta» (III, 4, 23), argumento que aún hoy conserva su autoridad sociológica, como en su momento resaltaremos.

Ahora bien, la trayectoria de la forma pública osciló entre la forma judicial y la notarial. En las leyes procesales del siglo XIX se exigió la intervención del Secretario Judicial para el juicio de árbitros puesto que la sentencia arbitral debía dictarse en la forma y con las solemnidades prevenidas para los juicios ordinarios ya que todas las actuaciones se verificaban ante el Escribano del Juzgado de Primera Instancia; y para las amigables componedoras, ante Notario (arts. 288 y 298 de la Ley de 1830; arts. 802 y 831 de la Ley de 1855; y arts. 816 y 835 de la Ley de 1881).

En el siglo XX las dos Leyes de arbitraje de 1953 y 1988 eliminan la intervención del Secretario Judicial quedando únicamente la fe pública notarial, si bien deben destacarse ciertas tendencias de signo contrario que ya se dieron en el proceso de elaboración de la última de ellas:

—Una, que pretendía sustituir el requisito formal de protocolización notarial por la exigencia de lo que con oscuridad terminológica, sino conceptual, se denominaba protocolización judicial⁵⁸.

—En sentido totalmente aformal, y por supuesto contrario a toda intervención notarial, se produjo cierta opinión amparada en que aquélla encarecía y alargaba el procedimiento⁵⁹.

—Otra posición ecléctica, fue la de quienes entendieron que debían ser los árbitros los que decidieran sobre la procedencia o no de la protocolización notarial del laudo, en cuya decisión habrían de influir las exigencias de la eficacia del mismo, «v.g., por exigirlo la normativa registral al efecto»⁶⁰.

⁵⁸ Grupo Mixto (Agrupación de Diputados del P.D.P.).

⁵⁹ Así en el Grupo Parlamentario Vasco en el Congreso de los Diputados; ver Revista del Círculo Vasco del Arbitraje, núm. 2, tomo III, 1988. También el Grupo Parlamentario de Senadores Nacionalistas Vascos; ver Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje, núm. 1, tomo I, 1989.

⁶⁰ Grupo Coalición Popular, citado por Silvia BARONA VILAR en Comentario breve a la Ley de Arbitraje, por MONTERO AROCA y otros, Madrid, 1990, pág. 174.

B. *La formulación en la Ley de 1988*

La forma en el laudo se reguló en los artículos 32 y 33 de la Ley de 1988 mediante dos normas que ocasionaron ciertos interrogantes. En el inicio del primero se disponía que «El laudo deberá dictarse por escrito», y en la postrimerías del segundo que «El laudo se protocolizará notarialmente». Con esta fórmula aparecía un distanciamiento entre la actuación arbitral de dictar el laudo y la intervención notarial, dejando así la duda sobre el valor que pudiera tener la intervención notarial y correlativamente la situación jurídica del laudo dictado ínterin se protocolizaba. Si el laudo surgía plena y válidamente a la vida del Derecho mediante el documento suscrito sólo por los árbitros, entonces la forma notarial tan sólo hacía referencia a temas de eficacia. Pero la doctrina, e incluso jurisprudencia, se inclinó decididamente por entender que la intervención notarial constituía una exigencia sustancial.

C. *La formulación en la nueva Ley*

La nueva Ley de arbitraje ha cambiado la tradición histórica que consideró necesaria y solemne la forma notarial en la protocolización del laudo.

—En el artículo 37.3 de la nueva Ley de Arbitraje se reduce la exigencia de la forma a su constatación por escrito y firma por los árbitros, bastando la mayoría de los mismos, o sólo su Presidente, siempre que se manifiesten las razones de la falta de una o más firmas. En cuanto a la intervención notarial deviene potestativa: «El laudo podrá ser protocolizado notarialmente. Cualquiera de las partes, a su costa, podrá instar de los árbitros, antes de su notificación, que el laudo sea protocolizado» (art. 37.8). Al emplearse el término indefinido de «podrá» ser protocolizado hay que entender legitimados para tomar tal decisión al mismo árbitro, a la institución arbitral que lo nombró, y, por supuesto, a las partes a quienes inexplicablemente se les reduce la posibilidad a que lo soliciten antes de su notificación. Norma esta última que, por su carácter limitativo, deberá ser interpretada restrictivamente, y de esta manera permitir que el árbitro o la institución arbitral podrán decidir la protocolización aún después de notificado el laudo.

Tras la nueva Ley, y a pesar de las innovaciones introducidas, el intérprete debe abordar ciertos problemas que ya se planteaban con la Ley de 1988; así:

- Valor de la forma notarial.
- Naturaleza y requisitos de la protocolización notarial.
- Protagonismo de los árbitros en la protocolización del laudo.
- Función asesora del Notario en la protocolización del laudo.
- Posición del Notario ante el laudo dictado fuera de plazo.
- La no protocolización exigida.
- La notificación del laudo.

D. *El valor de la forma notarial*

Bajo la Ley de 1988 se discutió sobre si la protocolización notarial constituía requisito sustancial para la validez del laudo o sólo para su eficacia o ejecutoriedad⁶¹.

Frente a quienes sostuvieron lo segundo, nosotros entendimos la protocolización notarial como un requisito esencial que debía cumplirse dentro del plazo concedido a los árbitros para laudar⁶². Criterio avalado, no ya sólo por la tradición histórica de las Leyes de enjuiciamiento civil y la de 1953, o el tenor imperativo del párrafo 2 del artículo 33, sino muy particularmente por el sentido cautelar y de seguridad jurídica que la intervención notarial garantiza a los intereses en juego, confiriendo al laudo una doble certeza: la de su fecha y la de su contenido. Desde que el Notario recibe el laudo se tiene asegurada la fecha en que existe, y además que su texto no podrá ser alterado.

El laudo arbitral es el equivalente de la sentencia y, una vez firme, constituye un título ejecutivo. De ahí la doble certeza que deba exigirse: la certeza de su fecha y la certeza de su autoría. Si podemos dudar de cuando y por quién se ha dictado el laudo, el Juez no podrá ejecutar ni el Registrador inscribir. Certezas que proporciona la intervención notarial.

Con la nueva Ley aquellas certezas de la fecha y de la autoría del laudo no se tendrán cuando el laudo no se protocolice. El documento que reciban las partes litigantes al serles notificado el laudo no será un documento público, ni será un documento auténtico. Desde luego, los Registradores de la propiedad y mercantiles no inscribirán, tanto por no ser documentos públicos, como por carecer de autenticidad. Y si se pretende la ejecución de «un laudo no protocolizado notarialmente, la falta de autenticidad de éste» permitirá al ejecutado oponerse a la ejecución alegando aquel defecto, según reza el artículo 559.4.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, reformado en la Disposición final primera.2 de la nueva Ley. Para obviar estas dificultades deberá protocolizarse notarialmente el laudo, pero si ya ha sido notificado, la parte que le interese se verá coartada por la misma ley que sólo le permite esa petición antes de que le sea notificado el laudo. El incomprensible precepto coloca a la parte en el trance de mendigar del árbitro que protocolice el laudo para poder inscribir o para poder ejecutar.

Además la falta de protocolización priva al árbitro del posible asesoramiento notarial de que mas tarde hablaremos y sobre todo de la segura e indefini-

⁶¹ AURELIA ÁLVAREZ: *Formación, contenido y efectos del laudo arbitral en la Ley española de arbitraje*, en Revista de la Corte Española de Arbitraje, 1988-1989, págs. 102 y ss.; SILVIA BARONA VILAR en op. cit., págs. 173 y ss.; ANTONIO JOSÉ VALENCIA MIRÓN, en Comentarios a la Ley de Arbitraje, 1991, págs. 213 y ss.

⁶² CAMPO VILLEGAS, E., en *Problemas de forma ..., en el convenio y en el laudo arbitral. Su inscripción*. Conferencia pronunciada en la Academia Matritense del Notariado el día 7 de noviembre de 1991 y publicada en el tomo XXXII de Anales de la misma Academia, págs. 102 y ss.

da conservación del original en los archivos de protocolos de la organización notarial.

Todo ello conduce a que en la redacción de los convenios y cláusulas estatutarias de sumisión arbitral se disponga la protocolización notarial del laudo cuando se prevea que el laudo vaya a ser ejecutado o inscrito en Registros públicos, o bien que por su trascendencia convenga su custodia indefinidamente. También conviene la protocolización de los laudos dictados en rebeldía de alguna de las partes cuando se prevean dificultades para su notificación, pues si ésta se retrasa o no puede realizarse siempre constará la autenticidad de su existencia, si se ha protocolizado notarialmente. Tampoco sobraría la cautela de que las partes puedan instar la protocolización en cualquier momento, incluso después de su notificación. Las instituciones arbitrales, como el Tribunal Arbitral de Barcelona, deberán tener presente este problema en la modificación que de su Reglamento harán tras la nueva Ley.

E. *Naturaleza y forma de la protocolización notarial*

Cuando la Ley de Arbitraje habla de la protocolización notarial del laudo no aclara, ni le corresponde hacerlo, sobre la clase de documento que el Notario debe configurar. Pertenece al Derecho notarial y a su doctrina científica el resolver sobre cual sea el instrumento adecuado y las características del mismo. De los dos tipos básicos de documentos notariales, la escritura y el acta, parece, en principio, que este último es el que más se acomoda para la protocolización de un documento. Ahora bien, lo que ya no podemos admitir en nuestro caso, es la innecesidad de determinadas exigencias de las que la reglamentación notarial libera como regla general en materia de actas. En nuestro caso no se puede prescindir de que comparezcan todos los árbitros que lo suscriben, se les identifique, y éstos además asuman el contenido del texto del laudo, pues, de no hacerlo así el documento notarial no produciría la certeza de la autoría del laudo. En realidad, estamos imponiendo ciertas exigencias que a la postre constituyen el alma de la escritura, con el aditamento además de la actividad asesora del Notario de la que más adelante hablaremos.

Configurado el documento notarial que acoge al laudo en los términos expuestos, aquél produce la certeza, no sólo de su fecha sino de la autoría del laudo, y, en su consecuencia, una vez firme y notificado, la eficacia propia de una sentencia, es decir, su carácter de título ejecutivo e inscribible en los Registros públicos, tanto en los de la Propiedad como en los Mercantiles. Esto último directamente, sin necesidad de mandamiento judicial para cuya obtención se preciaría abrir el trámite de ejecución forzosa del laudo, pues si bien el artículo 257 de la Ley Hipotecaria parece entender que el vehículo general de llevar las resoluciones judiciales al Registro es el mandamiento (que implicaría la fase de eje-

cución), sin embargo en el último inciso del precepto se exceptúan expresamente las ejecutorias, que no son otra cosa que los testimonios expedidos por el Secretario judicial de una sentencia firme.

Hasta ahora hemos descrito la intervención del Notario en la protocolización del laudo en una situación maximalista de exigencias, compareciendo ante él todos los árbitros a quienes identifica. El resultado, como hemos visto, es la máxima eficacia de autenticidad del documento respecto a la autoría del laudo y su inmediata ejecutabilidad e inscribibilidad. Sin embargo, frente a este supuesto hemos de presentar, como contrapunto, aquél en el que no comparece ante el Notario alguno de los árbitros o ninguno. Pues bien, a la hora de calificar tal irregularidad debemos realizar ciertas consideraciones previas que nos conducirán a sostener la validez del laudo, si bien con una eficacia mermada. Veamos. El laudo, como negocio jurídico, centra su esencia en el consentimiento de los árbitros como sujetos autores del mismo. Suscrito el laudo por los árbitros se ha cumplido el requisito del artículo 37.3. Protocolizado después por mandatario verbal, el laudo existe y ha quedado protocolizado, pero el mismo no acredita quién es el autor. Estamos pues, no ante un problema de validez, sino de eficacia, de prueba. Aquella falta de autenticidad no arrastra la nulidad sino tan sólo la necesidad de probar quién sea el autor. Por ello no cabrá ejecutar el laudo ni inscribirlo mientras no se resuelva el tema del acreditamiento de la autoría, cuestión ésta que hace tránsito a buscar cual sea el cauce procesal adecuado a tal fin, y que no es otro que el proceso de ejecución en el cual habrá que integrar el título incompleto, a no ser que la cuestión se resuelva extrajudicialmente por ratificación ulterior de los árbitros no asistentes al acto de la protocolización.

