

I. Jurisprudencia comentada

SOBRE LA POSIBILIDAD DE REVISAR EN JUICIO DECLARATIVO ORDINARIO LOS PRONUNCIAMIENTOS DE UN LAUDO DICTADO EN ARBITRAJE DE EQUIDAD

(A propósito de la sentencia de la Audiencia Territorial de Burgos de 2 de mayo de 1979)

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO.—II. LOS ANTECEDENTES DEL CASO.—III. ORIGEN DE LA CONTROVERSIA. EL ERROR SUFRIDO POR LOS ÁRBITROS.—IV. CONSIDERACIONES JURÍDICAS: 1) *La revisión, en juicio declarativo, del laudo dictado en arbitraje de equidad: a) Doctrina jurisprudencial. b) Extremos del laudo arbitral que pueden ser combatidos en juicio declarativo ordinario. c) Doctrina de los autores.* 2) *¿Se trataba de un caso de arbitrio de tercero?: a) Planteamiento. b) Preceptos legales de posible aplicación. c) Diferencia entre arbitraje y arbitrio de tercero y entre árbitro y arbitrador. d) Aplicaciones concretas del arbitrio de tercero al caso debatido. e) Motivos por los que puede someterse a revisión el arbitrio de un tercero. f) Conclusiones. g) Posible objeción: la doctrina de los actos propios. h) Justificación del pleito entablado.*—3) *Cauce procesal oportuno y plazo para ejercitar la acción.*—4) *Legitimación pasiva: eventual necesidad de demandar a los árbitros.*—V. DESARROLLO DEL PLEITO: 1) *Cuestiones de hecho.*—2) *Fundamentación jurídica.*—3) *El suplico de la demanda.*—4) *El resultado de la prueba.*—VI. LA SENTENCIA DEL JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA.—VII. SENTENCIA DE LA AUDIENCIA TERRITORIAL.—VIII. COMENTARIO FINAL.

I. PLANTEAMIENTO

El arbitraje suple al procedimiento judicial. Las partes sustraen su controversia al conocimiento de los Tribunales y la someten a la decisión del árbitro o árbitros que previamente designan.

Como es sabido, el arbitraje puede revestir dos formas, de Derecho y de equidad, siendo la última la que en este momento nos interesa. Sobre ella, la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de enero de 1961 dice: «La finalidad que el legislador buscó al crear o autorizar el arbitraje de equi-

dad, de características mucho más simples y sencillas que el arbitraje de Derecho, tanto en el aspecto sustantivo como en el formal, fue la de permitir dirimir las cuestiones que se susciten entre las partes en un amplio marco, sin sujetarse a los términos rígidos del Derecho, buscando la conciliación de aquéllas y apoyándose, por el contrario, de modo preferente en las normas morales o de conciencia que el artículo 4.º de la Ley de Arbitraje recoge o ampara bajo la expresión del leal saber y entender del árbitro».

La resolución dictada por el o los árbitros pone fin a la contienda y goza de la eficacia de una sentencia judicial. Salvo el juego de los recursos que contra el laudo puedan interponerse, éste produce, entre otros, el efecto de «cosa juzgada» (sentencia de 16 de marzo de 1959).

El laudo arbitral, decíamos, puede ser objeto de recurso. Refiriéndonos en concreto al emitido en arbitraje de equidad, hemos de atenernos al artículo 30 de la Ley de Arbitraje, en cuya virtud «contra el fallo que dicten los árbitros en un arbitraje de equidad sólo cabrá recurso de nulidad ante la Sala Primera del Tribunal Supremo, por los motivos y según el procedimiento que se establece en el artículo 1.691, número 3.º, y en los artículos 1.774 a 1.780 de la Ley de Enjuiciamiento Civil». Del examen de todos estos preceptos se deduce que los motivos de impugnación son: a) haber dictado los árbitros el laudo fuera del plazo fijado en la escritura de compromiso; b) haber resuelto cuestiones no sometidas a su decisión, o que no fueran de índole civil, o que constituyan materias sobre las que las partes no pueden comprometer.

El citado recurso de nulidad, por tanto, sólo puede interponerse, única y exclusivamente, por los motivos o causas arriba enumerados. La sentencia del Tribunal Supremo de 2 de mayo de 1962 manifiesta con claridad el carácter y finalidad de este recurso: «... como estos árbitros (se refiere a los de equidad) no deciden con arreglo a un procedimiento prefijado ni con sujeción a Derecho, no se les pueden imputar errores *in iudicando* ni *in procedendo*, por lo que su decisión sólo puede ser atacada cuando los arbitradores se extralimitan u obran con exceso de poder para anular el laudo, no para corregirlo, enmendarlo o suplirlo, mediante el recurso extraordinario de nulidad, antes llamado de casación, que admite este artículo...».

Este pensamiento se resume de manera muy gráfica con unas palabras que utilizó la sentencia de 18 de marzo de 1957, y antes la de 14 de noviembre de 1956: «La misión del Tribunal en estos recursos *no es corregir deficiencias del laudo*». Aunque el Tribunal Supremo se refiere a la legalidad anterior a 1953, parece que su apreciación puede extenderse al recurso de nulidad instaurado en la Ley de Arbitraje.

Sin embargo, no es menos cierto que tanto con anterioridad como después de la citada Ley de Arbitraje, el Tribunal Supremo ha emitido una doctrina—a la que luego nos referiremos *in extenso* y que es la justificación del presente trabajo—según la cual *cabe la posibilidad de someter a revisión, en juicio declarativo ordinario, los pronunciamientos de árbitros de equidad que adolezcan de injusticia objetiva*.

El autor de estas líneas, conocedor de la mentada doctrina jurisprudencial, siempre la había atribuido un carácter de *obiter dictum* de dudosa aplicabilidad práctica, dado lo difícil que es imaginar un supuesto en que de manera evidente se aprecie en un laudo de equidad la existencia

de injusticia objetiva. Si, como es propio de este tipo de arbitraje, el árbitro o los árbitros juzgan según su leal saber y entender, esto es, según su personal apreciación de las cosas, y si tenemos presente además que por principio las partes en conflicto se someten de antemano y libremente a la subjetiva estimación de quien ha de resolver, parece imposible construir una hipótesis dialéctica en la que un laudo merezca la consideración de inicuo o injusto, a efectos de aplicar la doctrina jurisprudencial apuntada.

