

2. MERCANTIL

LA IMPUGNACIÓN DE LA DETERMINACIÓN DEL PRECIO POR UN TERCERO EN LOS CONTRATOS DE COMPRAVENTA DE ACCIONES Y LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 1 DE SEPTIEMBRE DE 2006

por

FRANCISCO REDONDO TRIGO

Doctor en Derecho

Abogado

*«Omnimodo secundum eius aestimationem, premium
persolvatur»*

(Instituta, Justiniano, párrafo 1, título 24, libro 3)

I. INTRODUCCIÓN

El propósito del presente trabajo consiste en analizar los pronunciamientos más relevantes de la Jurisprudencia española sobre el concepto y función del arbitrador, principalmente desde el punto de vista de la posibilidad de impugnación de las decisiones del mismo y las causas de dicha impugnación, así como ofrecer unas breves consideraciones sobre la doctrina científica citada por dicha Jurisprudencia.

Uno de los ejemplos que nos ofrece la casuística del actual tráfico jurídico y económico en el cual se recurre frecuentemente a la figura del arbitrador es el producido en el ámbito de las adquisiciones de empresas u operaciones de «M&A», mediante la compra de las acciones o participaciones de la misma. En estas operaciones resulta frecuente que las partes estipulen en los contratos fórmulas de ajuste del precio inicialmente acordado al perfeccionarse el correspondiente contrato de compraventa, mediante la revisión de los estados financieros y contables utilizados por las partes para dicha determinación inicial del precio. Esta revisión o «ajuste del precio» suele encargarse a un auditor designado por las partes en el contrato, quien emitirá el correspondiente «informe de ajuste» en función del encargo aceptado y los parámetros de revisión estipulados por las partes contractuales.

Con ánimo de superar las posibles desavenencias que pudieran surgir entre las partes en relación con el resultado del «informe de ajuste» elaborado por el citado auditor, aquéllas suelen pactar que dichas diferencias sean dirimidas definitivamente por otro auditor, con el objeto de que sea éste quien integre con carácter último el precio del contrato de compraventa, siendo la intención de dichas partes contractuales aceptar con carácter decisivo la determinación final realizada por este segundo auditor, sometiéndose de forma firme y vinculante a la decisión del mismo y renunciando incluso expresamen-

te a la posibilidad de impugnar su juicio integrador del precio del contrato de compraventa de acciones (1) (2).

Pues bien, en ciertas ocasiones la parte contractual que se considera desfavorecida por la decisión firme de dicho auditor o arbitrador, intenta revisar la decisión del mismo bien judicial o arbitralmente (dependiendo del sistema de solución para dirimir controversias que se hubiesen pactado en el contrato), ante lo cual la contraparte suele argüir el carácter automático y definitivo de la decisión del arbitrador que ambas pactaron en el clausulado del contrato de compraventa. Esta controversia es la que nos abre el camino para conocer el fallo al respecto de la sentencia del Tribunal Supremo, de 1 de septiembre de 2006 (RJ 2006/6065) que consideramos paradigmática en este tema.

Cabe señalar que el sistema anteriormente apuntado y frecuentemente utilizado en la práctica citada, es el propio del arbitrador, que es la persona encargada de integrar uno de los elementos de la relación jurídica, y no de arbitraje, donde el árbitro lo que hace es dirimir una controversia entre las partes como consecuencia de dicha relación jurídica.

(1) Un ejemplo de esta cláusula contractual puede ser el siguiente:

«En caso de que cualquiera de las Partes no estuviera conforme con el resultado del Informe de Ajuste, las Partes negociarán, de buena fe, para solventar dicha diferencia durante un plazo de quince días naturales. Durante dicho plazo el comprador y el vendedor podrán revisar la contabilidad, los importes y los cálculos con sus propios expertos contables, para lo cual tendrán derecho a mantener cuantas entrevistas sean necesarias con los representantes de los responsables del departamento contable de las Sociedades y con el Auditor. Transcurrido dicho plazo sin llegar a un acuerdo sobre la diferencia, el asunto controvertido en concreto será sometido a [...] Si esta empresa de auditoría no aceptase, por cualquier motivo, su nombramiento, deberá designar a [...] en un plazo de diez (10) días naturales a contar desde la fecha en que le fue presentada la diferencia. En la carta mandato que las Partes dirigirán a [...] se le informará expresamente del carácter dirimente de su decisión.

[...] escuchará y consultará a las Partes y a sus respectivos asesores y tomará su decisión en un plazo de treinta (30) días naturales a contar desde la fecha en que se le presentó la diferencia. El Árbitro de Contabilidad notificará por escrito su decisión acerca del/de los asunto(s) controvertidos a las Partes en un plazo de cuarenta y cinco (45) días naturales desde la fecha de presentación de la diferencia, siendo dicha decisión firme y vinculante para las Partes».

(2) En relación con esta posibilidad de renuncia expresa a la posible impugnación judicial, hemos de citar el rechazo existente a la misma en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo. En este sentido, la sentencia del Tribunal Supremo, de 10 de marzo de 1986 (RJ 1986/1168), sobre compraventa de acciones y arbitrador, al analizar una cláusula similar dispuso que: «...Ciertamente una estipulación como la transcrita desconoce el fundamental "derecho al proceso" en el orden jurisdiccional, impidiendo el de obtener la tutela efectiva reconocido en el artículo veinticuatro, apartado primero, de la Constitución (RCL 1978/2836) y por lo tanto el de acudir a los Tribunales para alcanzar una resolución fundada, vicio determinante de la ineficacia de la renuncia de que se trata en cuanto vulnera una norma inserta en la Lex Suprema, a cuyo mandato habrá de acomodarse lo prevenido en el artículo sexto, párrafo dos, del Código Civil, sobre la carencia de validez de tal acto dispositivo cuando concurre o contraría el interés o el orden público...».

De igual forma, aunque en ámbito diferente, se pronuncia, en relación con dicha renuncia, la sentencia del Tribunal Supremo, de 31 de mayo de 2000 (RJ 2000/3586), en la que se declara la nulidad de la cláusula contractual plasmada en escritura de protocolización de operaciones particionales en la que se establece un compromiso de no impugnar judicialmente la escritura y se penaliza a quien acuda a los Tribunales, puesto que es irrenunciable preventivamente el derecho a la tutela judicial efectiva.

Ni que decir, tiene pues, que ambos sistemas no son pues excluyentes, pudiendo ser perfectamente cumulativos. Así, como ejemplos de recurso al arbitrador se prevén en el Código Civil los regulados en los siguientes preceptos: artículos 1.273, 1.447, 1.598 y 1.690.

II. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, DE 1 DE SEPTIEMBRE DE 2006

Con fecha 30 de noviembre de 1992, se presentó demanda interpuesta por la Mercantil Mallorca Motor, S. A. contra don Ernesto y las Mercantiles Patrimonios del Sol, S. A. y Colomar Automóviles, S. A., solicitando se dictara sentencia por la que se declarase: «a) *Que de conformidad con lo dispuesto en la cláusula quinta del contrato suscrito entre las partes en fecha 10 de abril de 1991, los balances que se adjuntaron y acompañaron con la firma de dicho contrato, de fecha 31 de diciembre de 1990, sólo en principio se daban por buenos y se aceptaban por la parte compradora, cuya confirmación definitiva quedaba pendiente del resultado de la Auditoría que se estaba practicando, a la que después se añadió la que llegó hasta el día 10 de abril de 1991, y que llevaron a cabo Aguiló & Moyá Auditoría Balear, S. L...* d) *Que también, como se indica en la cláusula novena del referido contrato, «cualquier cuestión, divergencia, diferencia o distinta interpretación o que pudiera haber sobre cualquiera de las partidas del balance debe ser automáticamente resuelta por la Auditoría, dando por buenos los números que resulten de la misma, sin que ninguna de las partes puedan suscitar ninguna clase de contienda».*

En el Fundamento de Derecho segundo de la sentencia del Tribunal Supremo, de 1 de septiembre de 2006, se transcriben las cláusulas del contrato de compraventa de acciones, las cuales, por su interés para la comprensión del debate propuesto, a continuación reproducimos:

«1.º *Es objeto de la presente operación de compraventa la totalidad de las acciones que don Ernesto y las entidades “Colomar Automóviles, S. A.” y “Patrimonios del Sol, S. A.” poseen en las entidades que se han descrito en los antecedentes de este documento, hasta el punto de que en las mismas no les queda ninguna clase de participación; así como la mitad indivisa del solar sito en el Polígono Industrial de Inca, y que también se ha descrito en los antecedentes de este documento”.*

2.º *La venta se efectúa como si toda ella fuera un solo conjunto y una unidad, estando íntegramente pagados los precios de adquisición, y hallándose los bienes y derechos totalmente libres de cargas y gravámenes, no pesándose sobre los mismos ninguna clase de embargos.*

3.º *El precio de la compraventa se fija en la cantidad de 100.000.000 de pesetas, a percibir en efectivo metálico por el vendedor, quien además recibirá la plena titularidad del local comercial sito en el Paseo Marítimo de esta ciudad y del que es titular la entidad mercantil “Palma Motor, S. A.”, que lo adquirió de la entidad mercantil “Novo Car, S. A.”, local que fue totalmente pagado en su precio, libre de cargas y gravámenes, libre de arrendamientos y al corriente de pago de toda clase de gastos, arbitrios e impuestos.*

4.º *Dicho precio se hará efectivo en la siguiente forma:*

A) *El señor Ernesto recibe en este acto la cantidad de 25.000.000 de ptas., de cuya suma sirve el presente documento de cabal carta de pago, al mismo*

tiempo que recibe en este acto la posesión y las llaves del local del Paseo Marítimo de esta ciudad, del cual tendrá la posesión y la administración, pero no la disponibilidad ni a venta ni a alquiler, tal como se estipula más adelante.

B) Mientras que el resto de la cantidad que debe pagarse en efectivo, o sea, la cantidad de 75.000.000 de ptas., se pagará en tres plazos de 25.000.000 de ptas., cada uno de ellos, con vencimiento a los próximos días 30 de septiembre de 1991, 30 de marzo y 30 de septiembre de 1992, pagos que quedarán sujetos a las garantías que también más adelante se expondrán.

C) Las cantidades aplazadas no devengarán intereses de ninguna clase durante el primer año, por lo que sólo devengará intereses la cantidad de 25.000.000 de ptas., por el semestre que va desde el día 31 de marzo hasta el día 29 de septiembre de 1992, a razón del interés básico del Banco de España en aquel momento.

D) A pesar de haberse establecido los plazos que acaban de indicarse para pagar la cantidad que debe abonarse en efectivo, dichos plazos se otorgan en beneficio del comprador, el cual, en cualquier momento, podrá adelantar dichos pagos, en cuyo caso los pagos que se efectúan por anticipado tendrán una bonificación o una deducción, consistente en el mismo interés básico del Banco de España por la cantidad y por el período adelantado, igualmente vigente en el momento del anticipo.

5.º Con la cesión de las acciones, títulos y derechos que hace el señor Ernesto, la sociedad adquirente asume y se subroga en todos los derechos y obligaciones de aquellas entidades, tal y como quedan reflejados en los balances que adjunto acompañan, de fecha 31 de diciembre de 1990, que en principio se dan por buenos y se aceptan por el comprador, si bien que su confirmación definitiva quede pendiente del resultado de la Auditoría que actualmente se está practicando sobre los mismos. A cuya Auditoría habrá que añadir la que comprenderá como período el que va desde el día 1 de enero hasta el 10 de abril del corriente año.

6.º Precisamente teniendo en cuenta las posibles diferencias que puedan surgir entre las Auditorías que se especifican en la cláusula anterior, respecto de los balances contables que también en la misma se indican, es por lo que la cantidad de 75.000.000 de ptas. y el local del Paseo Marítimo quedan sujetos y responden de aquellas posibles diferencias, puesto que aceptándose por ambas partes las Auditorías que se practican o puedan practicarse, automáticamente se descontarán aquellas cantidades que no merezcan el beneplácito de las Auditorías, descuento que se irá efectuando sobre los sucesivos pagos pendientes.

7.º Igualmente deberán descontarse de las cantidades aplazadas e incluso del local del Paseo Marítimo, cualquiera clase de cantidades, conceptos o pagos que pudieran incluirse en estos balances y que correspondan a obligaciones particulares del señor Ernesto o de cualquiera de sus familiares, o correspondan a cualquier tipo de sociedades públicas o privadas que no sean las que son objeto de esta operación de compra-venta.

8.º Ambas partes quieren que quede establecido desde este momento que considerará pasivo oculto cualquier género de obligación o de responsabilidad contraída con las distintas sociedades objeto de este contrato, frente a cualquier organismo público o privado o frente a cualquier persona física o jurídica en relación a cualesquiera hechos, actos, negocios jurídicos, pagos de arbitrio e impuestos, y cualquier clase de obligaciones de tipo fiscal, social y laboral, contrastados a través de las Auditorías que se practicarán sobre el balance y estado

financiero de dichas sociedades. A efectos de Auditoría se establece que las mercaderías se valorarán a precio de mercado.

9.º Tal como se ha dicho en las cláusulas anteriores para cualquier cuestión, divergencia, diferencia o distinta interpretación que pueda haber sobre cualquiera de las partidas del balance, será automáticamente resuelta por la Auditoría, dando por buenos los números que resulten de la misma, sin que ninguna de las partes pueda suscitar ninguna clase de contienda.