F. *La función asesora del Notario en la protocolización del laudo*

La misión del árbitro no acaba autenticando la identificación de los árbitros y la asunción por éstos del texto documental que han preparado como laudo. El Notario español, como todo el Notariado latino, es algo más que un mero fotógrafo oficial que autentica fehacientemente lo manifestado ante él por las partes intervinientes. El documento ha de ser además fiel reflejo de la voluntad interna de los otorgantes. No basta la autenticidad meramente formal. Se precisa la fehaciencia ideológica. Por ello, a la actuación del Notario debe preceder un iter de interpretación y asesoramiento de las voluntades, que, en ocasiones, se le presentan incompletas, deformadas, imprevisoras y hasta contrarias a Derecho. En su quehacer, el Notario no puede limitarse «a desempeñar el papel del testigo pasivo», y ni siquiera se ha de conformar con el nuevo asesoramiento, ya que sin declinar en su imparcialidad, llega al consejo, e incluso penetrando en el acto o negocio jurídico, busca las soluciones que estima más justas y adecuadas al caso o circunstancias. Y si bien es cierto que no puede violentar las voluntades, tam-

bién lo es que, en la práctica, el Notario por su prestigio, confianza e imparcialidad, llega a resultados que implican ser aceptados de hecho como árbitro y juez del acto.

Hasta tal punto debe extremarse esta misión asesora y configuradora de la voluntad de los otorgantes, que si, por su deficiencia o incuria, llegara el documento a no reflejarla, éste se convertiría en una trampa de incautos y socialmente sería falso.

Tan sólo después de esta actividad interpretativa y asesora puede el Notario redactar el documento autorizando su contenido bajo su fe, para que así cubra la doble autenticidad: la externa y la interna, de fondo e ideológica.

Este concepto de la función notarial lo describe magistralmente Joaquín Costa en «Reforma de la fe pública» cuando, al fijar el perfil del Notario, dice: «No se cifra todo él en la cualidad de fedatario, testigo público y privilegiado ... No es un simple amanuense que escucha pasivamente y escribe al dictado de los otorgantes lo que ha de testificar, y ni siquiera un mero redactor o corrector del estilo.» Líneas después añade: «Todavía no se agota en eso el concepto y la significación del notariado: la legislación notarial, fiscal e hipotecaria abraza todo un sistema de advertencias que el Notario ha de hacer a los otorgantes, según las circunstancias de cada uno, encaminadas a templar el injusto rigor del principio: *Nemo jus ignorare censetur, Ignorantia legis non excusat*, y que, junto con lo anterior, hace de aquél ... un como mentor y curador de oficio, puesto por la ley al lado de los huérfanos, de las mujeres, de los rústicos, de los moribundos.»

Emotiva frase esta última de Costa, concorde con su incansable lucha por los desvalidos, pero también con la tradicional y honrosa servidumbre del Notariado, que ha sabido cohonestar su imparcialidad con un deber de «especial asistencia» a ciertas gentes. «Una imparcialidad no neutra y pasiva, decía Fabroni Manetto, sino lo más activa posible, orientada a favorecer al contratante más débil, menos experto en Derecho, más desprovisto.» Hasta la sentencia de 29 de diciembre de 1927 llegó a decir: «El Notario no sólo es el fedatario para que creamos lo que no vimos, sino que es el profesor de jurisprudencia de las clases humildes, proletarias, y el consejero prudente de los individuos y de las familias.»

Expuesta aquella función asesora del Notario, nosotros aquí hemos de afirmar que de ella no se libra éste en la protocolización del laudo. Hemos de confesar que en la práctica diaria no se entiende así; y hasta parece extraño para el Notario que le quede un resquicio de asesoramiento en su misión de protocolización del laudo. Sin embargo, nosotros entendemos lo contrario y afirmamos que la misión asesora del Notario tiene cierto juego en el tema que examinamos, afirmación que exige algunas explicaciones.

El laudo en sentido amplio se integra por una estructura documental compleja constituida por una dualidad documental: el laudo propiamente dicho, redactado y suscrito por los árbitros, en ocasiones legos en Derecho y el instrumento

público que lo garantiza y alberga. Este complejo documental es el equivalente de una sentencia, y una vez haya ganado firmeza, constituye un título de ejecución reconocido como tal en la Ley de Enjuiciamiento Civil, y, en ocasiones, un título inscribible en el Registro de la Propiedad e incluso en el Mercantil. Ahora bien, esta eficacia que predicamos del laudo se producirá siempre y cuando el laudo no adolezca de vicios que lo invaliden o le cercenen su eficacia. Nulidad y eficacia que pueden provenir de diversas causas, y que, cuando surgen, implican el fracaso del arbitraje y la lesión de los intereses de quienes confiaron en él. Y es ante este posible horizonte donde hemos de inquirir cual pueda ser la actividad del Notario al protocolizar el laudo, dentro de su función, para conjurar aquellos indeseados resultados.

Por de pronto hemos de advertir, aunque sea obvio, que el Notario no puede protocolizar un laudo sin su previa lectura, que le proporcionará su conocimiento, circunstancia básica, incluso para decidir si lo protocoliza o no, e incluso para asesorar y sugerir en los términos que más adelante diremos.

En ocasiones el Notario se verá impotente para salvar algo, pues habrá defectos insubsanables, como pueden ser de los relacionados en el artículo 41 de la Ley de Arbitraje como causas de nulidad. Ante ellos el Notario carece de misión alguna. Y tampoco puede ampararse en su existencia para denegar su ministerio.

La denuncia del objeto corresponde a los litigantes y su apreciación al Juez. E incluso la ausencia de recurso podrá conllevar en ocasiones la firmeza del laudo y convalidación del vicio. Y menos todavía entra en la competencia del Notario la apreciación de eventuales irregularidades en el fondo del laudo, respecto del cual el árbitro tiene exclusiva potestad y absoluta responsabilidad.

Ahora bien, en el laudo cabe que existan errores u omisiones que, sin afectar al fondo del asunto, pueden producir su invalidez o ineficacia, siendo, por otra parte de fácil corrección o subsanación. En estas situaciones es donde el Notario puede y debe ejercer su función asesora advirtiendo al árbitro de tales irregularidades y ofreciéndole incluso el mismo documento notarial de protocolización como cauce apto para las oportunas correcciones.

Llegados a este punto necesitamos advertir que los errores y omisiones en los laudos ni son frecuentes ni privativos del arbitraje pues se producen también en las sentencias de la jurisdicción ordinaria y así lo reconocen explícitamente los textos positivos que regulan el llamado recurso de aclaración, tanto en el artículo 39 de la Ley de Arbitraje como en el artículo 214 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Y ha sido sobre la base de esta realidad como se ha creado cierta práctica en el arbitraje institucional, de tal manera que el centro arbitral solicita del árbitro que le dé cuenta anticipada del proyecto del laudo a dictar; cautela ésta seguida en las más relevantes y mundialmente conocidas instituciones arbitrales. Y en último caso recordemos que en el arbitraje de equidad no se precisa ser un profesional del Derecho.

Pues bien, como omisiones a las que podría dárseles el tratamiento que propugnamos, mediante la información del Notario al árbitro, cabe señalar la inexpressión de alguna de las circunstancias exigidas en el artículo 37 de la Ley de Arbitraje, de tal manera que su subsanación en el documento notarial de protocolización eliminaría posibles impugnaciones del laudo.

También interesa citar aquellos laudos que han de producir una modificación jurídico real en el Registro de la Propiedad o han de acceder al Registro Mercantil, y en los cuales no se da adecuado cumplimiento a la normativa de la legislación hipotecaria o del Reglamento del Registro Mercantil. En estos casos, el laudo podrá ser válido y no dar lugar a recurrirlo en nulidad pero podrá no ser inscribible, moviéndonos pues en el terreno de la eficacia, no de la validez o nulidad. Ante ellos el Notario debe advertir a los árbitros de las consecuencias de sus omisiones y la conveniencia de subvenir a las mismas en la forma en que hemos apuntado.

G. *La protocolización del laudo dictado fuera de plazo*

a) *La significación del plazo en el laudo*

Tanto en la nueva Ley de Arbitraje como en la de 5 de diciembre de 1988 se ha dotado de amplio margen a la autonomía de la voluntad para fijar el plazo dentro del cual debe dictarse el laudo por los árbitros. La previsión contemplada en el artículo 30 de la Ley de 1988 y en el artículo 37.2 de la actual es «Si las partes no hubieren dispuesto otra cosa ...»

Los árbitros, al aceptar el encargo deferido, contraen la obligación de cumplirlo en el plazo prescrito por las partes o en su defecto en el de seis meses. La abundante jurisprudencia sobre la nulidad del laudo por emitirse fuera de plazo y las consecuencias que tal irregularidad comporta, justifican, a nuestro juicio, que el tema pueda ser útil a quién sienta interés por la institución. Por supuesto para los Notarios, Registradores y Jueces ante quienes se les presente un laudo extemporáneo con pretensión de protocolizarlo, inscribirlo o ejecutarlo.

Al predicarse la nulidad del laudo dictado fuera de plazo, surge para el Notario la cuestión de si puede prestar su ministerio en vista de la prohibición del artículo 145 del Reglamento notarial, con arreglo al cual deberá negar su ministerio «cuando, a su juicio, todos o alguno de los otorgantes carezcan de la capacidad legal necesaria para el otorgamiento que pretendan ..., y cuando el acto o contrato en todo o en parte sea contrario a las leyes ... o se prescinda por los interesados de los requisitos necesarios para la plena validez de los mismos».

En ocasiones el Notario carecerá de elementos suficientes para determinar si el laudo se ha emitido dentro de plazo, y ello porque del mismo no resulte la fecha de su aceptación ni el plazo dispuesto por las partes. Por supuesto que no entra en sus atribuciones el solicitar al árbitro que le suministre los elementos documentales de los que dimana el dato de la oportunidad o extemporaneidad del laudo.

La interrogante se le presenta al Notario en el supuesto de que el mismo laudo patentice que se halla fuera de plazo.

Esta cuestión nos ha llevado a inquirir sobre la naturaleza y trascendencia de la irregularidad del laudo extemporáneo, tema poco tratado, pero fecundo en sugerentes y nuevas interrogantes.

b) *El tratamiento del laudo extemporáneo bajo el prisma de la nulidad*

Tradicionalmente se ha considerado que el laudo dictado fuera de plazo adolece del vicio de nulidad. En este sentido el antiguo art. 1733.2.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881. El artículo 45.3 de la Ley de Arbitraje de 5 de diciembre de 1988 ofrecía el cauce de la anulación del laudo que adoleciera de tal irregularidad. Y el mismo tratamiento debe entenderse que se ofrece en la nueva Ley de Arbitraje, pues, si bien en el artículo 41 no se recoge explícitamente como causa de nulidad el haberse dictado fuera de plazo, lo cierto es que debe entenderse que se halla incluido en el apartado d) en el motivo previsto de que «el procedimiento arbitral ... no se han a esta Ley». Ciertamente si el laudo se dicta fuera del plazo establecido habrá que entender que ello implica que el procedimiento no se ha ajustado a esta ley.