Sin embargo, he aquí que con ocasión de nuestro ejercicio profesional, la realidad—a menudo más rica que la más ardiente imaginación del jurista teórico—nos enfrentó con un caso que parecía ajustarse a la perfección con los presupuestos de la mentada doctrina de nuestro Alto Tribunal. La sentencia del Juzgado de Primera Instancia la aplicó sin vacilación, anulando parcialmente un laudo y corrigiéndolo en lo procedente. No obstante, la Audiencia Territorial de Burgos la desechó, revocando la resolución apelada. Es lástima que por razones de orden familiar el demandante se abstuviera de promover recurso de casación, porque ésta habría sido una ocasión inmejorable—prácticamente irrepetible—para que el Tribunal Supremo hubiera fijado de manera concreta un criterio hasta ahora sólo formulado por vía de hipótesis.

II. LOS ANTECEDENTES DEL CASO

1. En 1965 se constituyó sociedad entre don E. R. y su sobrino don I. de la I. Se trataba de una sociedad concertada verbalmente, sin formalización alguna, y cuyo objeto era la construcción de edificios de todo tipo. Don E. R. era socio capitalista, y don I. industrial, acordándose el reparto de beneficios por mitades.

2. Posteriormente ingresó en la sociedad don J. J. U. Este socio recibió una participación del 25 por 100, pero permaneciendo invariable la de don E. R., de suerte que las participaciones resultantes del ingreso de este socio quedaron así: don E. R., el 50 por 100; don I., el 25 por 100, y don J. J., el restante 25 por 100.

3. A causa de ciertas diferencias surgidas entre los socios, éstos decidieron disolver y liquidar la sociedad, acordando a tal efecto la práctica de un arbitraje de equidad. Mediante escritura de 7 de febrero de 1972 fueron designados árbitros tres Abogados de Bilbao, que habían de resolver sobre los extremos siguientes:

a) Cantidades entregadas por don E. R., tanto en concepto de aportación de capital como en concepto de anticipo a préstamo y condiciones de éste.

b) Determinación del haber de la sociedad particular o comunidad (*sic*), con fijación de su activo y pasivo.

c) Ingresos y gastos de la sociedad privada o comunidad, cobros y pagos verificados y por quién o quiénes se hayan efectuado y determinación de los beneficios obtenidos por la comunidad o sociedad privada.

d) Determinación de la cantidad del 50 por 100 de los beneficios correspondientes a don E. R., y determinación de la cantidad a que asciende el 50 por 100 de los beneficios correspondientes conjuntamente a don I. y don J. J.

e) Saldos a favor o en contra de los partícipes de la comunidad o sociedad privada y plazo, circunstancias y condiciones en que los saldos a favor sean abonados (*sic*) a quien o quienes corresponda por aquel o aquellos de los partícipes a los que se fijen saldos en contra.

f) Adjudicación del haber común o social a los copartícipes don E. R., don I. y don J. J., en la proporción, forma y cuantía que se fije por los árbitros, de suerte que quede terminada, extinguida y liquidada la comunidad o sociedad privada.

4. Mediante escritura de 28 de abril de 1973, los árbitros dictaron el correspondiente laudo, adoptado por unanimidad.

En la decisión arbitral se establecían, en lo que ahora interesa, los siguientes pronunciamientos:

a) Que el activo de la sociedad estaba integrado por una variada serie de bienes y derechos, entre los que cabe destacar, por su cuantía: metálico, maquinaria, créditos, lonjas y sótanos y un terreno en Baracaldo. Este último bien constituyó precisamente el objeto de la ulterior controversia judicial.

Los árbitros, *que no manifestaron en el laudo los criterios por ellos seguidos para la valoración de los elementos del activo*, dieron a cada uno de ellos una estimación, cuya suma total fue de 28.367.831,16 pesetas. Deducida de esta cantidad la de 8.580.337 (capital aportado por don E. R., préstamo de éste a la sociedad e intereses, así como gastos de un litigio sufragados por el mismo don E. R.), resultó un beneficio social de 19.787.494,16 pesetas.

b) Que el saldo en favor de don E. R. ascendía a 18.474.084,08 pesetas, resultante de sumar la mencionada cifra de 8.580.337 pesetas a la de 9.893.747,08 (participación en el haber líquido y beneficios de la sociedad).

c) En pago de los saldos resultantes en favor de cada uno de los consocios se efectuaron diversas adjudicaciones, de acuerdo con el inventario y valoraciones de los diferentes elementos del activo, a que antes nos hemos referido.

5. Individualizamos, por tratarse del objeto que dio lugar al conflicto, uno de los bienes del haber social. Nos referimos al mencionado en el apartado 2.54 del laudo, cuyo texto es necesario reproducir:

«Terreno sito en el barrio de Arteagabeitia, de Baracaldo, que después de las segregaciones de él practicadas mide cuatrocientos quince metros y cuarenta y ocho centímetros cuadrados y linda: por el Norte, con otro que fue segregado de éste, en el que se ha construido un edificio con dos portales, señalados con los números 1 y 3 de la calle Travesía de Arteagabeitia; por el Sur, con la calle de Arteagabeitia; al Este, con propiedad de don G. de M., y al Oeste, con la finca antes descrita.

Sobre este terreno se halla construido en la actualidad un pequeño pabellón destinado al negocio de cervecería, con sus correspondientes instalaciones y mobiliario para este menester (edificación no declarada a efectos registrales).

El inmueble pertenece en proindivisión y por mitades o iguales partes a don E. R. y don I. de la I. según escritura de 2 de febrero de 1968, otorgada ante el Notario de Bilbao don I. N. F., inscrita en el Registro de la Propiedad... (según los datos registrales).

Se evalúan conjuntamente el terreno y las instalaciones y mobiliario en 2.500.000 pesetas.»

La historia de esta finca, decisiva para la plena comprensión del problema, puede resumirse así: doña María del Rosario V. Q. era propietaria de un terreno en el barrio de Arteagabeitia, en Baracaldo, de una extensión registral (casi coincidente con la real) de 1.473,83 metros cuadrados; asistida de su esposo, la vendió íntegramente a don E. R. mediante documento privado de 12 de abril de 1966, por un precio de 2.000.000 de pesetas. La compra la efectuó don E. R. para la sociedad que tenía formada con don I. de la I., y a la que más tarde se incorporó don J. J. U.

Puesto que no convenía—en realidad no era posible, por premura de tiempo—formalizar en escritura pública esta transmisión, se convino entre la vendedora y el comprador (o mejor, la sociedad de que éste formaba parte) que aquélla seguiría figurando como dueña del terreno a los efectos de construcción de dos casas de viviendas de protección oficial que el comprador (la sociedad en la que participaba) proyectaba llevar a cabo. Por tanto, la declaración de obra nueva de la construcción del caso fue otorgada por doña María del Rosario.