10.º No se otorgará escritura pública de compra-venta a favor del señor Ernesto, o de la persona o personas que éste designe, hasta que no haya transcurrido un plazo de cinco años a contar desde el día 31 de diciembre de 1991, al objeto de garantizar cualquier clase de obligaciones o de débitos que pudieran surgir durante dicho período de cinco años, ya sea por concepto de proveedores, pasivos ocultos, obligaciones laborales y de la Seguridad Social, obligaciones fiscales, financieras, avales, etc., nacidas por hechos o actos anteriores a la fecha de este contrato, y que no se hubiesen descontado de los 75.000.000 recitados, al objeto de conseguir la prescripción de dichas posibles obligaciones del local del Paseo Marítimo, quedando bien entendido que todos los gastos derivados de dicho otorgamiento, incluso arbitrio municipal de plusvalía, serán a cargo de la parte compradora, la cual, a partir de esta fecha, se obliga al pago de cualquier clase de gastos, obligaciones e impuestos que pesen sobre el local, cuidando asimismo de su conservación y mantenimiento.

11.º El señor Ernesto se obliga ya desde ahora a firmar los correspondientes vendís de las acciones que han sido objeto de esta operación de compra-venta, firmando cuantos documentos públicos o privados fueren precisos para el buen fin de las mismas, renunciando a los cargos de Administración y de representación que pudiera ostentar en cualquiera de dichas entidades, si bien que comprometiéndose a suscribir los balances de dichas sociedades que deberán presentarse antes del día 30 de junio del corriente año correspondientes al año 1990, firmando asimismo las actas de las Juntas Generales, Ordinarias y Extraordinarias que fueren necesarias y que, a conveniencia del comprador, se le puedan presentar para su firma en cualquier momento.

12.º En el momento en que se haga efectivo al señor Ernesto el último pago de 25.000.000 de ptas., o la cantidad que pudiera quedar resultante a tenor de las liquidaciones pertinentes en fecha 30 de septiembre de 1992, éste se compromete a constituir un Aval Bancario por la cantidad de 25.000.000 de ptas., ante cualquier entidad financiera o de crédito de esta Comunidad Autónoma, por un plazo, en principio de cinco años, a contar desde el día 30 de septiembre de 1992, aval que se renovará, en su caso, hasta tanto no haya recaído resolución firme que declare la regularidad fiscal y además que pudiera haber en relación a las sociedades objeto de este contrato.

13.º El vendedor hace declaración expresa y formal de hallarse al corriente de pago de todas las obligaciones laborales y de Seguridad Social, no adeudando ninguna cantidad por dicho concepto, y que igualmente se halla al corriente de cualquier tipo de obligaciones de tipo fiscal, se hace totalmente responsable de cualquier clase de derivaciones o incidencias que pudieran surgir por dichos conceptos, devengados hasta el día de la fecha, aunque su obligación surgiera con posterioridad, alcanzando su obligación y responsabilidad hasta la total prescripción. Serán igualmente de cuenta del vendedor el abono de los derechos que a los trabajadores correspondiere por los distintos conceptos de vacaciones, partes proporcionales de pagas extras y demás relaciones laborales correspondientes hasta el día de hoy que se hayan devengado o se devenguen en adelante.

14.º Para la decisión de cualquier cuestión o incidencia derivada del presente contrato, las partes se someten a un arbitraje de equidad, institucional del Ilustre Colegio de Abogados de Baleares, al que encargarán la designación de los Árbitros y la Administración del Arbitraje, a tenor de lo dispuesto en la Ley de Arbitraje de 5 de diciembre de 1988 (RCL 1988, 2430 y RCL 1989, 1783)».

En el Fundamento de Derecho cuarto de la sentencia del Tribunal Supremo, de 1 de septiembre de 2006, se analiza el recurso de la parte vendedora, por infracción de los artículos 1.447 y 1.690 del Código Civil, en relación con la impugnación de la decisión del arbitrador, exponiéndose y juzgándose (*ratio decidendi*) el mismo del siguiente tenor:

«Entrando ya a examinar el recurso de la parte vendedora, su primer motivo se funda en infracción del artículo 1.447 en relación con el 1.690, ambos del Código Civil (LEG 1889, 27), y de la jurisprudencia de esta Sala que los interpreta. Según esta recurrente, aunque la sentencia impugnada transcribe incluso literalmente parte de la sentencia de esta Sala, de 10 de marzo de 1986 (RJ 1986, 1168), con precedentes en las de 21 de abril de 1956 (RJ 1956, 1941) y 22 de noviembre de 1966 (RJ 1966, 4991), sin embargo se aparta radicalmente de su doctrina al obviar la equidad exigible al arbitrador y el ajuste de su labor al mandato recibido. Para esta misma parte “la Sala de instancia se ha limitado a aplicar directamente el resultado puramente económico y contable de la auditoría, sin molestarse en examinar si tal resultado proviene de una correcta aplicación de las pautas que, según esta Sala, debe seguir la actuación de los arbitradores”; y a continuación el alegato del motivo se dedica a examinar los puntos en que la auditoría habría faltado a la equidad y al mandato recibido, concluyendo que resulta contrario a la equidad fundarse en criterios puramente contable y no reales.

Pues bien, este motivo no puede prosperar debido a las siguientes razones:

1.ª Mientras en el caso examinado por la citada sentencia de 10 de marzo de 1986 (RJ 1986, 1168), la auditoría pactada en el contrato no tenía carácter vinculante, siendo un paso previo a la decisión de los arbitradores, en éste, en cambio, ambas partes contratantes se sometieron “automáticamente” (cláusulas 7.ª y 9.ª) al resultado de las auditorías previstas en el propio contrato para determinar la parte aplazada del precio a pagar finalmente por la parte compradora.

2.ª La lectura de esa misma sentencia de esta Sala revela que, al margen de la impugnación de la decisión de los arbitradores por vicios del consentimiento, la llamada a la equidad no es autónoma, sino ligada a la desviación de las instrucciones señaladas por las partes a los arbitradores (“cuando el arbitrador prescinde de las instrucciones señaladas por las partes para la fijación del precio, faltando manifiestamente a la equidad...”).

3.ª Cuando las dos partes contratantes sometieron al resultado de las auditorías el importe que finalmente habría de pagar la compradora como parte aplazada del precio, no podían desconocer el alcance de lo convenido, no sólo en orden al “automatismo” de la decisión de los auditores, sino también en orden a los criterios a seguir, que serían los contables propios de su función, ya que ambas partes pertenecían al sector empresarial de la automoción y no cabe imaginar que una de ellas, en este caso la vendedora, se viera sorprendida por una situación de ventaja obtenida por la otra en la redacción del contrato.

4.ª De todo ello se desprende que la interpretación del tribunal sentenciador, al considerar vinculante el resultado de las auditorías, se ajusta plenamente

a lo convenido por las partes, y que su decisión de examinar la prueba practicada únicamente para verificar si los auditores siguieron o no las instrucciones en orden a la valoración de las mercaderías (cláusula 8.^a in fine) responde al contenido contractual querido por las partes.