En el arbitraje el plazo para laudar no es un mero requisito de forma. Tiene un relieve y trascendencia esencial, muy diferente de lo que ocurre con el plazo para dictar sentencia por los órganos jurisdiccionales. En el arbitraje, la sustitución de la actividad jurisdiccional del Estado por la privada de los terceros a los que se sometieron las partes tiene una limitación temporal, por lo que los árbitros pierden su potestad transcurrido el término por el que se les nombró y consiguientemente su actuación resultará ilegítima y el laudo, en realidad, no será tal. Como el plazo fija los límites de las facultades del árbitro, la emisión tardía del laudo lo vicia de nulidad por haber cesado la «jurisdicción» de aquél.

La jurisprudencia ha confirmado constantemente estos criterios considerando el laudo extemporáneo sin ningún efecto, así como que la jurisdicción arbitral finaliza con la expiración del plazo para dictar el laudo⁶³.

A nuestro juicio, y sobre estas ideas primarias debe profundizarse en el análisis de la naturaleza y efectos de la irregularidad del laudo dictado fuera de plazo, pues el vicio entraña algo más que nulidad. Nosotros sostenemos que nos hallamos ante un supuesto de inexistencia de laudo y en su demostración ofrecemos

⁶³ TS en 28-V-1940, 3-VI-1962, 7-X-1966, 24-VI-1970, 23-IX-1974, 2-IX-1975, 27-IX-1975, 1-VI-1976, 27-II-1978, 9-X-1978, 15-VI-1979, 20-V-1982, 2-II-1983, 2-II-1984, 1-II-1984, 9-II-1984, 24-IX-1984, 6-XII-1984, 31-X-1986, 23-V-1987, 6-X-1987, 6-XI-1987, 11-XII-1987, 17-X-1988, 31-III y 10-V-1989, etc. Por todas puede citarse la Sentencia de 10 de abril de 1991 al afirmar que el plazo fijado para emitir el laudo arbitral, debe ser respetado de modo inexorable, porque es el lapso de tiempo durante el cual las partes voluntariamente renuncian al ejercicio jurisdiccional de sus diferencias, y dotan de facultades decisorias al árbitro, pasado el cual cesa la potestad de los mismos, por haberse rebasado el límite, y vicia de nulidad cualquier actividad arbitral extemporánea.

los razonamientos que siguen enfocados desde la doble visión procesalista y civilista, doctrinas que con frecuencia tratan de explicar los fenómenos del arbitraje.

Una aproximación al problema con óptica procesalista sugiere contemplar el vicio de la extemporaneidad del laudo con el de la sentencia, y de inmediato se nos revela su radical diferencia. Cuando la sentencia se dicta fuera de plazo, su autor sigue siendo un Juez que podría incidir en una irregularidad disciplinaria, pero cuyo vicio es de él, no de la sentencia que carece de toda falta. La eventual corrección que se imponga al Juez en nada afecta a su resolución. Sin embargo, el laudo dictado fuera de plazo es un laudo emitido por quién ya no es árbitro, y su equivalente en lo jurisdiccional es el de la sentencia dictada por quién ya no es Juez, en modo alguno es el equivalente a la sentencia fuera de plazo, porque, como ya hemos dicho, en ésta el Juez sigue siendo Juez aún vencido el plazo para dictar sentencia. Respecto a las consecuencias, cuando la resolución se dicta por quién carece de jurisdicción, debe ser considerada como inexistente, sin valor alguno, impotente de subsanación por transcurso de plazos, y la persona a quien afecte puede desconocerla en todo momento, tanto por vía de excepción como activamente; y cuanto se acaba de exponer es perfectamente predicable del laudo dictado por quién ya no es árbitro por haber fenecido el plazo por durante el cual fue instituido.

Si luego viéramos el problema bajo el prisma de las doctrinas privatistas, la figura del árbitro sería como la de un mandatario o encargado de realizar gestiones determinadas por encargo y en interés de quienes lo designaron. Y aunque no sean exactas estas calificaciones, sí que nos parece adecuado pensar que cuando un tercero actúa atribuyéndose una legitimidad que ya no existe y en sus actos dispositivos incide en la esfera patrimonial de terceros, ostenta, como dice RIVERO, una especie de legitimación indirecta limitada en el tiempo, por lo que transcurrido éste, aquellos terceros siempre podrán invocar la doctrina que emana del artículo 1259 del Código civil y considerar inexistentes los actos y negocios jurídicos realizados en tales circunstancias.

Así pues, con un razonamiento u otro, el laudo dictado fuera de plazo es jurídicamente inexistente, y del mismo debe predicarse cuanto la doctrina y jurisprudencia ha elaborado en torno al negocio jurídico que adolece de esta ineficacia. Y al ser el defecto imprescriptible y no subsanable, no ganará firmeza al transcurrir el plazo que concede el artículo 41.4 de la Ley de Arbitraje, para recurrir, puesto que, frente al laudo inexistente, caben otros cauces procesales, a pesar de que la tesis pueda parecer herética.

Nuestra postura de la inexistencia del laudo dictado fuera de plazo encuentra perfecto encaje con el criterio de la nueva Ley que, tras la expiración del plazo sin que se haya dictado el laudo decreta la terminación de las actuaciones arbitrales y el cese de los árbitros (art. 37.2, último párrafo). Ello implica que, vencido el plazo, ni hay procedimiento arbitral ni hay árbitros. Quien fue árbitro ya no lo es, y en modo alguno puede proceder a la reapertura del procedimiento ni

arrogarse un carácter del que carece. En estas condiciones el documento que pueda elaborar y suscribir el sedicente árbitro no es laudo; no es un laudo viciado de nulidad, es que no es laudo. Y tan así lo considera la nueva Ley de Arbitraje, que no tipifica expresamente la extemporaneidad del laudo con un motivo de nulidad. Su inexistencia por lo tanto podrá ser apreciada o declarada por los cauces generales que en Derecho tiene aquella anomalía jurídica. Mas este tratamiento no impide que ante un laudo inexistente no se pueda también y además, utilizar el cauce que brinda la Ley en el artículo 41 y siguientes. En tal caso, al amparo del artículo 41.1.d): que «el procedimiento arbitral no se ha ajustado “al acuerdo entre las partes” respecto al plazo fijado por ellos, o en su defecto por no haberse ajustado a la Ley de Arbitraje».

Comparte plenamente nuestra opinión el profesor Ormazábal⁶⁴ quién afirma que «No pueden conferirse los efectos del laudo a una decisión que objetivamente ha sido dictada por personas cuya facultad jurisdiccional ha quedado extinguida.»

En definitiva, el laudo extemporáneo no se convalida ni gana firmeza por el hecho de que no sea impugnado tras su notificación, y ello por las siguientes razones, además de las expuestas:

En primer término, porque el cauce de la nulidad del artículo 41 de la Ley de Arbitraje es una mera facultad que concede esta Ley, pero no una carga ni obligación para las partes. Estas, como antes se ha dicho, siempre podrían desconocer el laudo tachado de inexistente, e impugnarlo, por acción o por excepción, en el juicio declarativo que consideraran oportuno en cualquier momento, pues precisamente se ha llegado a tildar de imprescriptible tal acción. Además, cabrá oponer inexistencia frente a la ejecución. En el mismo sentido, ORMAZÁBAL⁶⁵. El no uso de una defensa procesal nunca podría ser interpretada como renuncia al Derecho mismo.

Si bien hemos de admitir que las partes, tras un laudo extemporáneo, pueden acatarlo en el ejercicio del principio de la autonomía de la voluntad, lo cierto es que para tal convalidación se ha de exigir un nuevo consentimiento emitido en términos expresos; de ninguna manera deducirse por una presunción arbitraria, y tampoco por no ejercitar uno de los remedios procesales que el ordenamiento le atribuye.

No debe escandalizar la afirmación que hacemos de que el laudo dictado fuera de plazo puede ser impugnado por otros cauces además del recurso de nulidad; y ello no sólo en atención a la argumentación antes expuesta, sino porque la inexistencia de un laudo o de una resolución judicial puede dimanar de otras causas. Si bien hasta el presente hemos contemplado el vicio de la inexistencia del laudo

⁶⁴ ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, G. en *La ejecución de los laudos arbitrales*, Ed. Bosch, 1996, págs. 163 y ss.

⁶⁵ Op. cit. pág. 163.

con referencia a la irregularidad motivada por su extemporaneidad, lo cierto es que aquel vicio puede tener otros orígenes, de los que citaremos aquellos laudos que contraríen al orden público o se refieran a materias inarbitrales, lo mismo que los provenientes de falsos arbitrajes. Puesto que ¿cómo va a quedar firme, por no recurrir en el plazo legal, el laudo que resuelve sobre la filiación o admite una sociedad anónima con menos capital que el prescrito en la Ley?

Ahora bien, y para terminar, tras este largo inciso sobre el laudo extemporáneo, volvemos a la pregunta inicial sobre si el Notario puede protocolizar aquellos laudos irregulares o bien se lo impide el tenor del artículo 145 del Reglamento Notarial.

Nosotros entendemos que el Notario puede y debe protocolizar el laudo aunque adolezca de tal defecto y ello porque el rigor del artículo 145 antes indicado parece referirse más a la escritura que a un acta de protocolización. Al respecto puso de relieve Núñez Lagos que en las escrituras públicas, redactando el contrato, el Notario desempeña una función interna, endógena y coetánea del mismo, en tanto que en la mera protocolización, el Notario, tiene una postura externa, posterior y superpuesta al documento que protocoliza; su actividad y la fe pública se concretan en el texto del acta, que como tal acta se circunscribe a la esfera de los «hechos». Por ello el control de la legalidad en el acta se refiere casi exclusivamente a la propia actividad del Notario, no al fondo del asunto contenido en el documento que protocoliza, a no ser en supuestos en que fuera contrario a la Ley penal, orden público o buenas costumbres.

Ahora bien, ante la protocolización de un laudo extemporáneo, el Notario debe realizar al árbitro las oportunas advertencias y además el instrumento notarial reflejará con toda claridad la anomalía que aquí hemos analizado.

H. *El incumplimiento de la protocolización notarial del laudo*

Si bien la protocolización notarial del laudo en principio no es obligatoria, sin embargo puede llegar a ser necesaria, bien por petición de cualquiera de las partes, bien porque así lo establezca el reglamento o un acuerdo expreso de la institución arbitral a la que se sometieron los litigantes en el convenio arbitral. En tales supuestos, el árbitro deberá llenar la forma notarial. La cuestión surgirá en el supuesto de que éste no dé cumplimiento a tal requisito de forma, incumplimiento que abre la interrogante sobre el alcance de tal omisión, respecto de la cual se vislumbran como posibles dos soluciones:

1. Aplicar la doctrina elaborada bajo el imperio de la Ley de 1988, y, consecuentemente, entender que la protocolización notarial del laudo constituye un requisito de forma *ad solemnitatem*. Doctrina que no aceptamos puesto que la nulidad bajo la Ley de 1988 provenía de la infracción de una norma de Derecho positivo imperativa, en tanto que con la nueva Ley el incumplimiento de la proto-

colización del laudo tan sólo atenta a una disposición negocial de las partes de la institución arbitral.

2. Consideramos pues que con la reforma de la nueva Ley de Arbitraje aquella doctrina rigurosa debe considerarse periclitada. La exigencia por las partes o por la institución arbitral de la protocolización notarial debe situarse en sede de eficacia y prueba, no en el campo de las formas. De seguirse este criterio, las consecuencias de la no protocolización del laudo habrá que buscarlas partiendo del incumplimiento por parte del árbitro de uno de sus deberes.

Incumplimiento que sitúa a las partes y a la institución arbitral en una situación jurídica débil por cuanto carecerán de resortes coercitivos para lograr aquella protocolización notarial del laudo, ya que se trata de una obligación de hacer o actividad personalísima del árbitro puesto que es él quién debe comparecer ante el Notario para asumir la autoría del laudo y entregar al fedatario su texto original; actividad ésta insustituible por un tercero en ejecución de una impensable sentencia judicial que condenara al árbitro al cumplimiento de aquel deber de protocolizar su laudo. De donde se deriva, como única exigencia viable, la de reclamar frente al árbitro la indemnización de los daños y perjuicios que se puedan irrogar a causa de su incumplimiento.