La edificación se efectuó sobre una porción de 883,35 metros cuadrados, que fue segregada de su matriz en la escritura de declaración de obra nueva. En esta misma fue segregada también otra porción de 175 metros cuadrados, destinada a semicalle de Travesía de Arteagabeitia. La finca matriz quedó con una extensión de 415,48 metros cuadrados, y es precisamente la que originó el problema que nos ocupa.

Mediante escritura de 2 de febrero de 1968, la citada doña María del Rosario vendió a don E. R. y a don I. de la I. los dos terrenos sobrantes después de la construcción, esto es, la porción de 175 metros (semicalle) y la de 415,48, que es la del caso. Se trataba en realidad de la formalización pública de la venta en documento privado, a que antes hemos hecho mención. Pero con la diferencia de que aquí figuraba también como comprador don I. de la I., dato intrascendente por lo que respecta a las relaciones entre ambos compradores, puesto que la finca toda, como antes decíamos, se había adquirido por y para la sociedad, con independencia de la identidad de quien figurase como titular formal de su dominio. En esta escritura de venta los compradores hicieron constar—detalle interesante—que la finca de 415,48 metros la destinarían a construir sobre ella viviendas de protección oficial.

Entre tanto, los socios, ante la imposibilidad de edificar sobre esta última finca, pues la atravesaba una línea de alta tensión propiedad de «Iberduero», acordaron destinarla provisionalmente a negocio de cervecería. A tal efecto, *don I. de la I.* (dato también relevante) solicitó y obtuvo del Ayuntamiento de Baracaldo la pertinente licencia. Se le autorizó a construir un edificio de una sola planta, pero en precario y sin derecho a indemnización de ninguna clase cuando el Ayuntamiento ordenara su retirada.

Posteriormente desapareció la traba constituida por la línea de alta tensión, al ser retirada ésta por «Iberduero».

6. En el laudo arbitral, a que antes hemos hecho referencia, el resto de finca de 415,48 metros cuadrados fue adjudicado a don E. R., en pago parcial de su saldo o haber. Entre las adjudicaciones hechas en su favor (apartado 6.1.e) del laudo) se dice:

«El terreno sito en Baracaldo, que se relaciona al número 2.54 del laudo, con las instalaciones y mobiliario en él indicados 2.500.000 pesetas.»

7. Don E. R. interpuso contra el laudo recurso de nulidad ante el Tribunal Supremo, basado en motivos que no hacen al caso ni afectan a la interesante cuestión que luego había de suscitarse. El recurso fue desestimado.

8. Hemos de retener como conclusión, por tanto, *que en el laudo arbitral se adjudicó a don E. R., por un valor de 2.500.000 pesetas, el terreno de 415,48 metros cuadrados, tantas veces citado.*

III. ORIGEN DE LA CONTROVERSIA. EL ERROR SUFRIDO POR LOS ARBITROS

Como quiera que don E. R., adjudicatario y ahora único dueño del repetido terreno del barrio de Arteagabeitia, de Baracaldo, pretendiese llevar a cabo sobre él una edificación, solicitó del Ayuntamiento la correspondiente licencia. Pero la Comisión Municipal permanente, en sesión de 5 de julio de 1974, acordó lo que sigue:

«Manifestar a don E. R. J. que la construcción que al parecer pretende, sobre el terreno que hoy ocupa una cervcería situada entre las calles de Arteagabeitia y Manuel de Falla, se halla agotado su volumen (*sic*) por las edificaciones llevadas a cabo de 30 y 21 viviendas en la zona expresada, y que por la razón apuntada la cervcería fue permitida en precario.»

Consecuentemente, al resultar imposible la edificación, por causa de la limitación urbanística invocada por el Ayuntamiento, don E. R. se encontraba con que un bien que le fue adjudicado por los árbitros en pago de 2.500.000 pesetas (según valoración hecha por los propios árbitros en su inventario) tenía *de facto* un valor notoriamente inferior, ya que, por razón de la mentada limitación, era apto para muy contados y poco fructíferos destinos, sufriendo, en cambio, la contrapartida permanente que constituye el devengo de la correspondiente contribución territorial.

Ahora nos es preciso alterar un tanto el natural orden expositivo y aludir a las cuestiones de hecho que se plantearon en el juicio declarativo que, solicitando la revisión o modificación parcial del laudo, promovió don E. R.

Don E. R. venía a sostener que el solar que se le había adjudicado por los árbitros no sólo no merecía la valoración de 2.500.000 pesetas, sino que ésta escasamente podía alcanzar a 100.000 pesetas, atendida su condición de terreno no edificable.

Su tesis era que, al dictar su laudo, los árbitros habían asignado al terreno un valor que por aquel entonces podía ser correcto, atendidos los precios del suelo vigentes a la sazón. Se descartaba el valor de la edificación destinada a cervcería—por tratarse de una pequeña construcción y además autorizada en precario, sin derecho a indemnización si el Ayuntamiento ordenaba su retirada—y se despreciaba asimismo el valor del mobiliario, muy elemental y escaso. Por tanto, el tema venía a centrarse en la

estimación del terreno como tal, esto es, como solar. Y, como decimos, se aceptaba por parte de don E. R. que la valoración que de él habían dado los árbitros hubiera sido correcta de haberse tratado de una parcela edificable.

Mas he aquí que no lo era. En efecto, de acuerdo con el Plan de Ordenación Urbana vigente en Baracaldo desde 1956 (es decir, mucho antes del laudo), la zona en que se hallaba el terreno del caso se encontraba limitada por un determinado volumen de edificabilidad. En la parcela primitivamente adquirida por la sociedad se habían levantado dos casas (por cuenta de la propia sociedad), de suerte que con su construcción se había agotado la edificabilidad de toda la parcela, resultando así que el sobrante adjudicado a don E. R. en el laudo (el solar de 415,48 metros cuadrados) ya no podía ser destinado a construcción.

Por tanto, la alegación fáctica de don E. R. era que los árbitros habían errado al hacer su valoración del terreno en cuestión, al atribuirle un precio que hubiera sido correcto en circunstancias normales, pero que resultaba a todas luces exagerado si se tenía presente que no era apto para construir por haberse agotado el volumen de edificabilidad, precisamente porque la sociedad había levantado antes dos casas en la parcela primitiva.

Todos estos extremos de hecho, como luego veremos, fueron sobradamente acreditados en el juicio correspondiente.

IV. CONSIDERACIONES JURIDICAS

Así las cosas, se nos planteó la pregunta sobre las posibles acciones a adoptar para corregir la injusticia objetiva en que el laudo había incurrido y, en consecuencia, para restaurar el equilibrio patrimonial roto en perjuicio de don E. R.