5.^a En consecuencia, las cuestiones planteadas en el alegato de este motivo sobre el ajuste corrector de las acciones en cartera, el cómputo de los bienes en arrendamiento financiero, el pago no justificado de 1.700.000 ptas., o la aplicación de criterios puramente contables no son más que un intento de suplantar el sistema de fijación establecido en el contrato por una determinación pericial mediante el proceso que, por ende, hace supuesto de la cuestión al no aceptar la interpretación por el tribunal sentenciador de lo pactado al respecto por las partes y, además, da por buena la valoración de las pruebas que ofrece la propia parte recurrente».

De acuerdo con lo anterior y como argumento del fallo, para la sentencia del Tribunal Supremo, de 1 de septiembre de 2006, resulta primordial el carácter vinculante que las partes del contrato de compraventa de acciones habían otorgado a la revisión contable realizada por el auditor que cumplió funciones de arbitrador para decidir que no cabe la revisión o impugnación del precio determinado por el arbitrador. Aparte, acoge los pronunciamientos de la sentencia del Tribunal Supremo, de 10 de marzo de 1986 (en un supuesto de labor realizada por el arbitrador, no vinculante para las partes), cuando admite la revisión de la función del arbitrador cuando su cometido se haya visto afectado por vicios del consentimiento o bien cuando falte a la equidad (*arbitrium boni viri*), esto es, cuando su decisión se haya apartado de las instrucciones de sus mandantes.

Podemos adelantar nuestra coincidencia con la decisión de la sentencia del Tribunal Supremo, de 1 de septiembre de 2006, puesto que el respeto a la autonomía de la voluntad de las partes (ex art. 1.255 del Código Civil) en cuanto a la determinación por un tercero de uno de los elementos del contrato de compraventa de acciones, i.e., el precio, ha de ser respetada en cuanto a su pacto y en cuanto a sus consecuencias inherentes al mismo, i.e., el carácter vinculante de dicha decisión (ex art. 1.258 del Código Civil).

Por otro lado, también estamos de acuerdo en el eco que de la sentencia del Tribunal Supremo, de 10 de marzo de 1986, realiza el comentado fallo, en cuanto a la admisibilidad de impugnación de la decisión del arbitrador cuando hubiera existido un vicio en su voluntad que hubiera impedido una correcta representación de la realidad, necesaria para ejecutar su cometido, así como cuando el arbitrador, faltando a la equidad, se desvíe de las instrucciones de las partes contractuales que hubiera recibido para realizar su determinación del precio.

III. ANTERIORES PRONUNCIAMIENTOS JURISPRUDENCIALES

1. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, DE 16 DE MARZO DE 2005 (RJ 2005/3197)

La presente sentencia del Tribunal Supremo trata sobre la impugnación de la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 14 de septiembre de 1998, que resolvió un recurso de apelación donde se discutía, principalmente, la determinación de un precio de un contrato de compraventa de acciones, donde según la sentencia de instancia: «...c) como precio se pactó “el que re-

sulte del valor neto contable, según balance de treinta y uno de mayo de mil novecientos noventa y dos”; dicho balance debía ser sometido a auditoría, a practicar por un determinado auditor, “a los solos efectos de determinación del valor neto contable de la sociedad al treinta y uno de mayo de mil novecientos noventa y dos, siendo su fijación vinculante para las partes”; convinieron los contratantes en que “a este respecto, el auditor emitirá un certificado en el que se establezca el valor neto contable de la acción y que servirá de base para la determinación del precio de la presente transacción”; d) el veinticinco por ciento del precio, provisionalmente fijado en el cuarenta y siete y medio por ciento del valor nominal de las acciones, se debía pagar al formalizarse la venta ante corredor de comercio y el resto mediante cuatro letras de cambio con vencimientos semestrales, las cuales debían firmarse una vez conocidos los resultados de la auditoría».

El Tribunal Supremo afirma que: «Las pretensiones de condena al pago del resto del precio y de la prima complementaria fueron desestimadas en las dos instancias».

Las razones que llevaron al Tribunal de apelación a desestimar el recurso de las demandantes fueron las siguientes: «a) el informe de auditoría “no contiene una fijación específica del valor neto contable de la empresa ni jamás se emitió por el auditor el certificado expresivo del valor neto contable de la acción”, el cual, por otro lado, no puede deducirse, con la necesaria seguridad, “del contenido de la auditoría”, dado que ésta formula “múltiples salvedades de enorme importancia”, con fundamento bastante (como evidenció una prueba pericial); b) ese defecto de determinación no puede entenderse suplido por el pago de una parte del precio que efectuaron dos de las compradoras demandadas (Gliser y Aplamesa), al formalizar la compra de las ciento dos acciones el veinte de julio de mil novecientos noventa y dos, ya que sólo se trataba de un precio provisional (el cuarenta y siete y medio por ciento del valor nominal de las acciones) y ninguna cláusula del contrato permitía considerarlo definitivo y para todas las acciones.

La Audiencia Provincial llegó, por ello, a la conclusión de que “no hay soporte contractual que permita exigir como cierto y debido un precio que se ha revelado incierto, por no decir inexistente, y que no se ha logrado determinar en la forma vinculante pactada”.

Y aunque no lo expresara claramente, desestimó la demanda en aplicación del artículo 1447.2 del Código Civil (LEG 1889, 27), tras haber negado que la determinación del precio se hubiera dejado “al arbitrio de un tercero”, ya que no estaba “en manos de la firma auditora la determinación unilateral del precio, sino ... en función del valor patrimonial neto de la empresa”.

Esto es, según se interpreta, en la sentencia se afirma que el arbitrador debía integrar la relación contractual con la determinación de la prestación debida por las compradoras, no según su libre voluntad (arbitrium merum), sino según unos criterios objetivos establecidos por los contratantes y controlables mediante un juicio ex post.

Y por entender que el arbitrador no pudo o quiso integrar ese elemento objetivo esencial del contrato de compraventa que es el precio, negó eficacia a aquél y al negocio jurídico accesorio que le sirve de complemento».

El Tribunal Supremo falla en relación con el motivo del recurso de casación relativo a la determinación del precio del contrato, lo siguiente: «En el

primero de los motivos de su recurso, las demandantes, con apoyo en el artículo 1692.4.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 (LEG 1881, 1), denuncian la infracción del artículo 1.445 del Código Civil (LEG 1889, 27). Afirman, en síntesis, que el precio de la venta de las acciones, en cuanto determinable, era cierto y, además, había empezado a ser pagado por las compradoras, conocedoras de la situación económica por la que pasaba Regasa y de cuál era su contraprestación.

Para resolver la cuestión así planteada se hace necesario recordar que la decisión de la casación ha de partir del respeto a los hechos probados y, por tanto, de la prohibición de convertir dicho recurso extraordinario en una tercera instancia (sentencia de 31 de diciembre de 1996 [RJ 1996, 9223]). Se debe insistir en que la fijación de tales hechos corresponde a los Tribunales de instancia, de modo que en la vía casacional sólo es posible modificarlos si se denuncia y demuestra que en la valoración de la prueba practicada se incurrió en infracción de un precepto legal (5 [RJ 1996, 8786] y 31 de diciembre de 1996), lo que no se ha hecho.