I. *La notificación del laudo*

La Ley de 1988 no señalaba plazo para la notificación del laudo. En cuanto a la forma, ésta debía ser «fehaciente», sin exigir que lo fuera con intervención de Notario (art. 33.2).

La nueva Ley se preocupa de la forma y del plazo en que los árbitros notificarán el laudo a las partes (art. 37.7). De esta materia interesa destacar que el plazo para notificar, cuando no exista disposición de las partes o de la institución arbitral es el mismo que tiene el árbitro para decidir la discordia (art. 37.7 en relación con el art. 37.2). Por ello, si el laudo lo dicta el último día, dentro del mismo deberá practicar la notificación. Si no lo hace así, el laudo se presumirá dictado fuera de plazo puesto que, aún suscrito dentro del mismo, al ser un mero documento privado, su fecha carecerá de eficacia frente al exterior (art. 1227 del Código civil).

Cuando el laudo se protocoliza notarialmente, el problema se le presentará al Fedatario si el árbitro le entrega el laudo agotando el plazo. Ahora bien, las consecuencias de la notificación notarial transcurrido el plazo son distintas a las que hemos señalado en el párrafo anterior para la notificación tardía efectuada por el árbitro; y ello por la razón de que habrá una constancia fehaciente de la fecha del laudo al ser entregado éste al Notario para su protocolización dentro del plazo que el árbitro tenía para laudar.

Consideraciones todas éstas que invitan a recomendar, tanto a las partes interesadas como a las instituciones arbitrales, que hagan uso de la forma dispo-

sitiva del artículo 37.7 y establezcan un plazo para notificar el laudo que sobrepase el plazo para dictarlo en un tiempo adecuado y suficiente para evitar las situaciones enojosas antes aludidas.

IX. CONCLUSIONES

1. Se puede hablar de un triple interés del notariado en la institución arbitral: en el protagonismo de sus miembros como árbitros; en la participación de sus órganos corporativos en el arbitraje institucional; y en la función de los Notarios como profesionales para la configuración de los convenios de sumisión arbitral, así como en la protocolización del laudo.

2. La posibilidad de que el Notario pueda ser designado como árbitro no constituye una reivindicación corporativa, pero resultó incomprensible su exclusión en la Ley de 1988, puesto que tal actividad es congruente con las características del Notario en cuanto a su independencia, imparcialidad y «auctoritas».

3. Es de recomendar la intervención de los Colegios Notariales en el arbitraje institucional, no aisladamente sino asociándose con Colegios de Abogados y Cámaras de Comercio.

4. El Notario como profesional del Derecho interviene en la redacción y documentación de los convenios y cláusulas estatutarias de sumisión arbitral, cuya virtualidad se extenderá a los terceros que los hayan consentido o sean sucesores de la relación jurídica principal. En aquella misión cuidará el Notario que las cuestiones objeto del convenio arbitral sean concretas y de libre disposición, característica ésta que no queda excluida por la normativa imperativa ni por el orden público.

5. El Notario en la redacción de la cláusula arbitral integrará la relación jurídica cuidando, para el caso concreto, especialmente la clase de arbitraje, el número de árbitros y su forma de designación.

6. En la cláusula estatutaria de sumisión arbitral conviene prevenir la posibilidad de que los árbitros no sólo puedan nombrar liquidadores de las sociedades sino que incluso ellos mismos puedan practicar la liquidación.

7. La protocolización notarial del laudo confiere a éste certeza de su fecha, de su contenido y de su autoría, además de dotarle del carácter de documento público. Sin estas características el laudo no será inscribible en los Registros de la Propiedad o Mercantiles, ni constituirá un título de ejecución.

8. En la protocolización del laudo el Notario, sin referencia al fondo del asunto, ejercerá su función asesora y advertirá a los árbitros de aquellos defectos u omisiones que puedan afectar a su eficacia, brindando su subsanación en el mismo instrumento notarial de protocolización.

CONTESTACIÓ
de l'acadèmic de número
SR. JOSÉ JUAN PINTÓ RUIZ

Excmo. Sr. Presidente,
Ilmos. Sres. Académicos,
Autoridades, amigos,
Señoras y señores

I. EXHORDIO

Ante todo, mi agradecimiento al Sr. Presidente de la Academia y a la misma Academia, por haberme designado para contestar este discurso, agradecimiento no sólo por el honor que ello comporta para mí, sino muy singularmente por el gozo agudísimo que me produce contestarlo, dada la admiración que siento por el *Notario* escrupuloso, preciso y extraordinario perceptor de lo más íntimo de las voluntades que se manifiestan y prudente emisor de consejo concreto, dado el respeto siempre sentido por el *Juez* que fue, justo, penetrante profundo de las auténticas realidades de los más diversos aconteceres, situaciones y calificador finísimo de las conductas de los litigantes y dada la «*autoritas*» misma del *jurista* ilustre y eximio por su saber, que emerge del contenido de sus publicaciones, conferencias y demás actuaciones. Agradecimiento en fin, porque la benevolencia del Presidente y de los Sres. Académicos, me ha permitido intervenir axialmente por dos veces en el acceso académico a un sillón, que ha sido ocupado sucesiva y gloriosamente nada menos que por Don Ramón M.^a Roca Sastre, por Don Luis Roca-Sastre Muncunill, y ahora, felizmente, por mi *amigo* entrañable a quien tanto debo y aprecio, Don Elías Campo Villegas.

II. EL ACADÉMICO

Superando el emocionado sentimiento de gratitud que me embarga, y siguiendo la tradición de esta Academia, he de hacer una breve, indicativa, semblanza del académico, que hoy nos honra con su ingreso.

Llega a este nuestro mundo contingente el 15 de septiembre de 1927, y en junio de 1949 ya alcanza la licenciatura en Derecho por la Universidad de Zaragoza. Sus conocimientos, su talento y su rapidez (que jamás cercenó su claridad y profundidad) le llevan tempranamente a ocupar justamente la plaza de Secretario Judicial de Tafalla en Julio de 1950.

En tanto que meticulosa y responsablemente realiza sus funciones, prepara su oposición a Judicatura y presto, ya en 1952 toma posesión de su cargo de Juez de 1.ª instancia e Instrucción de Albocacer y sucesivamente de Lucena de Cid, y Tortosa, donde, al igual que en sus anteriores ejercicios jurisdiccionales, provoca señalados sentimientos de admiración y respeto, por su finísima percepción de las realidades que enjuicia, su suma prudencia, y el vigoroso impulso de su sentimiento jurídico tributario de su indeclinable deseo de alcanzar «lo justo» más allá de lo meramente lógico y racional, para ascender a la exquisitez de lo razonable, de tal manera que bajo el amparo del manto de la legalidad y con pleno respeto al principio de seguridad jurídica en su oportuna flexibilidad, alcanzará a destilar en su comportamiento aquel Derecho del que CELSO¹ dijera que es «*ars boni et aequi*».

La augusta función de determinación (o aplicación) judicial del Derecho, generando sendas normas particulares o sentencias, que tan exquisitamente desempeñara, no le impide profundizar aún más en el estudio del Derecho a la luz de la doctrina, de la jurisprudencia, y de la vida misma que palpa y ausculta con atención al juzgar.

Y, con tal acerbo, después de pacificar dirimiendo con potestad y autoridad los conflictos e imponiendo legítimas soluciones e iluminadas por la primacía de

¹ D.I.I,1 («*de iustitia et iure*») — «*Iure operatur daturum prius nosse oportet, unde nomen iuris descendat. Est autem a iustitia appellatum; nam, ut eleganter Celsus definit, ius est ars boni et aequi.*»

Este texto es de ULPIANO que lo atribuyó a CELSO al decir «*ut eleganter Celsus definit*». Y tiene además de su proclamada elegancia, gran trascendencia al mostrar a la equidad como integrada en el mismo Derecho, es decir inseparable de él como imprescindible. Al calificar el Derecho (claro está en su proyección aplicativa, práctica) de «arte» patentiza la grandeza de la operación llamada aplicación o determinación del Derecho, suscitando poderosa resonancias en el pensar actual de diversas escuelas jurídicas, y percibiendo que la operatividad del derecho no trasciende sólo en un acto *lógico*, exclusivamente racional, sino «*justo*» y como tal «razonable» y equitativo; y el alcance de estas virtudes no se consigue sólo con operaciones silogísticas ni con la mera subsunción del supuesto enjuiciable en el contenido literal de la norma, sino que el aplicador (bien sea el juzgador -Sentencia- bien sea el Notario, o el abogado formando jurisprudencia cautelar) impulsado por un sentimiento jurídico (CASTÁN, *Teoría de la aplicación e investigación del Derecho*. Madrid 1947, pág. 197) que le hace vislumbrar lo justo concreto en cada caso (todos son diferentes) *verifica* intelectualmente su acierto, en medio de una complejidad tal, que requiere prudencia, habilidad, técnica, conocimientos y una especial sensibilidad jurídica: esto es, arte. Este arte conduce a extraer de la *institución* en liza (configurada por el derecho positivo e integrada en el ordenamiento jurídico) todo el jugo destilado por su contenido y perfumado por la finalidad perseguida (ROCA-SASTRE. Vide la noción de él por el llamado «derecho institucional» en el prólogo, por él escrito al Libro de PUIG BRUTAU. *Estudios de Derecho comparado, la doctrina de los actos propios*. Barcelona 1951; Vide también ROCA-SASTRE MUNCUNILL Ramón M.ª *Roca Sastre: jurista en su vida y en su obra*. Madrid 1998. Vide, naturalmente, CC 3.2).

los primeros principios que, impresos en su conciencia, siempre respetara, con este acerbo, pasa del anterior tratamiento judicial de situaciones que mostraran la concreta y específica (para cada caso) crisis del Derecho, a la edificación *constructiva*, activando y concretando el principio de autonomía de la voluntad, y provocando así los siempre útiles efectos de los negocios jurídicos que el académico *asesorando, redactando, autorizando y dando fe de su constitución* emergen en el torrente de mutaciones que alcanzando la oportuna forma, son así generadas por las bien conducidas manifestaciones de voluntad.

Cuando la ceguera del tiempo, impone el reglamentario cese por el indetenable alcance de la edad de jubilación, seducido desde siempre su espíritu por la normación positiva de la vida mismo, es decir, por el Derecho en su aplicación cautelar judicial y por la misma Ciencia jurídica, no puede desconectarse y se colegia activamente en la Corporación de Barcelona desde 1989, sin abandonar, por supuesto, su añeja colegiación como no ejerciente en el Colegio de Tortosa desde 1950. En el mismo año 1989 se incorpora al Tribunal Arbitral de Barcelona incidiendo en sus actuaciones con las virtudes nutrientes de su acrisolada honestidad, sus conocimientos y su dilatada experiencia, y desde 1999 es director del servicio jurídico del Colegio Notarial de Barcelona, dignificando así el cargo con su exquisita actuación.

Su natural generosidad no había de dejar encerrada su Ciencia y experiencia en el arcano de la paz de su espíritu sino derramarla, precisa, sabia y pedagógicamente. Su obra científica es copiosísima en diversos temas del Derecho de Familia, Derechos reales, Derecho Mercantil, Derecho Notarial, Derecho de Obligaciones y Derecho Hipotecario, en abundancia tal, que impide la merecida glosa pormenorizada, aunque sí queda constancia de su obra en lo consiguiente nota de pie de página².

² II.— BIBLIOGRAFIA GENERAL

—«Las modernas técnicas jurídicas en materia de garantías y la práctica notarial. Leasing, trust, hipoteca mobiliaria, reserva de dominio.» Ponencia en el XXI Congreso Internacional de Notariado Latino, Berlín, 1995. Premio ANDRE DUCRET de la Unión Internacional del Notariado Latino, 294 págs, editada por el Consejo General del Notariado.