Evidentemente, las cuestiones a dilucidar eran tres:

- 1) Si procedía o no una revisión de la decisión arbitral, lo que implicaba decidir previamente si se trataba de un verdadero arbitraje o de un ejemplo de arbitrio de un tercero.
- 2) En caso afirmativo, cauce procesal oportuno y plazo para ejercitar la acción.
- 3) Contra quiénes tendría que interponerse la eventual demanda: contra los árbitros, contra los ex socios o contra unos y otros.

1. LA REVISIÓN EN JUICIO DECLARATIVO DEL LAUDO DICTADO EN ARBITRAJE DE EQUITAD

a) *Doctrina jurisprudencial*

Como hemos dicho, contra el laudo dictado en arbitraje de equidad sólo cabe el llamado recurso de nulidad, por las causas tasadas que al efecto establece la Ley de Arbitraje y que en ningún caso permiten el enjuiciamiento del fondo de la decisión arbitral.

Pero ésta es una vía de impugnación del laudo. Junto a la impugnación o recurso propiamente dicho, se admite por la jurisprudencia y por los

autores la existencia de un medio *para combatir o revisar* los pronunciamientos de un laudo (e incluso su propia validez) por el cauce de un procedimiento nuevo y distinto del arbitral. En concreto, como antes decíamos, mediante un juicio declarativo.

Antes de la entrada en vigor de la Ley de Arbitraje, esto es, bajo el imperio de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el Tribunal Supremo, manifestó reiteradamente que el laudo dictado por árbitros de equidad (entonces «amigables componedores») podía ser atacado a través de un juicio declarativo ordinario.

La razón de esta doctrina fue expuesta en algunas de las sentencias del Alto Tribunal: se trataba de poder someter a algún tipo de revisión el procedimiento y el laudo arbitrales, ya que no podía canalizarse por la vía del intercurso de casación, dada la estrechez de los motivos que permitían interponer con eficacia este recurso (de forma semejante a lo que hoy sucede con el recurso de nulidad).

Un ejemplo claro es el que brinda la sentencia de *19 de febrero de 1944*. En aquel caso, haciendo aplicación de la mencionada doctrina jurisprudencial, una de las partes intervinientes en un arbitraje de equidad interpuso demanda en juicio declarativo de mayor cuantía sobre nulidad del laudo que habían dictado los amigables componedores. La demanda fue estimada en las dos instancias y el correspondiente recurso de casación desestimado por el Tribunal Supremo. En una palabra: que en este caso no sólo se interpuso, sino que *prosperó* la acción declarativa entablada realmente *contra el laudo*.

La sentencia de *17 de enero de 1946* declaró, refiriéndose a ciertas irregularidades del arbitraje invocadas por una de las partes, que «habrán de ser resueltas en el procedimiento adecuado, que es el *juicio ordinario*».

La de *28 de septiembre de 1954* reafirmó que «el problema jurídico sobre nulidad del laudo por deficiencias *intrínsecas o extrínsecas* que no afecten directamente a alguno de los supuestos previstos en el artículo 1.691 de la Ley Procesal *podrán ser materia propia de un juicio declarativo*, pero no del recurso de casación...».

Posteriormente, la sentencia de *2 de mayo de 1962* se planteó el tema de la subsistencia de la acción de nulidad mediante juicio declarativo, una vez dictada la Ley de 1953. Lo cierto es que en la sentencia se examina un problema muy concreto, que es el determinar si se puede, a través del referido juicio declarativo, someter a revisión la validez del contrato preliminar de arbitraje. Pero el interés de la resolución del Supremo radica no en la decisión sobre el caso concreto—decisión afirmativa, ya que el Tribunal lo único que dice es que el tema de la validez del contrato preliminar no puede plantearse *en el recurso de nulidad contra el laudo*—, sino que reside en el hecho de que se admite que la nueva Ley de 1953 no desvirtúa la antigua doctrina jurisprudencial, que admitía aquella acción declarativa de que venimos hablando.

Dice, en primer lugar, la sentencia: «Ante la realidad de que podían existir otros motivos de impugnación no incluidos en el artículo 1.691 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y dada la dificultad de que en dicho recurso pudieran discutirse las cuestiones sobre validez de la cláusula compromisoria, del compromiso en sentido estricto o del laudo, se admitió por la jurisprudencia la antigua acción de nulidad ejercitable en juicio declarativo». E invoca en su apoyo, entre otras, las sentencias de 21 de octubre de 1943 y 14 de octubre de 1947. Más adelante, el Tribunal mani-

fiesta que esta doctrina (es decir, la de la admisibilidad del juicio declarativo) parece empañada por el artículo 10, número 5.º, de la Ley de Arbitraje. Pero a renglón seguido, la Sala Primera razona así: dado que los límites del recurso de nulidad son tan estrechos y tasados, es claro que no caben dentro de él el análisis y resolución del problema del contrato preliminar de arbitraje; por tanto, es evidente que no puede aplicarse al arbitraje de equidad la remisión que en el citado artículo 10, número 5.º, de la ley se hace a los «recursos establecidos para la impugnación del laudo». En consecuencia, es admisible la reconsideración de aquel problema en un juicio declarativo posterior al laudo.

De este razonamiento nos interesa, como antes decíamos, una conclusión que luego van a ratificar posteriores sentencias: que el juego del recurso de nulidad no cierra el paso a la acción de nulidad («antigua acción de nulidad», dice la resolución) ejercitable en juicio ordinario.

Contundente es también la sentencia de 12 de diciembre de 1964. Después de reiterar la doctrina según la cual los motivos de casación (hoy nulidad) no alcanzan al examen de los vicios y defectos, reales o supuestos, sean sustanciales o accidentales, de que la escritura o el laudo pudieron adolecer, se refiere a otro criterio jurisprudencial uniforme, cual es el de dejar siempre abierto el camino a una posible revisión del laudo por medio del juicio declarativo ulterior. Haciendo un análisis de las sentencias en que apoya su pensamiento, dice: «... d) la sentencia de 14 de enero de 1949, que reiteró la doctrina de que la diversidad de causas de anulación tiene señaladas para su ejercicio, en la ley y en la jurisprudencia, dos sendas perfectamente delimitadas: el recurso de casación... y el juicio declarativo en los demás casos, lo cual es doctrina reiterada en las sentencias de 27 de enero y 21 de febrero de 1906, 26 de marzo de 1913, 26 de junio de 1916, 25 de febrero y 26 de junio de 1924 y 11 de abril de 1932».

La sentencia de 16 de febrero de 1968, razonando en torno a los motivos que pueden fundamentar un recurso de nulidad, dice, entre otras cosas: «... Que tampoco podrán denunciarse eficazmente las deficiencias intrínsecas del laudo, ni la falta de ritualismos o trámites, en el curso del procedimiento seguido hasta llegar a emitirlo, sin perjuicio de las acciones ordinarias que, en su caso, procedieren con arreglo a Derecho».