El motivo debe ser desestimado, ya que las recurrentes, al fin, parten de un supuesto de hecho (existencia de precio susceptible de ser determinado y, por tanto, cierto y significación al respecto del pago de la parte del mismo provisionalmente fijada) contrario totalmente al declarado en la instancia, sin haber intentado previamente la modificación del mismo (al respecto, sentencia de 24 de mayo [RJ 2004, 4033] y 8 de junio de 2004 [RJ 2004, 3374]).

Pues bien, en relación con el fallo de la sentencia del Tribunal Supremo, de 16 de marzo de 2005, puede concluirse que:

- i) El fallo de la sentencia de la Audiencia Provincial enjuiciada no analiza realmente la posibilidad de revisión o no de la decisión del arbitrador, sino que la Audiencia Provincial adopta su fallo como consecuencia de la indeterminación del precio del contrato de compraventa, ya que el arbitrador no fijó el valor neto contable de la empresa ni jamás se emitió por el auditor el certificado expresivo del valor neto contable de la acción.
- ii) El Tribunal Supremo no entra a analizar la determinación o no del precio del contrato de compraventa por la doctrina del respeto a los hechos probados en la instancia.
- iii) En esta sentencia del Tribunal Supremo no se analiza la posibilidad de impugnar las decisiones de los arbitradores ni los motivos de dicha hipotética impugnación, por lo que no nos ofrece un criterio rector para dilucidar la cuestión propuesta con este análisis jurisprudencial.

2) SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, DE 4 DE JULIO DE 2003 (RJ 2003/4325)

En la presente sentencia se discutía el cumplimiento contractual del encargo de realización de una obra (libros), en la que se había pactado que la obra se hiciera a satisfacción de terceros, argumentándose que estos no aprobaron la realización de la obra, discutiéndose por tanto —entre otros extremos— el artículo 1.598 del Código Civil, que establece que «*si la persona que ha de aprobar la obra es un tercero, se estará a lo que éste decida*». Sin embargo, el Tribunal Supremo afirma que «*la resolución recurrida declara acreditada que la supervisión de la obra se sometió a las personas designadas por la acto-*

ra, que en esencia cumplieron el encargo, por lo que falta la base fáctica que pudiera determinar la conculcación del precepto».

Así, esta sentencia del Tribunal Supremo pese a afirmar que «...con independencia de que el dictamen del arbitrador, aunque de gran importancia, no tiene carácter decisorio que está sujeto a la valoración del juzgador...», en su *ratio decidendi* en ningún momento se está realizando un juicio acerca de la posibilidad y los casos en que pueda impugnarse la decisión de un arbitrador. Así pues, los fundamentos jurídicos de esta sentencia no ofrecen un criterio sobre el alcance de la presente revisión jurisprudencial, ya que la *ratio decidendi* de la misma no versa sobre la problemática suscitada.

3) SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, DE 29 DE NOVIEMBRE DE 2000 (RJ 2000/9245)

Como dice la propia sentencia del Tribunal Supremo, «...El punto jurídico que constituye la esencia de la litis se concreta en si se produjo la perfección del contrato de compraventa, típicamente consensual, o no se pasó de tratos previos, sin llegar al consentimiento como conjunción de declaraciones de voluntad de vender, por la parte vendedora, y de comprar, por la parte compradora, sobre el objeto y con la causa».

Esto es, en esta sentencia donde el precio había quedado a determinación de un tercero, ya que el artículo correspondiente de los estatutos sociales de la sociedad cuyas acciones se transmitían establecía que «...De no haber acuerdo sobre el precio de las acciones a enajenar, éste será determinado por tres árbitros de equidad de conformidad con lo que dispone la Ley 36/1988, de Arbitraje...», lo máximo que sobre el tema dispone es que el tercero al que hacían referencia los estatutos sociales era un arbitrador y no un árbitro de equidad, puesto que su función era la de integrar una relación jurídica y no dirimir una controversia.

Por ello, la presente sentencia tampoco nos ofrece un criterio acerca del objeto del presente análisis jurisprudencial, ya que sólo se pronuncia sobre la existencia y perfección de un contrato de compraventa de acciones cuya determinación del precio se había encomendado a un arbitrador.

4) SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, DE 10 DE MARZO DE 1986 (RJ 1986/1168)

La presente sentencia analiza un supuesto donde «...los demandantes titulares del sesenta y tres con veinte por ciento de las acciones del Banco de V., S. A., entidad esta incurso en una grave situación financiera —que provocara varias inspecciones del Banco de España e incluso la imposición de sanciones—, confirieron a la demandada Corporación B., S. A., por carta de uno de diciembre de mil novecientos setenta y ocho, el derecho de opción respecto a la compraventa de dichos títulos al precio “de una peseta por acción”, oferta aceptada por la compañía beneficiaria, otorgándose por Agente de Cambio y Bolsa tres días más tarde la correspondiente póliza de adquisición, negocio al que siguió un “contrato complementario” en la misma fecha del cuatro de diciembre, del que importa resaltar los siguientes particulares: a) “Se procederá a realizar inmediatamente una auditoría por una firma de prestigio designada por Corporación B., S. A., con la conformidad de don Domingo L. A. de entre la terna propuesta por dicha Sociedad, a los efectos de que por dicha firma se determine la situación patrimonial real al día

de hoy del Banco de V., cuyas acciones se adquieren por Corporación B., S. A.”; b) “Una vez realizada la auditoría, la compradora y el Grupo vendedor la someterán a la valoración que efectuarán los arbitradores”, para cuyo cometido fueron designados tres juristas de relevante prestigio (dos de ellos Catedráticos de Derecho Mercantil y el tercero Magistrado jubilado del Tribunal Supremo) “en el ámbito del artículo mil cuatrocientos cuarenta y siete del Código Civil”, a los cuales les sería entregada “la auditoría antes mencionada, sin que la misma tenga carácter vinculante”; c) La decisión de los arbitradores, que “se emitirá por mayoría”, había de comprender primordialmente la “fijación del valor objetivo de las acciones, materia de compraventa, sin que ello afecte a la certeza del precio de una peseta por acción que en la póliza y en este contrato se pacta”...».

Los demandantes, vendedores de las acciones, pidieron en el proceso que se decretara la nulidad de la decisión de los arbitradores para la determinación del precio del contrato, lo cual fue desestimado en instancia, apelación y casación.