—«Las decisiones del Notario en la admisión e impulso de la ejecución extrajudicial de hipotecas: principios rectores del procedimiento» en Anales de la Academia Matritense del Notariado T. XXXV (Conferencia del 14 de Marzo de 1996).

—«Los gastos del protesto» en Revista de Derecho Privado, Diciembre de 1967.

—«En torno a la transformación del régimen ganancial en el de separación de bienes», en Revista Jurídica de Catalunya, Abril-Junio de 1977.

—«La reforma del protesto» en Revista de Derecho Notarial, n.º 59, Enero-Marzo de 1968.

—«Protesto de letras en lengua extranjera», en La Notaría, Julio de 1977.

—«Protesto de letras de cambio en moneda extranjera» en La Notaría, Octubre de 1977.

—«Prólogo y anotaciones a “la Reforma de la Fe Pública”» de Joaquín Costa, Guara Editorial, 1984.

—«Aspectos notariales de la negociación de acciones» en La Notaría, Enero de 1988.

—«El retracto urbano en transmisiones societarias» en La Notaría, Mayo de 1990.

Pero es que además, junto a esta difusión de ciencia jurídica diversa a que hemos aludido, merece especial consignación, la abundante producción científica relacionada con el arbitraje, que por su enjundia, acierto y especialización, explican el interés y altura del discurso que hemos escuchado. Este sector, así especialmente tratado, es asimismo objeto de copiosísimas monografías por el académico, cuya reseña, también por las mismas razones de espacio y tiempo se consigna en nota de pie de página³ no sin mencionar la alta categoría científica de la que están dotadas.

Cuando uno recuerda fragmentos de resoluciones judiciales o de monografías y tratados en los que se alude tan elogiosamente al Notario no puede menos que asociar tales ideas a quien ahora ingresa en esta academia. Cuando una Sentencia del Tribunal de Apelaciones de la Mitra de Andorra (S. De 15 de enero de 1962 Juez Sr. OBIOLS) decía que: —«*el Notario moderno es el heredero más directo del jurista romano*» y cuando la Sentencia del TS de 29 de diciembre de 1927 llama al Notario «*profesor de Jurisprudencia de las clases humildes*», piensa uno en aquel Notario que tenía un profundo conocimiento del Derecho, sedimen-

—«La ejecución parcial en el procedimiento extrajudicial de hipotecas», en *La Notaría*, Septiembre de 1992.

—«El tema arancelario en el procedimiento extrajudicial de ejecución hipotecaria» en *La Notaría*, Septiembre de 1992.

—«Consideraciones en torno a la refinanciación hipotecaria» en *La Notaría*, n.º 12, Diciembre de 1993.

—«Consideraciones en torno a la refinanciación hipotecaria» en la *Ley*, n.º 3470, 4 de Marzo de 1994.

—«En torno a la ley catalana de garantías posesorias sobre cosa mueble» en *La Notaría*, Julio de 1996.

—«Inscripción y cancelación de arrendamientos urbanos (R.D. 297/1996)» en *Revista Jurídica Sepin* n.º 159, Mayo de 1996.

—«Inscripción de arrendamientos urbanos (Real Decreto 297/1996, de 23 de Febrero)» en *Món Jurídic* n.º 126, Marzo-Abril de 1996.

—«El control Notarial de la legalidad en el procedimiento de ejecución hipotecaria extrajudicial» en *La Notaría*, Abril de 1996.

—«En torno a la aptitud de una escritura inglesa para fundar en España una tercera de mejor derecho al amparo del artículo 924-3.ª A del Código Civil», en *La Notaría*, Noviembre-Diciembre de 1996.

—«El tanteo y retracto estatutario en la Propiedad Horizontal» en *Revista Jurídica SEPIN*, n.º 176, Diciembre 1997, y en *La Notaría*, Septiembre de 1997.

—«Aspectos Notariales de la Ley de enjuiciamiento civil.» Conferencia del 22 de febrero de 2001, en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*. T. XLI.

—«Consideraciones sobre la realización extrajudicial de los bienes hipotecados, después de la Ley 1/2000», en *Revista Jurídica de Catalunya*, número 4 de 2001.

—«El valor constitutivo de la escritura notarial para la hipoteca y su valor ejecutivo en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil.» En prensa. En «Reglamento Hipotecario y Estudios Jurídicos entorno a la inscripción...» *La Ley*, 2001.

³ I.— BIBLIOGRAFÍA ARBITRAL

—«Problemas de forma en el convenio y en el laudo arbitral. Su inscripción en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*», Tomo XXXII (conferencia del 7 de Noviembre de 1991).

—«Sobre designación de árbitros y caducidad del convenio arbitral» en *Revista Jurídica de Catalunya*, Febrero, 1990.

tando, y ordenando, y un instinto práctico de aplicación, utilísimo, simplificador, eficaz, contundente y conducente a la plena satisfacción de la finalidad perseguida por las conjuntas (o unilaterales en su caso) manifestaciones de voluntad, Y cuando uno recuerda al académico en su paciente asesoramiento conduciendo a sus clientes hacia el sentido del negocio jurídico a celebrar, escuchándoles para saber lo que querían, concibiendo la formula jurídica recomendable ordenada a aquel fin, y explicándola sosegadamente, pausadamente, con palabras llanas y sencillas (que tanta ciencia requieren para ser realmente así) comprende la grandeza de una función, realizada en el sencillo, recoleto e íntimo clima de una comunicación fluida y llena de *afecto*, realizada uno y otro día.

Y el académico fue quien, también en su función jurisdiccional, tanto y tanto supo leer en las profundidades del alma humana a través *sólo* de los elementos probatorios y alegaciones realizando tal labor, en la augusta soledad de su serena y sacramento independiente reflexión; y así mismo fue quien se solazaba después como Notario al recibir en un clima de constructiva sinceridad, las manifestaciones veraces, expresivas de sentimientos, voliciones y narraciones ilustrativas. Del atento escuchar, percibir, calificar, conversar, explicar y comprobar surgía una corriente constructiva que vertía el contenido del alma misma del otorgante al documento público que él autorizaba. Al revés de antaño cuando el mismo académico, antes Juez, a través de los documentos y las actuaciones había de penetrar en el alma de los litigantes que emitían, al alegar, versiones encontradas.

-
- «El arbitraje en las sociedades mercantiles» Revista Jurídica de Catalunya, 1998-2.
 - «Arbitraje y Registro» en Libro Homenaje a Jesús López Medel, Vol. II. 1999. Centro de Estudios Registrales.
 - «A l'entorn de l'eficàcia del conveni arbitral» en Món Jurídic, n.º 68, Julio-Agosto, 1989.
 - «En torno a ciertas modalidades del arbitraje» en Butlletí n.º 2 de 1991 del Tribunal Arbitral de Barcelona.
 - «La forma del convenio arbitral» en Butlletí n.º 4 de 1992 del Tribunal Arbitral de Barcelona.
 - «La atención del árbitro frente a la irregularidad formal del laudo» en Butlletí n.º 5 del Tribunal Arbitral de Barcelona, 1994.
 - «La función Notarial en el Arbitraje» en Butlletí n.º 7 del Tribunal Arbitral de Barcelona, 1995.
 - «La calificación registral del laudo» en Butlletí, n.º 9 del Tribunal Arbitral de Barcelona.
 - «El arbitraje societario en la nueva doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado y en la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo», en La Notaría, 1998-6 y en el Butlletí del T.A.B. n.º 10.
 - «El arbitraje ante el Registro» en La Notaría 1999-5.
 - «Convenio arbitral y rigidez formalista» en Revista Jurídica de Catalunya, 2000-1.
 - «Sentencia de 1 de junio de 1999, n.º 490/1999, acerca del arbitraje, convenio y forma» en Revista Jurídica del Notariado n.º 33 (Enero-Marzo de 2000).
 - «La intervención del Notario en la apertura y cierre del arbitraje.» En prensa.
 - «Sobre la prórroga del plazo para dictar el laudo arbitral. (Comentario a la Sentencia de la Sección 14 de la Audiencia Provincial de Barcelona de 23 de julio de 2002)» en Anuario Justicia Alternativa. Derecho Arbitral, n.º 4 de 2003.

Esta percepción, diría yo, casi táctil de la vida misma, que mediante la conducción de flujos dotados de sentidos diversos alcanzaba nuestro académico, genera vigorosas resonancias con aquello que SOTO NIETO, en esta misma Academia⁴, ponía en boca de DíEZ PICAZO: —«*El interprete debe adaptar incesantemente el ordenamiento jurídico que está él mismo en incesante renovación, pues dentro de él, cada nueva disposición irradia una fuerza nueva sobre las anteriores (y viceversa diría yo) y en definitiva sobre el entero conjunto. La norma general —dijo poco después— permanece invariable, pero en su aplicación a la vida se torna maleable y cambiante conforme a la evolución y circunstancias de aquella. La significación concreta de cada caso, dentro del contexto social va dotando al precepto en liza de un sentido variante que es el signo más acusado de su permanente vitalidad.*»

Lo augusto de esta función, ora sencilla, ora compleja y enjundiosa, siempre humana y como tal llena de virtud⁵ se potencia y adquiere matices e irisaciones profundísimas en nuestro académico. Y así, puede leer la Ley de arbitraje, penetrar más allá, mucho más allá de la «*mens legislatoris*» y advertir lo que, al determinarse cautelarmente el Derecho, «*in concreto*» significa. Porque fue gran juez, fue asimismo gran Notario. Porque penetró, oyendo con paciencia el sincero decir del otorgante, expresión de su sentir y querer, y porque también supo conocer o aproximarse al máximo a la verdad, del querer y sentir del litigante a través de las actuaciones, porque una y otra vez, pudo tomar fundadas calificaciones y decisiones, porque el académico sabe sorber el íntimo jugo de la ley —su espíritu— para alcanzar la generación instrumental fiel a lo lícitamente querido o convenido, o el pronunciamiento consecuente, desenvuelve —ha desenvuelto— un áureo discurso, que por respeto al uso, y obediencia al encargo recibido, oso comentar:

⁴ SOTO NIETO, *El cambio social y el Derecho*, separata. Discurso de ingreso en la Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya. 1946, pág. 46.

⁵ La emisión de jurisprudencia sea judicial, sea cautelar (Notario, abogado) se complementan entre sí. Aunque no es quizá percibida en su grandeza, la operación de sentir que un consentimiento está turbado por un vicio de la voluntad sin disponer de un singular aparato de especiales rayos X que lo defina, ibduciendo su existencia sólo por medios indirectos o a veces indiciarios (piénsese en la simulación distinguiendo la absoluta de la relativa) es realmente digna de admiración. Por esto, cuando el otorgante, él mismo vacía su espíritu diciendo lo que quiere, pretende, y desea el que oye, si estuvo dotado del portentoso entrenamiento propio de la función jurisdiccional, recibe muchísimas mismas palabras. Las supera, y entiende lo que quiere ahora y lo que querría, en función de acontecimientos futuros a la sazón no existentes. Y encima el que oye —en un clima de sinceridad y confianza— puede pedir puntualizaciones y consultar al otorgante, que, agradecido, aún precisa más. Esta conjunción de Juez-Notario, genera un todo, ciertamente virtuoso.

III. EL DISCURSO

1. *En general*

Estructuralmente es de ponderar el rigor sistemático, y el consecuente orden de exposición, que informa el discurso. Así puede concluirse que, precisamente por esta metódica sistemática y la seria profundidad de su contenido, el discurso es propiamente Ciencia del Derecho en el sentido que expresaba Ulpiano «*iusti atque injusti scientia*» mucho más allá de la simple «*divanuraum atque humanrarum rerum notitia*»⁶.