Esta misma doctrina se halla perfectamente condensada en la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de febrero de 1970. Se trataba en aquel caso de un recurso de nulidad interpuesto contra laudo dictado en arbitraje de equidad, y el fondo del asunto consistía—entre otras cosas—en una rendición de cuentas previa a la liquidación de ciertas relaciones económicas mantenidas entre las partes.

De los pronunciamientos del Tribunal Supremo se deducen los dos principios que venimos sustentando: 1) que los motivos por los que puede interponerse el recurso de nulidad contra el laudo son los taxativamente enumerados en la ley y ningún otro, y 2) que ello no obstante, pueden someterse a revisión judicial, por la vía del juicio declarativo, algunas cuestiones relacionadas con la actuación y decisión de los árbitros.

En relación con el primero de estos principios, dice el Tribunal Supremo en uno de sus considerandos: «Que la especial naturaleza del arbitraje de equidad, en el que los llamados a resolverlo gozan de libertad para la apreciación de los hechos y han de aplicar a los mismos no los preceptos legales que serían pertinentes, sino a su leal saber y entender los dictados

de esa equidad que adjetiva el arbitraje, hacen que al llegar a este trance el recurso de nulidad, único que puede interponerse contra el laudo, *no pueda apoyarse en supuestas transgresiones de índole fáctica o jurídica, sino en la propia actuación de los árbitros, si éstos traspasan el límite que les impone la ley o la voluntad de las partes*, incidiendo en verdadero abuso o desviación de los poderes que recibieron o el mandato legal que los enmarca, tal y como al efecto se describe en el número 3.º, artículo 1.691, de la Ley Procesal, que fija tanto las facultades de las partes para la impugnación del laudo, como el campo de acción del Tribunal para resolverla...».

Pero en cuanto al segundo de los postulados sigue la sentencia: «... de ahí que *todas las demás cuestiones que se planteen*, tanto si se refieren a la formalización del compromiso o a su validez, *como a transgresiones, de cualquier índole, que puedan cometer los árbitros en el ejercicio intrínseco de su función y dentro del marco asignado a su competencia*, no tengan cabida en el recurso ni haya que estudiarlas ni resolverlas si indebidamente se plantearan, ya que *todas las acciones a que pueda dar lugar*, aparte lo dicho, *esta especialísima mediación ha de entenderse que quedan reservadas al juicio declarativo ordinario correspondiente...*».

b) *Extremos del laudo arbitral que pueden ser combatidos en juicio declarativo ordinario*

Parece no haber duda, por tanto, sobre la posibilidad de entablar con éxito un juicio declarativo tendente a dejar sin efecto alguno o algunos de los pronunciamientos de un laudo dictado en arbitraje de equidad. El problema se plantea, sin embargo, a la hora de determinar qué extremos del laudo (o del procedimiento arbitral) pueden ser combatidos eficazmente a través del juicio declarativo.

Es la enseñanza de nuestro Tribunal Supremo la que otorga al juicio declarativo el mayor radio de acción como instrumento para combatir el laudo dictado en arbitraje de equidad.

En la sentencia de 21 de enero de 1961 se aprecia una tendencia limitativa. Se trataba en aquel caso de un juicio declarativo entablado por una de las partes enfrentadas en un arbitraje de equidad cuyo laudo había sido objeto, en su día, de un recurso de nulidad (recurso que fue desestimado). El entonces recurrente, disconforme, promovió la demanda que dio lugar a esta sentencia del Supremo. En ella, después de hacerse una serie de consideraciones en torno al significado del arbitraje de equidad, el Tribunal se plantea el tema de la revisión del laudo en juicio declarativo. Y dice: «... ha de examinarse la cuestión con un criterio restrictivo, puesto que de lo contrario se daría paso de modo indirecto a que los laudos dictados en arbitraje de equidad pudieran ser combatidos con análoga amplitud a los recaídos en arbitrajes de Derecho, burlando la finalidad que guió al legislador de facilitar la resolución de aquellas cuestiones que las partes, por su libre arbitrio o voluntad, quieran someter a tales normas de equidad, buscando soluciones de armonía y concordia...».

Sin embargo, estas palabras deben enmarcarse en el concreto contexto de aquel recurso, ya que—y en este sentido nos parece correcta la argumentación del Tribunal—lo que no puede admitirse es que las partes compromitentes, volviendo sobre sus pasos, pretendan revisar las decisiones de los árbitros sólo por no haberse ajustado éstas a «la rígida

aplicación de las normas del Derecho estricto» (palabras estas últimas que utiliza la sentencia aludida).

No obstante, en todos los demás casos el Tribunal Supremo deja abierta la puerta del juicio declarativo con la mayor de las generosidades. Por citar tres sentencias posteriores a la entrada en vigor de la Ley de 1953, mencionamos las de *12 de diciembre de 1964*, *16 de febrero de 1968* y *21 de febrero de 1970*.

En la segunda se dice de forma indirecta, pero muy clara, que el juicio ordinario procede, en abstracto, para denunciar «*las deficiencias intrínsecas*» del laudo y «*la falta de ritualismos o trámites*».

En la tercera se remite al juicio declarativo en «*todas las demás cuestiones que se planteen, tanto si se refieren a la formalización del compromiso o a su validez, como a transgresiones, de cualquier índole, que puedan cometer los árbitros en el ejercicio intrínseco de su función*».

De las palabras del Tribunal Supremo se desprende, por tanto, que en el juicio declarativo se pueden someter a revisión tanto los defectos extrínsecos (de forma) *como los intrínsecos*, esto es, los referentes al fondo mismo de la decisión arbitral. Ciertamente que estas declaraciones del Supremo no siempre constituyen la *ratio decidendi* de los respectivos casos. En otras palabras: en muchas ocasiones constituyen meras afirmaciones doctrinales expresadas de manera tangencial o colateral. Pero no por eso desmerecen en su valor de pronunciamientos suficientemente contundentes como para no poder ser desoídos en el futuro por el propio Alto Tribunal sin incurrir en flagrante contradicción.