Por lo tanto, la *ratio decidendi* de esta sentencia no trata sobre un supuesto de admisión de la impugnación de la decisión de los arbitradores, sino que como *obiter dicta* afirma lo siguiente: «...habrá de recordarse como fundamentación preliminar a la totalidad del recurso, que la figura del arbitrio de un tercero (“arbitrador”), aludida para diferenciarla del arbitraje en el artículo segundo, párrafo dos, de la Ley de veintidós de diciembre de mil novecientos cincuenta y tres (RCL 1953/1734 y NDL 1462), y contemplada por el artículo mil cuatrocientos cuarenta y siete del Código Civil para la determinación del precio en la compraventa cuando así lo convinieren los contratantes a modo de negocio per relationem, desemboca en una decisión de obligado acatamiento para comprador y vendedor; y a pesar de que ese precepto no regula la posibilidad de impugnación como lo hiciera el derecho histórico (Partida Quinta, título quinto, ley noventa: “...e si éste, en cuya mano lo meten, señalase el precio desaguissadamente, mucho mayor o menor de lo que vale la cosa, entonces deve ser enderecado el precio según alvedrío de omes buenos”), tanto la doctrina científica, que acude por analogía al artículo mil seiscientos noventa del propio Código, como la Jurisprudencial, contenida en las sentencias de veintiuno de abril de mil novecientos cincuenta y seis (RJ 1956/1941) y veintidós de noviembre de mil novecientos sesenta y seis (RJ 1966/4991), dan paso a la posibilidad de tal censura, amén de las hipótesis de vicios en el consentimiento, cuando el arbitrador prescinde de las instrucciones señaladas por las partes para la fijación del precio, faltando manifiestamente a la equidad con menoscabo de las prudentes pautas de un arbitrium boni viri, sin duda presupuestas por los interesados al referirse al “valor objetivo” de la cosa cuya fijación se remite al fallo arbitral; a lo que cabe añadir que, según la sentencia de veintiuno de febrero de mil novecientos setenta y siete (RJ 1977/611), el artículo en cuestión no estatuye arbitraje alguno en el sentido procesal y propio de la institución y por lo tanto en el de impedir el conocimiento por la jurisdicción ordinaria de la controversia, sino pura y simplemente el de tener el precio por cierto cuando se ha dejado su señalamiento al arbitrio de persona determinada...»

Es decir, en *obiter dicta* es cuando únicamente la sentencia afirma la posibilidad de impugnación de la decisión de los arbitradores, en base tan sólo a la doctrina científica, así como a los considerandos de las sentencias del Tribunal Supremo citadas en la misma (cuyos razonamientos serán expuestos con posterioridad), siendo los motivos de impugnación de la decisión de los arbitradores referidos en esta sentencia, exclusivamente los siguientes:

- i) Vicios del consentimiento.
- ii) Cuando el arbitrador prescinde de las instrucciones señaladas por los interesados para la fijación del precio, faltando manifiestamente a la equidad.

5) SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, DE 21 DE FEBRERO DE 1977 (RJ 1977/611)

La presente sentencia lo que establece igualmente como *obiter dicta* es lo siguiente «...el artículo en cuestión no estatuye arbitraje alguno en el sentido procesal y propio de la institución y por lo tanto en el de impedir el conocimiento por la jurisdicción ordinaria de la controversia, sino pura y simplemente el de tener el precio por cierto cuando se ha dejado su señalamiento al arbitrio de persona determinada...».

Esto es, que el artículo 1.447 del Código Civil no constituye un arbitraje, propiamente dicho, que no impide a la jurisdicción ordinaria conocer de la controversia, lo que no quiere decir que la decisión del arbitrador sea libremente impugnabile, sino que habrá que estar a los criterios de impugnabilidad establecidos por la Jurisprudencia que, como según hemos podido adelantar, ha establecido como causas de dicha revisión: i) la existencia de vicios del consentimiento (los cuales como presupuestos de invalidez contractual —anulabilidad— de cualquier declaración de voluntad (la del arbitrador, evidentemente lo es ya que integra uno de los elementos esenciales del contrato de compraventa, el precio) son siempre impugnables por las partes legitimadas; ii) la no sujeción a las instrucciones de las partes que le han conferido el encargo, actitud que en todo caso ha de ponderarse de acuerdo con el principio de conservación del negocio y las reglas de la equidad.

6) SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, DE 22 DE NOVIEMBRE DE 1966 (RJ 1966/4991)

Esta sentencia resuelve un recurso de casación en relación con un contrato de compraventa celebrado por los litigantes el 30 de agosto de 1963: «...en el que se convino que el precio de las acciones vendidas lo fijara un tercero, el que tendría en cuenta el activo y el pasivo conjunto de dos sociedades, con el examen de los antecedentes y documentos que estime necesarios, y la valoración la efectuará partiendo de los balances de ambas sociedades a la fecha que precisa, terminando la estipulación segunda de dicho contrato con el aditamento de que la valoración será efectuada en conciencia y a ella se someterán vendedores y comprador de forma inapelable, y ante las alegaciones del demandado y recurrente de que el laudo dictado es nulo por no ajustarse el árbitro a las instrucciones que se le dieron, las dos sentencias de instancia declaran que el tercero se ajustó estrictamente a dichas instrucciones (...) pero su solo enunciado evidencia que sienta hechos contrarios a los afirmados por el Juzgador a quo, los que no respeta ni combate por la vía adecuada, y al hacer supuesto de la cuestión es obligado el peticionante del recurso...».

Así pues, esta sentencia tampoco resuelve favorablemente la impugnación de la decisión de un arbitrador, puesto que éste se había ajustado a las instrucciones de sus mandantes, aunque vuelve a sentar como *obiter dicta* que «...aunque el Código, a diferencia de las Partidas, no prevé expresamente que su decisión pueda ser impugnada, la doctrina científica, recogida en la sentencia

de 21 de abril de 1956, autoriza tal impugnación, entre otros casos, cuando el árbitro falta a las instrucciones que las partes le señalaron para la fijación del precio...».

Por ello, la presente sentencia, al igual que la sentencia del Tribunal Supremo, de 21 de abril de 1956, posteriormente citada, lo único que establece doctrinalmente es que el arbitrador no puede separarse de las condiciones y circunstancias fijadas por las partes para la determinación del encargo (precio) conferido. Sin que en ambas sentencias se aprecien en sus razonamientos *obiter dicta* otro motivo de impugnación de la decisión del arbitrador diferente al de apartarse de las instrucciones dadas por sus principales.

7) SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, DE 21 DE ABRIL DE 1956 (RJ 1956/1941)

La presente sentencia resuelve una controversia sobre la que se siguieron múltiples trámites y diversas instancias y recursos, que pueden resumirse de la siguiente manera.

Por sentencia del Tribunal Supremo, de 31 de marzo de 1950, se confirma una sentencia de primera instancia por la cual se declaró la realidad de la existencia de un contrato de compraventa celebrado entre los litigantes de fecha 11 de junio de 1944, por el que el hubo un compromiso del vendedor de vender la finca en cuestión si le era adjudicada en la pública subasta que al día siguiente de la firma había de verificarse. En dicho contrato se establecía que la determinación del precio de la finca la realizara un tercero, al amparo del artículo 1.447 del Código Civil.