Como quiera que el arbitraje, en el fondo, —permítase la licencia— está teñido por cierta incidencia del principio de autonomía de la voluntad es natural que el Notario, en realidad inmerso en aquel principio, merezca una especial consideración desde el principio —ya en la *Introducción* el apartado A se titula: «*Conflictos, Notariado y Arbitraje*»— analizando después la posibilidad de que el Notario pueda actuar como árbitro y su conveniente hacer como tal, su intervención en la administración del arbitraje, su incidencia en el momento constitutivo (La misión del Notario ante el convenio arbitral) y finalmente, la intervención notarial en el propio laudo, visionando en fin, su función tanto en la puerta que abre el arbitraje (convenio) como en el momento final (protocolización del laudo)».

Y esta lógica consideración es necesaria, no sólo por razón del prestigio del Notariado sino por la natural vocación del Notario, a realizar una edificante función asesora, tanto al abrir la puerta, como hasta el final, al protocolizar, función asesora la dicha plegada, adaptada y determinada al caso mismo concreto. Y esto, el autor de discurso, fiel a su experiencia y vocación, así lo siente y percibe.

2. *Los grandes temas considerados*

a. *La justicia alternativa*

El discurso en sus inicios considera, menciona y pondera lucidamente diversos juicios doctrinales, sin excluir una decisión del Tribunal Europeo de los derechos humanos que permiten hacer explicable la búsqueda de otros medios de evitación o solución de conflictos de intereses amparados por sendos derechos subjetivos. Claro que puede percibirse una cierta contestación al proceso ordinario y a la misma administración de justicia y por ello, es de observar que la sociedad se afana en conseguir otra justicia, o como dirían MUÑOZ SABATÉ y el mismo TRIBUNAL ARBITRAL DE BARCELONA: una justicia alternativa.

⁶ D.I.1.1 (Ulpiano). La ciencia comporta indeclinablemente la sistematización. Pero aquí, además de tal Ciencia, sistematizada es necesario una noción de todo lo divino y humano. Esto no es sólo un ornato o un «plus» que se exige al jurista, sino que, como expresión de la vida misma, es natural que se integre en la sistematización de la normativa que afecta a aquella en su aspecto —esencial y trascendente-social.

Claro que cualquier sentencia o pronunciamiento subsiguiente a un juicio contradictorio, por lo general, provoca contento en una parte, y decepción en la otra. Ello, para mí, explica que el número de descontentos o no contentos con la Administración de Justicia sea por lo menos igual a los satisfechos, pero curiosamente, la censura más que afectar a la calidad (es decir, a la satisfacción de la justicia material) del pronunciamiento, afecta muy decididamente en primer lugar a la tardanza, a la demora después, a la pesadez de la tramitación, sin olvidar la repulsa al rito, a la distancia y falta de comunicación, a la oscuridad del lenguaje y a la insuficiencia pedagógica del mensaje expresivo del razonamiento.

Uno cree que lo fundamental, ha de ser siempre, la calidad del pronunciamiento y que la demanda de rapidez *no* ha de provocar una inhumana sobrepresión sobre el juzgador tal, que al hacerle depender del cronómetro quede perturbado o privado de su sosiego, al no disponer del tiempo de reflexión y estudio que estime necesario, con la consiguiente pérdida así, de independencia. Ciertamente, que este agobio no necesariamente se produce de manera general en el arbitraje ya que el árbitro, en su libertad de decisión, puede rechazar el encargo habida cuenta su tiempo disponible, en tanto que el Juez ordinario a través del vigente sistema de licencias no tiene posibilidad alguna de graduar su trabajo en función del tiempo de que dispone. En el arbitraje, la insuficiencia de comunicación distendida y el exceso de rito propios de la ley procesal quedan notoriamente mitigados, en tanto que, la actuación del árbitro, en relación a la del juez ordinario se muestra más amparada por su «*auctoritas*» que por su «*potestas*».

Y esto no es nuevo. Siempre, parece que los hombres estén obsesionados por la duración de los pleitos. Y es que, la incertidumbre «*in concreto*», unida a la creencia de que de inmediato deba cesar la conculcación y sus nocivos efectos, hace que el tiempo se sienta como largo. Y el arbitraje, se eleva como remedio, como otro medio alternativo. Esto es tan verdad, que incluso en el Digesto (libro IV, título VIII, ley 1) aparece un sobrio texto de PAULO que no puede ser más contundente («*Compromissum ad similitudinem iudiciorum redigitur, et ad finiendas lites pertinet*») al decir que el arbitraje viene a ser una *especie de juicio*, encaminado a poner fin, a acabar («*ad finiendas lites*») los pleitos.

Así las cosas, quien tiene iluminado su portentoso acervo de Ciencia jurídica, con su experiencia de juez ordinario y de Notario, puede concluir —como concluye y demuestra— con la respetable autoridad que le es propia, que el Notario puede intervenir en cualquiera de las diversas formulas de justicia alternativa y claro está en el arbitraje, bien en el momento de constituir el compromiso directo de un conflicto determinado⁷, que puede efectuarse en escritura

⁷ Vide art. 9.1, en cuanto dice «que hayan surgido o puedan surgir». Se refiere pues, tanto al conflicto existente, como a los futuros.

pública y él la autorice en ejercicio de su función pública⁸, siempre asesorando, bien formando parte de la persona jurídica administradora del arbitraje⁹, bien asesorando, o asesorando y autorizando la perfección del pacto genérico que predetermina la zona conflictiva cuyos conflictos van a resolverse por la vía arbitral¹⁰, bien actuando¹¹ como propio árbitro bien en ejercicio de su función pública, autenticando, protocolizándolo el laudo¹².

Así pues, hoy la justicia alternativa es una realidad, y la fecunda presencia del Notario en ella, indiscutible, meritoria, y ampliamente querida, aceptada y deseada por la Sociedad.

b. *El convenio arbitral*

Desde el momento inicial, (convenio: su perfección) hasta la protocolización del laudo, o sea como dice ELÍAS CAMPO desde la apertura de las puertas de entrada hasta el cierre del arbitraje, el discurso analiza todo el tracto institucional de esta formula de justicia alternativa bajo la óptica de la posible intervención del Notario en los sucesivos acaecimientos y actos que a la larga constituyen el todo institucional.

En este disciplinado análisis, el discurso constituye por su amplitud exhaustiva, su rigor sistemático, y su precisión un propio tratado del arbitraje singularmente útil, sobretodo por su extraordinaria claridad afinando conceptos con científica precisión, de tal manera que resulta tan imprescindible para el estudioso, como práctico para el profesional al que iluminará en las cuestiones por la vía de los aciertos más puntuales.

El convenio inicial está especialmente estudiado. Enseguida se clarifica la función y alcance de este convenio, a tenor de la ley vigente tras un aleccionador recorrido histórico. Es claro que, el convenio inicial, en el sistema anterior a la Ley de 1988 (Ley del 53) era propiamente un precontrato o un simple contrato preparatorio singular que no era ni siquiera la promesa de proceder al otorga-

⁸ Vide art. 9.3 Sic 9.3, 9.4 y 9.5.

⁹ Vide art. 14 de la Ley: Formando partes o desempeñando una función cualificada.

¹⁰ Vide art. 9.1. Cualquiera que fuere la interpretación que se dé al principio de libertad de forma, es incuestionable: a) que es jurídicamente posible que el convenio adopte la forma de escritura pública, y b) que es pragmáticamente conveniente en grado sumo que así se haya para asegurar y hacer posible la *autenticidad, publicidad, asesoramiento*, y competencia técnica en la redacción expresiva de la voluntad de las partes y delimitación de su contenido, así como guarda del principio de *legalidad*.

¹¹ Como expresa el discurso, la posición restrictiva, es contraria a la tradición jurídica, e inoportuna.

¹² 1. Vide exposición motivos Ley cap. VII, fto.8.º. Pero sí se advierte lo dispuesto en la disposición final primera, apartado tercero (que modifica el art. 35 de la nueva LEC) se llega a la conclusión de que *prácticamente, es necesaria* la protocolización, pues sin ella, la ejecución del laudo es *impugnabile* por falta de autenticidad (si hay tal carencia, claro).

2. Si bien la ley de 1988 eliminó frívolamente de tal función a los Notarios en activo, eliminación hoy con la nueva Ley desaparecida.

miento de la futura escritura de compromiso, porque no existían, predeterminados todos los elementos esenciales (por supuesto que la puntual controversia no esta descrita, ya que aún no había acaecido, sino tan sólo la zona genérica dentro la cual podían nacer las eventuales colisiones futuras). Ello comportaba dos cosas: 1.^a — que el convenio «*per se*» como quiera que no era propiamente constitución de arbitraje, sino simplemente convenio preparatorio, no generaba el efecto negativo de impedir el conocimiento jurisdiccional de la autoridad judicial ordinaria y 2.^o — Para su efectividad era preciso que las partes, bien de común acuerdo, bien en gracia a un procedimiento especial ante la autoridad judicial titulado «formación judicial del arbitraje» por la jurisdicción ordinaria se integrara, (efectuando las determinaciones precisas) la voluntad negocial. Es decir, la efectividad del convenio inicial pasaba, por el posterior otorgamiento de la escritura de constitución del compromiso, o en su defecto por la mini controversia judicial encaminada a suplir esta determinación.

Pero después de la Ley de 1988 es el convenio arbitral (aún inicial, genérico, sin determinación de la controversia específica y con proyección de futuro) el que produce ya por sí mismo el efecto negativo, si se plantea la cuestión jurisdiccional por la parte interesada¹³.

El académico pone de manifiesto la conveniencia de dar al Notario, la mayor intervención posible en la generación del convenio arbitral. Pese a la gran laxitud en la exigencia de forma, pese a que no se exige la forma de escritura pública para su otorgamiento, pese a todo ello¹⁴ no podemos olvidar que el Notario, institucionalmente es asesor de los otorgantes y controla el respeto al principio de legalidad. Pero es más, más allá de todo esto, «de facto» el asesoramiento del Notario es un *asesoramiento configurativo* de tal manera que conociendo el querer común de las partes (o de la parte en las unilaterales como el testamento) es el Notario quien aconseja la fórmula más oportuna, la redacción más precisa, el resorte jurídico más idóneo para servir al fin comúnmente (o unilateralmente) pretendido, eligiendo entre varias posibilidades legítimas; y aun en aquellos casos en que precede asesoramiento de letrado, a veces (escasas), el prudente reparo notarial ha evitado otorgamientos imprecisos o colisionantes con una norma no advertida, aunque esto sea excepcional. Ya se ve pues, lo importante que es gozar del asesoramiento de este profesional tan avezado en expresar conceptos jurídicos, con precisión, claridad, intensa definición y vocación de eficacia pragmática.

El convenio arbitral, por muchísimas razones, es ahora importante y delicadísimo. En cuanto a la arbitrabilidad por razón de la controversia, la ley no establece un elenco de zonas dentro de las que surgen las colisiones *arbitrables*, ni un

¹³ Ha de plantearse por *declinatoria*. Vide, en la ley vigente art. 11.1 e Ídem art. 7. Vide, en LEC arts. 416.2, 63 y 65.2 pfo. 2.^o.

¹⁴ Vide «supra» nota 8.

elencó también puntual de aquellas otras que no lo pueden ser. Opta por una designación conceptual, pero que en determinados casos, acaso demandaría, una mayor precisión. Arbitrabilidad se identifica en la ley con disponibilidad¹⁵. Pero hay zonas que requieren una propia cultura jurídica que acierte a distinguir subzonas de disponibilidad o indisponibilidad¹⁶.

Y como quiera, que los árbitros deben y pueden apreciar su propia competencia y la existencia y validez del convenio (art. 2.2) y si se dispone expresamente en el convenio arbitral pueden ser árbitros de equidad (art. 34 Ley) con ausencia en tal caso de la exigencia de conocimientos jurídicos (arts. 13 y 15.2 de la Ley) es claro, que en situaciones especiales, el convenio arbitral debe redactarse con especial cuidado. Ello también abona la conciencia y necesidad de intervención del Notario, como singularmente experto en la constitución instrumental de relaciones jurídicas.