No deja lugar a dudas, en fin, la sentencia de *12 de diciembre de 1964*. En sus dos primeros considerandos se hace un breve resumen de la aparición y fundamento de la doctrina del juicio declarativo como medio de revisión del arbitraje de equidad y se alude al carácter tasado de las causas que pueden fundamentar el recurso de nulidad. Para decir en el tercer considerando: «Que por ser esta materia de excepción (se refiere a la del recurso de nulidad), los preceptos que la regulan tienen que ser interpretados en sentido restringido, sin admitir ampliaciones por vía de analogía; y, por tanto, mediante este especial recurso no podrán impugnarse más que esos tres excesos de los árbitros, quedando fuera de él las operaciones preparatorias o instrumentales respecto al fallo, es decir, *los posibles errores in procedendo, y el contenido intrínseco del fallo mismo, en cuanto a su acierto, desacierto, justicia o injusticia, que quedan remitidos al juicio ordinario correspondiente*—sentencias de 26 de mayo de 1913, 11 de abril de 1932 y 15 de noviembre de 1934—.»

Del examen de esta jurisprudencia se desprende una conclusión evidente: *el Tribunal Supremo admite la posibilidad de que en juicio declarativo ordinario se someta a enjuiciamiento, y por ello, en su caso, a revisión o anulación total o parcial, el laudo dictado en arbitraje de equidad.*

Permítasenos la reiteración. Pero la sentencia de *12 de diciembre de 1964* es concluyente: el juicio declarativo puede contemplar el acierto o el desacierto, la justicia o la injusticia, del fallo arbitral.

c) Doctrina de los autores

Procede una breve alusión a la opinión de los autores que, por lo que sabemos, se han pronunciado sobre el tema que estamos analizando.

A poco de aparecer la Ley de Arbitraje de 1953, GUASP (*El arbitraje en el Derecho español*, Barcelona, 1956, pág. 170) se preguntaba ya: «¿Podrá pensarse que, al margen de los recursos de nulidad, queda una acción de nulidad, de Derecho civil, para impugnar en el plazo de cuatro años el laudo?»

GULLÓN (*Curso de Derecho civil. Contratos en especial. Responsabilidad extracontractual*, Madrid, 1968, pág. 499), después de referirse al recurso de nulidad, añade: «Es doctrina jurisprudencial reiterada que no cabe la admisión de otras causas de recurso por vía analógica. *Pero ello no quiere decir que se prohíba atacar el laudo en el juicio declarativo ordinario cuando a ello haya lugar*»

En *Instituciones de Derecho civil* (vol. I, Madrid, 1973, pág. 600), de GULLÓN y Díez-PICAZO, se insiste: No cabe la admisión de otras causas como base del recurso de nulidad, «pero ello no quiere decir que se prohíba atacar el laudo en el juicio declarativo ordinario». Y la misma doctrina sientan estos autores en su *Sistema de Derecho civil* (vol. II, Madrid, 1977, página 442), si bien las sentencias que citan en su apoyo sólo se refieren a vicio en el procedimiento arbitral e ilicitud o nulidad de las cláusulas del compromiso.

FENECH (*El arbitraje en el Derecho español*, en «Estudios de Derecho Procesal», en colaboración con CARRERAS, Barcelona, 1962, pág. 426) opina que no se puede negar a las partes su derecho a impugnar los errores e injusticias posibles, tanto a través del recurso de casación o nulidad como de un procedimiento ordinario de nulidad.

De la misma opinión es CARRERAS, que en *Contribución al estudio del arbitraje* (págs. 449-451) y en *Estudio comparativo de la Ley española de Arbitraje* (págs. 465-466), en los mismos «Estudios de Derecho Procesal» arriba citados, distingue entre los recursos propiamente dichos entablados contra el laudo y la acción de nulidad ejercitada con posterioridad a la sentencia o como oposición a la ejecución.

Y participa del mismo criterio PÉREZ GORDO (*El recurso de nulidad contra el laudo arbitral*, en «Revista General de Derecho», 1972, pág. 1.137), que, después de haberse referido al recurso de nulidad, añade que «en todos los demás supuestos, las posibles infracciones que puedan cometerse sólo podrán combatirse a través del correspondiente juicio declarativo», doctrina que el autor dice aceptada por los procesalistas españoles.

SERRA (*Naturaleza jurídica del arbitraje*, en «Estudios de Derecho Procesal», Barcelona, 1969, pág. 614) considera que pueden ser atacados los siguientes extremos: a) La validez del compromiso o del contrato preliminar de arbitraje; b) La validez del laudo por no haberse cumplido las formalidades externas legalmente establecidas para su emisión; c) El efectivo cumplimiento en el proceso arbitral de los principios esenciales del procedimiento, como el principio de contradicción, y d) La idoneidad de los árbitros para integrar el colegio arbitral.

Más contundente es FERREIRO (*Los arbitrajes de Derecho privado*, 2.ª ed., Pamplona, 1974, pág. 149) cuando dice: «No quiere decir esto que contra el laudo de equidad no exista ningún otro recurso de nulidad. La misma sentencia que últimamente acabamos de citar (se refiere a la de 21 de febrero de 1970) añade que todas las demás cuestiones del recurso han de entenderse que quedan reservadas al juicio ordinario declarativo correspondiente, y admite (el autor se refiere ahora a la sen-

tencia de 1 de febrero de 1960) la eficacia del juicio declarativo ordinario para poner de relieve la nulidad del contrato o la nulidad del auto ordenando la formalización judicial del compromiso.» Es decir—prosigue el autor—, que además de la nulidad de que habla este artículo, en relación con el número 3.º del artículo 1.691 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, «todas las demás infracciones que en el laudo puedan cometerse han de combatirse a través del correspondiente juicio declarativo».

OGÁYAR (*El contrato de compromiso y la institución arbitral*, Madrid, 1977, págs. 229 y sigs.) parte de una postura crítica respecto del sistema de recursos establecido en la Ley de Arbitraje, que juzga impropio. Su pensamiento—desde luego, muy digno de consideración—se sintetiza en las siguientes palabras: «... el arbitraje se concibe y regula como una institución de derecho sustantivo enclavada en la esfera del Derecho privado y dentro de éste, en el campo contractual, pues si los compromitentes se obligan por el contrato de compromiso, los árbitros quedan vinculados al aceptar su designación, naciendo de esta aceptación la relación jurídica arbitral, y estos contratos—el de compromiso y el de dación y recepción de arbitraje—producen, como todo contrato, un vínculo obligatorio, por lo que los compromitentes, otorgada la escritura de compromiso, han de estar y pasar por lo estipulado, de acuerdo con las reglas generales de la contratación (dice el art. 18 de la Ley), y la aceptación de los árbitros da derecho a cada una de las partes a compelerles a que cumplan su encargo, bajo la pena de responder de los daños y perjuicios, pues la consecuencia de la obligatoriedad de los contratos es que no puede dejarse su validez y cumplimiento al arbitrio de uno de los contratantes. Por ello, los árbitros, al aceptar el encargo, *adquieren la obligación de cumplirlo con la lealtad correspondiente a la confianza en ellos depositada*, desempeñando bien su cargo, y si no lo cumplen o lo cumplen mal por dolo, *negligencia*, morosidad o contravención a lo pactado, *responden de los daños y perjuicios causados a las partes que los nombraron* y en ellos confiaron, a tenor del principio general consagrado en el artículo 1.101 del Código Civil, revelando esta naturaleza contractual que *si los árbitros pueden abusar de su cargo o cumplirlo mal, ello puede y debe ser remediado sin salirse de las normas de la contratación...* (los subrayados son nuestros).