Pues bien, el recurso de casación resuelto por esta sentencia lo que dirime es la validez del dictado de la providencia del juzgado de primera instancia ejecutando la sentencia del Tribunal Supremo, de 31 de marzo de 1950, por la que se ordenaba al perito que fijara el valor de la finca en relación al día 12 de junio de 1944 (fecha siguiente a la del contrato, en la que el vendedor resultó ser adjudicatario de la finca). Sin embargo, el vendedor recurrió dicha providencia (dando origen al recurso de casación resuelto por esta sentencia del Tribunal Supremo, de 21 de abril de 1956), por discrepar de la fecha de referencia fijada al arbitrador para que delimitara el precio de la finca, al alegar en relación con el arbitrador que «...no se pueden poner limitaciones ni cortapisas a la persona a quien se encomienda la fijación del precio por ser opuestas al concepto lógico de arbitrio...».

Analizando, la voluntad de las partes para denegar la pretensión del demandante vendedor, dice la sentencia como *ratio decidendi* lo siguiente: «...habrá que reconocer que uno y otro contratante no tenían en su voluntad en tal ocasión otro propósito que el de adquirir la finca en el precio más favorable del remate en relación con el valor que en aquellos momentos le atribuían y por ello realizaron un convenio con antelación a la subasta con la intención de que no sirvieran de obstáculo el uno al otro en las vicisitudes de la licitación, con lo cual no habría alteración de valores por su parte, lo cual revela claramente que en todo momento tuvieron como motivo intencional de su contrato, y por ello no se suscitó debate alguno sobre tal cuestión, el valor actual que tuviera la finca...».

Continúa afirmando la sentencia: «...en segundo término...» y como *obiter dicta* lo siguiente: «...en segundo término al convenir en que la fijación del precio, así como la delimitación superficial del predio, objeto de la compraventa, se confiase a un tercero, no debe entenderse en el sentido de que la actuación de

esta persona hubiera de estar en absoluto libre de toda reguladora limitación porque eso sería dar a la palabra "arbitrio" que emplea el aludido artículo 1.447 del Código Civil, tan extraordinaria amplitud que pudiera llegar a la arbitrariedad, exceso que no hay que suponer que lo quisieran los contratantes y menos que lo autorizase la Ley, sino que lo indudablemente lógico en estos casos es que se expongan a la persona a quien tal encargo se confía las condiciones y circunstancias de lo convenido para que, con arreglo a ellas, emita su decisión arbitral como ha ocurrido en el caso presente...».

Es decir, la presente sentencia lo único que establece doctrinalmente es que el arbitrador no puede separarse de las condiciones y circunstancias fijadas por las partes para la determinación del encargo (precio) conferido, al igual que ocurre, por ejemplo, en el contrato de mandato, sin que ello pueda suponer una libre impugnación de lo actuado por el tercero (arbitrador-mandatario), puesto que si el tercero se ha ajustado a lo convenido por las partes en su encargo, su decisión ha de ser vinculante para las mismas.

En suma, la sentencia del Tribunal Supremo, de 21 de abril de 1956, no consagra la posibilidad de libre impugnación de la decisión del arbitrador.

8) SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE SALAMANCA, DE 19 DE FEBRERO DE 2001 (*JUR* 2001/137354)

Esta sentencia afirma, por otro lado, lo siguiente: «...y tal figura del arbitrador, prevista en los artículos 1.447 del Código Civil para la determinación del precio en la compraventa o en el 1.598, citado por la resolución impugnada, en el arriendo de obra, desemboca en una decisión de obligado acatamiento, sin que la ley regule la posibilidad de impugnación como lo hiciera el derecho histórico (Partida Quinta)».

Esto es, para esta sentencia ni siquiera cabe la impugnación de las decisiones del arbitrador puesto que de *lege data* no se prevé tal revisión.

III. BREVE EXCURSO SOBRE EL ESTADO DE LA CUESTIÓN EN LA DOCTRINA CIENTÍFICA

La tan reiterada alegación que se realiza en la Jurisprudencia analizada para realizar las afirmaciones expuestas, nos obliga a apuntar, aunque someramente, cuál ha sido el parecer de la doctrina científica al respecto (3).

En este sentido, el parecer de la doctrina científica se muestra prácticamente unánime en entender válida la impugnación de la decisión de un arbitrador cuando concurren vicios del consentimiento en su declaración de voluntad, así cuando el arbitrador se separa de las instrucciones emitidas por las partes, coincidiendo, en este sentido, con las manifestaciones de la Jurisprudencia anteriormente revisada.

Así se pronuncia (vid. por todos) GARCÍA CANTERO (4) —con apoyo en la Jurisprudencia aquí revisada— al manifestar que: «...En primer lugar, parece

(3) Para un estudio detallado de la figura, vid. la excelente monografía del profesor Luis Díez-PICAZO, *El arbitrio del tercero en los negocios jurídicos*, Barcelona, 1957.

(4) Gabriel GARCÍA CANTERO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Tomo XIX, págs. 51 y 52. Ed. Revista de Derecho Privado.

claro que, constituyendo el acuerdo o dictamen de los árbitros una declaración de voluntad, podrá ser impugnado si concurren alguno de los vicios de error, dolo o violencia. Tampoco suscita dudas el que si los árbitros no se atuvieron a las instrucciones recibidas de los contratantes, puedan éstos invocar el incumplimiento del contrato, acudiéndose por la doctrina al contrato de mandato como el más aproximado a la función desempeñada por los árbitros... Debo manifestar que no veo otros motivos de impugnación que los ya expresados, lo que parece corroborar la jurisprudencia, dado que tanto la sentencia de 21 de abril de 1956 como las de 22 de noviembre de 1966 y 10 de marzo de 1986, sólo contemplan la posibilidad de impugnación por incumplimiento de las instrucciones dadas por los contratantes en el supuesto de hecho a que las mismas se refieren».

Pero existen posiciones doctrinales más restrictivas a la anteriormente citada de GARCÍA CANTERO (vid. por todos), como es la de MUCIUS SCAEVOLA (5), que niega la posibilidad de impugnar la decisión del arbitrador al pronunciarse del siguiente tenor: «...del mismo modo que cuando dicho tercero cumple su misión, su criterio relativo al precio no puede jamás atacarse... cuando el tercero rehúsa proceder a la estimación por consecuencia de dolo, puesto en práctica por uno de los contratantes, éste debe al otro la correspondiente indemnización de daños y perjuicios». Con igual rotundidad se pronuncia GARCÍA-GOYENA (6) en los comentarios al artículo 1.369 del Proyecto de Código Civil de 1851, que niega la posibilidad de dicha impugnación por el ámbito estrictamente restringido otorgado a la rescisión por lesión en la nueva legislación codificada, pronunciándose del siguiente tenor literal: «...Si la persona determinada señalar un precio manifiestamente excesivo o diminuto, ¿podrá la parte agraviada recurrir al juez para que lo reforme? Según la citada Ley 13 del Código y el párrafo 1, título 24, libro 3, Instituciones, no: Omnimodo secundum ejus aestimationem, pretium persolvatur. Sin embargo, los autores concedían este recurso por consideraciones de equidad, aunque la lesión no excediera de la mitad del justo precio. Nosotros, que rechazamos la rescisión por causa de lesión, aunque ésta sea enormísima, tenemos también que rechazar todo recurso en este caso».