Y no descartemos la visualización que la formación profesional del Notario permite prever cual va a ser la más posible colisión a devenir, su naturaleza jurídica, y las características más convenientes que debe reunir el árbitro al efecto previsto.

Claro que otros profesionales, juristas, también pueden facilitar la mejor perfección del convenio arbitral, pero, como ha expresado acertadamente el autor del discurso el Notario es singular y especialmente idóneo.

No es posible examinar todas las posibles cuestiones que con precisa erudición analiza el académico y que merecerían el oportuno comentario de asentimiento, pero si decir que la fijación y determinación de la zona (relación jurídica determinada contractual o no contractual art. 9.1 Ley) sobre la que se pretende la arbitrabilidad de los conflictos que surgen en su seno, requiere un mínimo de precisión determinativa, que además de su naturaleza, permita vislumbrar la congruencia entre el conflicto previsto y la zona de arbitrabilidad y detallar lo expuesto en el discurso. Y claro que en trance de delimitar lo que es disponible para aislarlo de aquello que no lo es, hemos de asentir con la expresión utilizada por el académico, que huyendo de estériles disquisiciones bizantinas, simplifica y clarifica al decir: —*«Cuando el derecho subjetivo admite que se realicen sobre el mismo transmisiones, renunciaciones modificaciones gravosas, etc., en principio podrá ser*

¹⁵ Vide art. 2 de la vigente Ley.

¹⁶ Por ejemplo, ni derecho a ingresar la legítima individual, ni su expectativa, son disponibles antes de la muerte del causante (salvo en Cataluña, la renuncia efectuada al amparo de la vetusta constitución de Bonifacio VIII «De dote contenta» con juramento y en capitulaciones) pero si lo es, después de la muerte, y algo semejante acaece con los convenios pretendidos sobre cuestiones sucesorias, o también en el establecimientos de plazos mínimos necesarios arrendaticios —en diversas y sucesivas leyes especiales (sic arts. 4.4 y 6 de la LAU)— no permite la renuncia genérica anticipada que no es disponible, pero en cambio vale el convenio específico y definitivo de extinción y desalojo y puro en un momento concreto posterior a la celebración del contrato. Vide Código de Sucesiones de Cataluña, art. 377.2.º.

calificado de disponible y por ende de arbitrable», añadiendo que «hemos de completar ese concepto anunciando sus límites, pues *la indisponibilidad puede provenir, tanto del derecho positivo como de la propia naturaleza de la relación jurídica*» (cita en apoyo el art. 2.1 de la Ley). Mayor claridad, señores académicos, no cabe.

Esta clara visión, no va a quedar enmascarada, por pretendidas excepciones, cuya disolución, muestra el académico con precisión. Los llamamientos a la jurisdicción ordinaria, aún a veces con carácter exclusivo, o la existencia de procedimiento judicial especial «*ad hoc*» «*prima facie*» podría parecer que legalmente imposibilitan un tratamiento procedimental distinto del previsto. Claro que la virtualidad de las excepciones dichas son pulverizadas por los doctos argumentos que hemos oído, pero es difícil sustraerse a citar *ad exemplum* el también, feliz y luminoso argumento que excluye toda duda: «Si se admite que el convenio arbitral excluye a la jurisdicción (ordinaria) hay que reconocer que *también* tiene potencialidad para eliminar *el instrumento o cauce adjetivo en el que la jurisdicción se desarrolla.*» Y es que ahora el cauce adjetivo es instrumental del derecho material que es el condicionante y no viceversa. Hace siglos que se superó la fase en la que sólo existía el derecho si una acción formal específica lo amparaba: sin acción formal, se había de acudir a la «*conditio*» o reclamación indemnizatoria dineraria; hoy superado el vetusto resorte de las acciones «*in factum*», el derecho subjetivo nace de la ley o de los negocios jurídicos con plena efectividad si concurren los requisitos de constitución establecidos. El instrumento es el instrumento. Los ejemplos, dados en el discurso confirman lo razonado. Diversas excepciones, comportan petición de principio porque en verdad la norma procesal que se invoca actúa en sede general ordinaria procesal, no en la especialidad del arbitraje.

Tampoco la interferencia del interés de un tercero, aunque no fuere parte en el arbitraje, ha de afectar a la arbitrabilidad de la cuestión desencadenante del mismo arbitraje. La pauta que la misma relatividad del negocio jurídico (art. 1.257 CC) proporciona en orden a la limitación de los efectos del negocio a la afectación a las partes y a sus herederos o causahabientes, o a otra u otras físicas o jurídicas y la pauta que resulta del *art. 222 de la nueva LEC, determinando los efectos de la cosa juzgada*, hacen ver enseguida que una cosa es la disponibilidad y arbitrabilidad de una cuestión, y otra bien distinta es el alcance de los *efectos* del laudo, *del pronunciamiento*, en cuanto a terceros. Se trata de cuestiones sitas en planos distintos. Uno es la arbitrabilidad o la susceptibilidad de que una cuestión sea objetivamente arbitrable. Otra cosa distinta es el alcance, la efectividad del laudo con respecto a terceros. Son cuestiones diferentes como con profusión de detalles, ejemplos y resoluciones jurisprudenciales hacer ver el académico. Lo mismo ocurre con las situaciones de subrogación, o sucesión a título singular o universal, extinción de personas jurídicas, o tránsito de la titularidad patrimonial o de bienes diversos

de una persona jurídica a favor de personas físicas o jurídicas distintas como consecuencia de la disolución y operaciones propias de la subsiguiente liquidación.

Aunque no nos atreveríamos a pretender la existencia de un claro principio ya proclamado, sí que creemos humildemente, atendido el discurso y sus razonamientos, que emerge una tendencia expansiva de la institución del arbitraje; que hay una decidida inclinación a soslayar dificultades que obstan a su viabilidad, y que, siempre con prudencia y cautela, en caso de duda hay que inclinarse por la arbitrabilidad y no por la posición contraria. En este punto, evidentemente delicado y enjundioso, la utilización de remedios que proporcionen la condición de parte a quienes formalmente no lo fueran (como puede ser la acumulación de acciones, u otras semejantes) así como actos que proporcionen publicidad registral, pueden contribuir a hacer más extensiva la eficacia del laudo, sin atentar al principio de protección al tercero de buena fe.

La lectura de la abundante bibliografía, y la visualización que el académico efectúa del problema tanto en el discurso como en su abundante y reseñada elaboración de monografías especializadas en el estudio del arbitraje, facilitan la comprensión y ponderación de dichos problemas y sus respectivas acciones.

c. *Equidad, arbitrabilidad y «ius cogens»*

Evidentemente que suscribimos plenamente la posición del académico, acerca de la arbitrabilidad, incluso en el arbitraje de equidad, de aquellas cuestiones en cuya regulación inciden normas del «*ius cogens*» o derecho necesario. Abundando en la posición del académico queremos ponderar:

1.º— La adecuación debida a normas de *ius cogens* que fueren de aplicación —en el caso de serlo efectivamente— en el fallo o parte dispositiva del laudo, es obligada, tanto en el arbitraje de derecho como en el de equidad. La contravención o infracción de estas normas, no es un problema *antecedente o previo de arbitrabilidad* de la cuestión, sino un problema posterior que nace no antes del pronunciamiento del laudo, sino en el pronunciamiento del laudo. Sólo si la contravención se produce, aflora la ilegalidad del laudo, que requiere —insisto— para existir tal ilegalidad que se laude contraviniendo. Antes de esto, las actuaciones aparecen incólumes y la arbitrabilidad está situada en un plano anterior y cronológicamente y conceptualmente distinto.

Si se produjera esta contravención, —debe evitarse por el árbitro que tiene el deber de evitar toda ilegalidad— el recurso *de anulación*, pulverizaría el mismo laudo por cuanto las normas de derecho necesario integran y conforman el concepto de orden público, cuya conculcación abre la vía impugnatoria del apartado del art. 41.1.f.) de la Ley de arbitraje por el cauce del recurso de nulidad, pero —insistimos— sería una nulidad del laudo y nacida del sentido de su pronunciamiento, no de la naturaleza del conflicto a resolver, no de la carencia de arbitrabilidad de la cuestión a resolver la arbitrabilidad.

2.º— También en plena sintonía con el académico —que profusamente explica las diversas opiniones encontradas— tenemos la convicción plena de que en el seno del arbitraje de equidad puede laudarse —en equidad— un conflicto en cuya solución sea de aplicación alguna o algunas normas de «*ius cogens*», sólo que el laudo, aún siendo de equidad habrá de evitar la exclusión de la aplicación o la inconculcación de la norma de *ius cogens*. Y es que, una cosa es la necesidad de expresar un racionio legitimator en términos estrictamente legales, o incluso jurídicos (en sentido más laxo) y otra cosa es que este privilegio expresivo, trascienda en fallar conculcando la norma jurídica ineludible.

Pero es que además, ocurre que la equidad (en el sentido empleado por nuestro título preliminar del CC —art. 3— del CC y referente al fenómeno de la aplicación o determinación del Derecho), no es más que un principio directivo que informando todo pronunciamiento jurisdiccional (o arbitral) tiende a que se efectúe todo lo lícitamente preciso para conseguir *un resultado* justo precisamente en el caso concreto que se enjuicia, de tal manera que se orillen todos aquellos fallos inicuos es decir, generantes de una injusticia —así impuesta— en el caso concreto¹⁷. Este deber de ponderar la equidad, es un propio deber jurídico, de tal modo que el mismo páf. 2.º del art. 3 del CC dispone que «la equi-

¹⁷ La equidad, como medio de consecución de justicia en el caso concreto, no emerge sólo del art. 3 del C. Civil, (Vide sic. CCC 111-19) sino que es, no sólo en Cataluña, sino también en el resto de España, una institución *viva, aplicada y utilizada*. «*Ad exemplum*», veamos:

a. La Sentencia del TS de 23 de marzo de 1950: «*En materia de interpretación de las normas, es preciso partir de la literalidad de su texto, pero ha de tenerse en cuenta el valor del resultado a fin de que tal interpretación conduzca a una consecuencia racional en orden lógico.*»

b. La Sentencia del TS de 26 de noviembre de 1929: «*...Sostiene que: Si la justicia ha de administrare recta y cumplidamente no ha de atenderse tanto a la observancia estricta y liberal del precepto legal como a su indudable espíritu (recto y sentido) y verdadera finalidad, pues que, aparte de requerirlo así razones de orden lógico y jurídico, lo contrario equivaldría a proclamar la necesidad de subordinar a la apreciación rigorista de requisitos, representativos de una mayor o menor solemnidad la realización del fin supremo de la justicia a que la disposición legal deba ante todo y sobre todo responder y el cual fin, únicamente puede estimarse debida y razonablemente cumplido cuando el precepto se aplica en forma tal permita, usándose por el juzgador, de una adecuada y justa flexibilidad de criterio, acomodarse a las circunstancias especiales del caso.*» Nótese el final. Lo que el art. 3 del CC prohibirá, es el uso exclusivo de la equidad, pero mandará que se sea flexible al aplicar el derecho, vistas las *circunstancias* es decir, manda la ponderación de la *equidad*.