Además de esta argumentación—desde la perspectiva de la esencia del arbitraje—, OGÁYAR se muestra disconforme con los recursos instaurados por la Ley de Arbitraje atendidas la naturaleza y fines de la casación (pág. 231). Pero lo que interesa observar es que este autor, aun en su planteamiento *de lege ferenda*, considera incuestionable que cualquiera de los compromitentes puede exigir responsabilidad (la contractual *ex art. 1.101*) al árbitro que ha actuado con negligencia. Debe entenderse: al árbitro que por descuido ha emitido un laudo objetivamente injusto.

Cierto es que la sugerencia de OGÁYAR queda desvirtuada *de lege lata* por virtud del sistema de recursos de hecho establecido por la ley de 1953, pero no es menos cierto que su criterio y su objetivo (que son los de otorgar la posibilidad de corregir un laudo injusto) encuentran satisfacción—aunque por una vía que para él no sería ortodoxa—en la doctrina jurisprudencial que permite la revisión del laudo dictado en arbitraje de equidad a través de un juicio declarativo formulado por la parte víctima de la injusticia frente a la otra.

OGÁYAR reitera este pensamiento en su obra más reciente: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, dirigidos por MANUEL ALBADALEJO, tomo XXII, vol. 2.º, *Artículos 1.809 a 1.821 del Código Civil y Ley de Arbitrajes de Derecho Privado*, Madrid, 1979, págs. 219-221. Es de lamentar que este autor no haya hecho referencia a la doctrina jurisprudencial que en este trabajo nos ocupa, fenómeno acaso debido a la estructura de los citados *Comentarios*, que sigue el sistema de exégesis de artículo por artículo. En cambio, sí postula una solución *de lege ferenda* que viene a confirmar nuestro criterio de que la solución arbitral no puede considerarse en todo caso inatacable. Dice OGÁYAR (pág. 221): «En consecuencia, contra el laudo arbitral no debe darse recurso alguno, porque lo veda la voluntad de los compromitentes que, al excluir a la jurisdicción ordinaria, se someten expresamente a la decisión de los árbitros. Es de desear—añade—que en la futura reforma del arbitraje privado se suprima todo recurso contra el laudo, para ser consecuente el legislador con la naturaleza contractual de la institución; y como garantía de los compromitentes se podría disponer que cuando los árbitros se extralimiten en su función, se podría oponer la parte agraviada a la ejecución del laudo ante el Juez de Primera Instancia en que aquélla se hubiese instado, por vía de incidente, solicitando la ineficacia del laudo; y podría completarse esa garantía haciendo responsables a los árbitros de los daños y perjuicios que causen a las partes, tanto si no cumplen su encargo como si lo desempeñan mal, responsabilidad que en este último supuesto habría de exigirse a la vez que se instase la ineficacia del laudo» (también aquí son nuestros los subrayados).

Del análisis de estos autores se desprende que todos ellos admiten la posibilidad de entablar un juicio declarativo ordinario, posterior al laudo, para someter a revisión algún extremo del mismo. Incluso más: para OGÁYAR, éste tendría que ser el instrumento natural por el que se manifestase la discrepancia respecto al fallo arbitral, puesto que rehúsa *de lege ferenda* el sistema del recurso.

Ahora bien: ¿cuál es la opinión de la doctrina acerca de los concretos extremos que pueden ser sometidos a enjuiciamiento?

GULLÓN y DÍEZ-PICAZO, tanto en la monografía particular del primero como en sus posteriores obras conjuntas, hablan de «atacar el laudo», sin restricción alguna. Y el hecho de que se remitan a la jurisprudencia dictada al efecto (en la que, obviamente, debe incluirse la que admite la verificación de la «justicia o injusticia» del laudo), sin que dichos autores la sometan a crítica negativa, parece conducir a la conclusión de que aceptan la posibilidad de que el juicio declarativo entre en el fondo de la decisión arbitral.

CARRERAS, PÉREZ GORDO y FERREIRO, que también acreditan conocer la doctrina jurisprudencial aludida, no la someten a discusión, por lo que sin excesivo atrevimiento podemos deducir que admiten la revisión de la justicia o injusticia del laudo. En estos autores se habla de «las posibles infracciones» o de «todas las demás infracciones» del fallo arbitral, sin reserva de ningún tipo.

FENECH explícitamente reconoce a las partes su derecho a impugnar los errores e injusticias posibles del laudo.

OGÁYAR, salvada su original postura crítica al respecto, deja bien patente la idea de que lo resuelto por los árbitros no debe ser la última pa-

labra (y obsérvese que lo que dice vale tanto para el arbitraje de Derecho como para el de equidad), ya que, partiendo de la tesis contractualista del arbitraje, afirma la responsabilidad de los árbitros por dolo, negligencia o morosidad, con lo que está dando por incuestionable—siempre dentro de su planteamiento de *iure condendo*—que *el contenido del laudo puede ser revisado*.

Sólo SERRA—que sepamos—excluye la posibilidad de que el juicio declarativo ordinario verse sobre el contenido del juicio arbitral, por entender que entonces se iría contra la santidad de la cosa juzgada.

2. ¿SE TRATABA DE UN CASO DE ARBITRIO DE TERCERO?

a) *Planteamiento*

Creemos que esta interrogante no es, en el plano teórico, ociosa en el caso que nos ocupa. Y desde luego no lo era para don E. R. cuando, en el intento de poner remedio al quebranto económico por él sufrido, se encontraba en la necesidad de decidir qué tipo de procedimiento judicial (o, mejor, qué tipo de pretensión) había de plantear ante los Tribunales.

Ante todo, debemos resaltar un hecho que a nuestro juicio está lleno de significado: *que entre los socios no existía controversia sobre la valoración de los bienes de la sociedad*.