En suma, tampoco existe una unanimidad en la doctrina científica sobre este parecer como pudiera desprenderse de una primera lectura de la Jurisprudencia aquí analizada, aunque sí existe cierta tendencia en la más actual a admitir los criterios de impugnación que ha admitido la Jurisprudencia citada, a saber, sólo cuando concurren vicios del consentimiento y cuando el arbitrador se aparte de las instrucciones encomendadas.

Aunque en el Derecho vigente no se prevea expresamente la posibilidad de impugnación de la decisión del arbitrador, tal y como afirma la Jurisprudencia, y aunque sí lo permitieran las Partidas (7) en contra de las *Instituta* de

A idéntica conclusión llegan MANRESA y NAVARRO, *Comentarios al Código Civil español*, 1905, págs. 48-54; y CASTÁN, *Derecho Civil Español, Común y Foral*, pág. 90.

(5) Q. MUCIUS SCAEVOLA, *Comentarios al Código Civil*, Tomo 23, pág. 289, Madrid, 1906.

(6) F. GARCÍA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, Madrid, 1852. *Comentario al artículo 1.369*.

(7) La Ley 9 del Título V de la Partida Quinta prevé que: «...E si este, en cuya mano lo meten, señalasse el precio desaguisadamente, mucho mayor, o menor, de lo que vale la cosa, estonce deue ser enderacado el precio según aluedrio de omes buenos». Las Siete Partidas, Tomo III, por don IGNACIO SANPONS Y BARBA, don RAMÓN MARTI DE EIXALA, y don JOSÉ FERRER Y SUBIRANA, Barcelona, 1843.

Justiniano (8) (9), no ha de olvidarse que una absoluta permisibilidad no ha sido tampoco la nota generalizada en nuestro Derecho histórico, por lo que el recurso al mismo tampoco ha de servir como principal criterio rector para la solución de la cuestión en nuestro Derecho vigente.

En este sentido, el artículo 836 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855 declaró ejecutoria la sentencia de los amigables componedores, de suerte que no se daba contra ella ningún recurso, ni aun el de reducción o arbitrio de buen varón que permitieron las Leyes 23 y 35, título 4.º, Partida 3.ª En relación con dicha restricción se pronuncia MANRESA (10) del siguiente modo: «...Eso era la consecuencia lógica y racional de la índole, naturaleza y objeto de estos juicios, los cuales perderán su carácter e importancia si se permitiere la alzada del fallo de los amigables componedores».

Esta restricción absoluta sólo se ve afectada parcialmente con la ley provisional de 18 de junio de 1870 y después en la de 22 de abril de 1878, sobre reforma de casación civil, por la que se introdujo la posibilidad de conceder este recurso contra las sentencias de los amigables componedores, pero sólo en los casos de haber fallado sobre puntos no sometidos a su decisión, o fuera del plazo señalado en el compromiso; estos criterios pasarían al artículo 836 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 (en relación con el art. 1.691 de la misma) que permitirían únicamente la casación y sólo por los dos motivos citados. Cabe recordar que el artículo 836 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 estuvo vigente hasta la Ley de Arbitraje de 1953, que si bien en su artículo 3.2 hacía referencia a los arbitradores o amigables componedores, silenciaba la cuestión sobre la impugnabilidad o no de sus decisiones.

IV. CONCLUSIONES

- i) Ninguna de las sentencias del Tribunal Supremo que conocemos han fallado estimando la absoluta y libre impugnación de la decisión del arbitrador por cualquiera de las partes, por lo que no existe ningún argumento de *ratio decidendi* que pueda constituir Jurisprudencia a tales efectos, en los términos del artículo 1.6 del Código Civil.
- ii) La Jurisprudencia admite la posibilidad de revisar la decisión de un arbitrador únicamente en los supuestos de vicios del consentimiento y por haberse apartado el arbitrador de las instrucciones referidas por las partes, lo cual coincide con la generalidad de la opinión de la doctrina científica, aunque existan argumentos doctrinales al respecto incluso más restrictivos.
- iii) Pese a que nuestro Derecho de Partidas permitiese la impugnación de la decisión del arbitrador —en contra de las Instituta del Derecho

(8) *Instituta*, Justiniano, párrafo 1, título 24, libro 3.

(9) No obstante, en el Digesto 17, 2, 79, y en sede de contrato de sociedad, se admitía lo siguiente: «*De ahí que si la determinación de partes que hizo Nerva es tan perversa que resulta de ella una manifiesta iniquidad, puede ser rectificada mediante la acción de buena fe*». *El Digesto de Justiniano*. Versión castellana por Álvaro D'ors, F. HERNÁNDEZ-TEJERO, P. FUENTESECA, M. GARCÍA-GARRIDO y J. BURILLO. Editorial Aranzadi, Pamplona, 1972.

(10) MANRESA, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Tomo 4, págs. 72-74, Madrid, 1905.

- Romano—, esta posibilidad no ha sido una tónica general en nuestro Derecho histórico, como puede observarse en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855 y en la limitadísima impugnabilidad que reconoció la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, la cual sólo se posibilitaba si el arbitrador había fallado sobre puntos no sometidos a su decisión, o bien si lo había hecho fuera del plazo señalado al efecto.
- iv) Con la sentencia del Tribunal Supremo, de 1 de septiembre de 2006, se vuelve a reafirmar el criterio jurisprudencial restrictivo en cuanto a la revisión o impugnación de la decisión del arbitrador, en el caso analizado, cuando se ha integrado *per relationem* uno de los elementos del contrato de compraventa de acciones de una sociedad, esto es, el precio, ex artículo 1.447 del Código Civil. Dicha restricción consiste pues en admitir, sólo como supuestos de impugnación, la existencia de un vicio del consentimiento o la desviación de las instrucciones de las partes. Como elemento adicional, acertadamente señala el carácter «vinculante» que habían estipulado las partes en cuanto a dicha intervención del arbitrador, por lo que el Tribunal de apelación, al examinar la prueba practicada, lo hizo sólo para verificar si el arbitrador se había ajustado al contenido contractual querido por las partes.

RESUMEN

AUDITOR COMPRAVENTA DE ACCIONES

La sentencia del Tribunal Supremo, de 1 de septiembre de 2006, aprecia con carácter restrictivo y como supuestos de impugnación de la decisión del arbitrador, la existencia de vicios del consentimiento, o bien, cuando éste se haya apartado de las instrucciones de sus mandantes faltando a la equidad, valorando la vinculación de las partes a los informes de los auditores, según los criterios propios de su función, por haberlo estipulado así en el correspondiente contrato de compraventa de acciones.

ABSTRACT

SHARE PURCHASE AUDITOR

The Supreme Court's ruling of 1 September 2006 restrictively finds that the arbitrator's decision can be challenged when there are defects of consent, or when the instructions of the principles have not been followed and unfairness has resulted, valuing the tie between the parties and the auditors' reports, according to the criteria inherent in the auditors' function, because the share purchase contract at issue has so stipulated.