c. La Sentencia del TS de 24 de enero de 1970: «*... que no bastan para realizar completamente la función interpretativa los elementos gramaticales y lógicos, pues si la Ley ha de estar en contacto con las exigencias de la vida real, que constituyen su razón de ser, es preciso que los resultados que se obtengan merced a esos dos elementos clásicos sean reforzados y controlados por la aplicación del que suele llamarse elementos sociológico, integrado por aquella serie de factores ideológicos, morales y económicos que revelan y plasman las necesidades y el espíritu de la comunidad en cada momento histórico.*»

d. Sentencia del TS (sala de lo social) de 5 de noviembre de 1985: «*...en su Fundamento PRIMERO dice: el texto positivo ha de entenderse, interpretarse y aplicarse a la luz de los valores y principios superiores inspiradores del ordenamiento jurídico, tipificado en la Constitución (R. 1978, 2836) como superador del puro formalismo y del estricto positivismo. De aquí que el artículo 3 del Código Civil oriente fundamentalmente a la búsqueda e indagación del espíritu y finalidad de la norma, entendidos no tanto como hallazgo de la voluntad del legislador o de la Ley y sí en cuanto obten-*

dad *habrá* (modo imperativo) de ponderarse en la aplicación de las normas»¹⁸ (pon en nota lo que sigue) por lo que, ni en la Sentencia de la jurisdicción ordinaria, ni en el laudo del arbitraje de Derecho, puede prescindirse de la equidad, antes bien habrá de ponderarse. Y del mismo modo, en el arbitraje de equidad, la ausencia de expresión del fundamento, no legitima un pronunciamiento generante de un injusto concreto, ni contrario al orden público, sino que se debe procurarse señaladamente un resultado justo en lo concreto. En la concepción actual pues, de la determinación del Derecho (o aplicación) la frontera entre re-

ción de un resultado potenciador de esa realidad social, vivificada por el hombre inserto en una permanente convivencia, y que ha de ser armonizada por la Ley. Asimismo, dicho precepto induce al ajuste equilibrado de la norma al caso, según los principios generales del derecho, para llegar a la real humanización de aplicación singularizada y concreta a una determinada persona —sentencia de 19 de octubre de 1981 (R. 3990), 15 de julio de 1982 (R. 4620) y 29 de junio de 1983 (R. 3063), a título de ejemplo.»

e. Sentencia del TS (Sala de lo Penal) de 24 de junio de 1994: «El fundamento TERCERO de la sentencia de la Sala de lo Penal del TS de 24 de junio de 1994 —en ponencia del académico ENRIQUE RUIZ VADILLO— dice que: “Sin duda que el Ordenamiento Jurídico no se sustrae el carácter profundamente dinámico de la vida de relación y que, de alguna manera, evoluciona al compás de los acontecimientos sociales como expresamente se destaca en el artículo 3.1 del Código Civil que, estando incluido en su Título Preliminar, tiene proyección general a todo el Sistema, y que llama a la realidad social del tiempo en que la norma jurídica se aplica para con ella y otros instrumentos técnicos obtener el verdadero sentido y alcance del precepto que haya de aplicarse. Todo, sin duda, dentro del más absoluto, estricto e incondicionado respeto al principio de legalidad [artículos 25 de la Constitución (RCL178/2836 y ApNDL 2875) y 1 del Código Penal.”»

Hay que oír, a CASTÁN, («La idea de la equidad y su resolución con otras ideas morales y jurídicas afines» pág. 98, separata, en la que reproduce sustancialmente el discurso de apertura de los Tribunales) quien dijo: «Tenemos confianza en la justicia española. Nuestros Tribunales y a la cabeza de ellos el Tribunal Supremo aplican la equidad con prudencia cuando es procedente aun si referirse a ella de modo expreso.»

Como dice el propio CASTÁN («La formulación Judicial del Derecho y el arbitro de equidad», en RGLJ, 1953, pág. 398): «Mas en la práctica el racional empleo de los medios de interpretación lógica y sistemática, que habrá de producir el efecto de rechazar cualquier sentido de la ley que resulte opuesto a la Justicia (objeto y finalidad de la norma legal), y en último término, el juego de los principios de restricción y de equidad, que permitirán al juez cuando la ley estimada injusta no parezca exactamente aplicable al caso litigioso (por ser inadecuada y no prevista por el legislador para él), prescindir de ella y acudir a los principios generales del Derecho, habrán de reducir al *minimum* la posibilidad trágica de que el magistrado se ve irremisiblemente forzado a aplicar contra su conciencia una ley que juzgue contraria al Derecho natural o a optar por la renuncia de su cargo.»

Vide, EPIEIKELA ARISTOTÉLICO-ESCOLÁSTICA, AEQUITAS ROMANA I MISERICORDIA CRISTIANA, CATALITZADORS DEL DRET, discurso de ingreso de Ilmo. Sr. D. RICARD M. CARLES GORDÓ y su contestación por VALLET DE GOYTISOLO, en separata de la Academia de Jurisprudencia i Legislació de Catalunya, Barcelona, 2003. Vide FIGA FAURA MOS ITALICUS Y LOS JURISTAS CATALANES en ANALES DE LA ACADEMIA MATRITENSE DEL NOTARIADO, XXVIII pág. 175. Vide PINTÓ RUIZ, SENTIDO DE LA EQUIDAD EN EL TÍTULO PRELIMINAR DEL CÓDIGO CIVIL. Ciclo de Conferencias sobre el título preliminar del C.C. —publicación de esta Academia— Barcelona, 1975, págs. 153-200.

¹⁸ En realidad en el art. 3.2 del CC, se contiene dos normas. Una de carácter general e imperativo: La equidad habrá de ponderarse; es decir *siempre habrá de tenerse en cuenta*. Y una segunda: La equidad, que prescinde del ordenamiento jurídico, que se identifica con libre arbitrio, no puede operar, salvo la excepcional situación dispuesta por la Ley. Y es natural, porque ordinariamente la equidad presiona, dirige, informa, el proceso de aplicación de las normas idóneas positivas que también nutren el ordenamiento jurídico.

solución de equidad o de derecho se desdibuja, debilita, y tiende a reducirse a una cuestión meramente formal. En ningún caso, arbitraje de equidad quiere decir arbitraje de arbitrariedad, o libre, sino justo en su específica particularidad.

d. *El notario como árbitro*

Después de lo dicho en el discurso, es claro que se vislumbra al Notario como singular y especialmente idóneo para desempeñar las funciones de árbitro. Asimismo el Notario, iniciado el periodo de su jubilación, puede utilizando el copioso caudal de ciencia y experiencia ser un muy conveniente árbitro como se expresa acertadamente en el discurso, y también (hoy, al igual que antes de ella) integrado en el eficaz dispositivo de administración del arbitraje, donde puede proyectar su constructiva y edificante influencia.

e. *El Notario y el Laudo. Protocolización no impuesta específicamente, pero sí prácticamente: su necesidad*

Como expresa el académico la normativa vigente y la exposición de motivos, muestran claramente la novedad de suprimir la exigencia de protocolización del laudo como requisito íntegramente de su propia existencia. Ciertamente que no es ahora legalmente necesario protocolizar el laudo. No queremos extendernos en el problema de acreditación de su fecha de emisión, ni de la autenticidad, ni de la ausencia del valioso asesoramiento que el Notario puede proporcionar. En el fondo la novedad así enunciada, propiamente, no provocará *de ipso* mutación alguna pues en la práctica, en la realidad —al menos así lo creemos— raramente se dejará el laudo de protocolizar. Basta considerar, que la misma Ley de arbitraje reformando la LEC¹⁹ en trance de procederse a la ejecución del laudo, permite la oposición por falta de autenticidad del laudo que no haya alcanzado protocolización. Este peligro de impugnación —como trámite de oposición a la ejecución— es tal que difícilmente dejarán de protocolizarse los laudos, por lo que en la práctica creemos, por esta razón, que todo continuará igual.

Además sin duda, las entidades administradoras de arbitraje, en sus reglamentos, tenderán de uno u otro modo a exigir o estimular por lo menos la protocolización.

IV. EPÍLOGO

El académico ELIAS CAMPO VILLEGAS con su ingreso proporciona un trascendente enriquecimiento de nuestra academia. Su personalidad brillante, científica y humana, soportada en un sólido fundamento de CIENCIA, EXPERIENCIA, HONESTIDAD Y FE contribuirá decididamente al mantenimiento y esplendor del tradicional prestigio y respetabilidad de esta Academia. Nuestra felicitación y nuestro agradecimiento.

¹⁹ Vide nota anterior 12.2.

ÍNDICE

<i>Discurs d'ingrés de l'acadèmic de número Sr. Elías Campo Villegas</i>	7
I. Introducción	9
A. <i>Conflictos, notariado y arbitraje</i>	9
B. <i>Las fórmulas de justicia alternativa</i>	9
II. El Notario como árbitro	11
III. El Notario como profesional del derecho ante el arbitraje	12
IV. La misión del Notario ante el convenio arbitral	13
V. Aspectos de forma en el convenio arbitral	14
A. <i>La novedad de la Ley de 1988</i>	14
B. <i>La cuestión de la forma oral</i>	15
C. <i>Problemas de eficacia</i>	17
VI. Eficacia subjetiva del convenio	19
A. <i>El consentimiento en el convenio arbitral</i>	19
a. El artículo 5.1 de la Ley de Arbitraje de 1988	19
b. Las formas de la declaración de voluntad contractual	19
B. <i>La sucesión en la relación jurídica principal</i>	21
C. <i>La sucesión en la cualidad de socio o comunero de propiedad horizontal</i>	21
D. <i>La sucesión en el arrendamiento urbano</i>	24
E. <i>La extensión subjetiva del convenio arbitral</i>	26
a. Los administradores de la sociedad	26
b. El contrato a favor de tercero	27
c. El problema de la fianza	28
d. El arbitraje ante la acción subrogatoria del artículo 1111 del Código civil	28
e. La extensión del convenio arbitral «per relationem»	29
VII. Aspectos objetivos del convenio arbitral	30
A. <i>La concreción de los temas sometidos a arbitraje</i>	30
B. <i>La disponibilidad de los temas arbitrales</i>	32
a. Previo	32
1. Ruptura del corsé de la Ley de 1953	32
2. Cuestiones de interpretación en sede arbitral	33
b. Sobre el concepto de lo disponible	34
1. La exclusión del arbitraje por presunta competencia exclusiva jurisdiccional	35
a') La existencia de un procedimiento judicial «ad hoc»	35

b')	La competencia territorial «ex lege»	36
c')	La competencia jurisdiccional «ex lege»	37
2.	La exclusión del arbitraje por erróneas interpretaciones del artículo 6 del Código civil	38
a')	Los intereses de los terceros	38
b')	La imperatividad de las normas y el orden público en el arbitraje	39
c')	Normas imperativas y arbitraje de equidad	41
a")	La doctrina que rechaza el arbitraje de equidad para las materias regidas por <i>ius cogens</i>	41
b")	Nuestra postura	44
d')	La imperatividad de las normas y el orden público en el arbitraje societario	46
a")	Sobre la arbitrabilidad de los acuerdos sociales	46
b")	La liquidación de las sociedades en vía arbitral	47
VIII.	La intervención notarial en el laudo	49
A.	<i>Antecedentes históricos</i>	49
B.	<i>La formulación en la Ley de 1988</i>	50
C.	<i>La formulación en la nueva Ley</i>	50
D.	<i>El valor de la forma notarial</i>	51
E.	<i>Naturaleza y forma de la protocolización notarial</i>	52
F.	<i>La función asesora del Notario en la protocolización del laudo</i>	53
G.	<i>La protocolización del laudo dictado fuera de plazo</i>	56
a.	La significación del plazo en el laudo	56
b.	El tratamiento del laudo extemporáneo bajo el prisma de la nulidad	57
H.	<i>El incumplimiento de la protocolización notarial del laudo</i>	60
I.	<i>La notificación del laudo</i>	61
IX.	Conclusiones	62
	<i>Contestació de l'acadèmic de número Sr. José Juan Pintó Ruiz</i>	65
I.	Exhordio	65
II.	El académico	65
III.	El discurso	71
1.	<i>En general</i>	71
2.	<i>Los grandes temas considerados</i>	71
a.	La justicia alternativa	71
b.	El convenio arbitral	73
c.	Equidad, arbitrabilidad y « <i>ius cogens</i> »	77
d.	El notario como árbitro	80
e.	El Notario y el Laudo. Protocolización no impuestamente, pero sí prácticamente: su necesidad	80
IV.	Epílogo	80