En efecto, cuando los socios acordaron someter a la decisión de los árbitros determinadas cuestiones, lo hicieron por dos motivos: 1) Para que los árbitros determinasen qué parte del metálico entregado por don E. R. lo fue en concepto de aportación de capital y cuál lo fue en concepto de préstamo. *Este era el verdadero conflicto* entre los socios, no otro. Y no había otro, decimos, a pesar los abundantes extremos dejados a la decisión de los árbitros, *porque los socios ya habían adoptado el acuerdo o tomado la decisión de poner fin a la sociedad y repartir sus bienes*. No olvidemos que cuando los socios otorgan la escritura de compromiso lo hacen, según ellos mismos manifiestan, *porque han decidido disolver la sociedad*. 2) En segundo lugar, y en relación con lo que acabamos de decir, se deja en manos de los árbitros la práctica de las operaciones típicamente liquidatorias, a saber: determinación de la participación de cada socio en el haber social y en los beneficios de la sociedad (en definitiva, un balance de situación) y reparto o adjudicación de los diversos elementos de activo y pasivo previamente inventariados. E insistimos en que, según se deduce, no existía controversia entre los socios. Lo único que ocurrió es que, como tantas veces sucede en casos semejantes, los socios prefirieron eludir las discrepancias que entre ellos *podían surgir*, de haber tenido que ser ellos mismos quienes realizasen el inventario, valoración y adjudicación de los bienes y obligaciones sociales, y, en consecuencia, acordaron que fueran otras personas (los tres árbitros precisamente) quienes llevaran a cabo dichas operaciones. En relación con ellas, cabe preguntarse ahora: ¿se trató de un verdadero arbitraje?, ¿resolvieron los árbitros una contienda o, por el contrario, se limitaron a integrar una relación jurídica incompleta? En suma, ¿fueron—en relación con el tema a que estamos refiriéndonos—verdaderos árbitros o simples «arbitradores»? El planteamiento de estas cuestiones obli-

ga a un examen, siquiera esquemático, de diversos aspectos relacionados con la naturaleza jurídica del arbitraje.

Pero antes recordaremos algunos preceptos legales de aplicación al caso que nos ocupa.

b) *Preceptos legales de posible aplicación*

1) Artículo 1.669 del Código Civil:

«No tendrán personalidad jurídica las sociedades cuyos pactos se mantengan secretos entre los socios, y en que cada uno de éstos contrate en su propio nombre con los terceros.

Esta clase de sociedades se registrará por las disposiciones relativas a la comunidad de bienes.»

En varios pasajes del laudo—dicho sea de paso—, los árbitros, refiriéndose a la sociedad del caso, hablan de «comunidad».

2) Artículo 402 del Código Civil:

«La división de la cosa común podrá hacerse por los interesados, o por árbitros o amigables componedores nombrados a voluntad de los partícipes.

En el caso de verificarse por árbitros o amigables componedores, deberán formarse *partes proporcionadas al derecho de cada uno*, evitando en cuanto sea posible los suplementos a metálico.»

3) Artículo 1.708 del Código Civil:

«La partición entre socios se rige por las reglas de las herencias, así en su forma como en las obligaciones que de ello resulten. Al socio de industria no puede aplicarse ninguna parte de los bienes aportados, sino sólo sus frutos y los beneficios, conforme a lo dispuesto en el artículo 1.689, a no haberse pactado expresamente lo contrario.»

4) Artículo 1.057 del Código Civil:

«El testador podrá encomendar por acto *inter vivos* o *mortis causa* para después de su muerte la simple facultad de hacer la partición a cualquier persona que no sea uno de los coherederos...»

5) Artículo 1.061 del Código Civil:

«En la partición de la herencia *se ha de guardar la posible igualdad*, haciendo lotes o adjudicando a cada uno de los coherederos cosas de la misma naturaleza, calidad o especie.»

6) Artículo 1.086 del Código Civil:

«Estando alguna de las fincas de la herencia gravada con renta o *carga real perpetua*, no se procederá a su extinción, aunque sea redimible, sino cuando la mayor parte de los coherederos lo acordase.

No acordándolo así, o *siendo la carga irredimible*, se rebajará su valor o capital del de la finca, y ésta pasará con la carga al que le toque en lote o por adjudicación.»

7) Artículo 2.º de la Ley de Arbitraje, de 22 de diciembre de 1953:

«A los efectos de la presente ley, se entiende por arbitraje la institución por la que una o más personas *dan solución a un conflicto* planteado por otras que se comprometen previamente a aceptar su decisión.

No se considerará arbitraje la intervención del tercero que no se haga para resolver un conflicto pendiente, sino para completar o integrar una relación jurídica aún no definida totalmente.

En este caso, los efectos jurídicos de la intervención del tercero continuarán sometidos al régimen particular que hoy en cada supuesto se establece.»

c) *Diferencia entre arbitraje y arbitrio de un tercero y árbitro y arbitrador*

Conviene ahora—porque creemos que el caso lo justifica—aludir a la distinción entre arbitraje y arbitrio de tercero, diferencia que tiene buen cuidado de salvar el artículo 2.º de la Ley de Arbitraje de 1953. En esta cuestión, así como en las que de ella traen causa, seguimos la exposición de DÍEZ-PICAZO (*El arbitrio de un tercero en los negocios jurídicos*, Barcelona, 1957).

Señala DÍEZ-PICAZO la antigüedad y la dificultad de esta distinción. Y a renglón seguido enumera y examina los diferentes criterios que la doctrina ha utilizado para esclarecerla (juicio de Derecho y juicio de equidad, juicio de hecho y juicio de Derecho, controversia económica y controversia jurídica, y asunto litigioso y asunto pacífico).

El criterio diferenciador que se basa en la contraposición *juicio de hecho-juicio de Derecho* se puede formular así: el árbitro decide sobre una relación jurídica; el arbitrador, una mera cuestión de hecho. Pero, como dice DÍEZ-PICAZO, la experiencia demuestra que el árbitro—como el Juez—puede resolver tanto cuestiones de hecho como de Derecho. En una palabra: la resolución de cuestiones de hecho no es privativa del arbitrador, puesto que puede efectuarla también el árbitro.

Otro criterio diferenciador es el que contrapone la *controversia económica a la controversia jurídica*. La idea, sutilmente desarrollada por CARNELUTTI, se sintetiza así: en el «litigio», propiamente dicho, hay un conflicto de intereses y una contienda sobre la tutela del interés de cada parte. Frente a este tipo de controversia se encuentran los «conflictos de intereses simples». En estos últimos, las partes no pretenden la tutela jurídica ni discuten acerca de ella. Son las llamadas «controversias económicas».

En el caso que nos ocupa se da la circunstancia de que los comprometidos no discutían—cuando se concertó el compromiso—sobre la valoración y adjudicación de los bienes sociales. Lo único que sucedió es que prefirieron que otras personas—los árbitros—las hicieran por ellos, precisamente para evitar que surgiera el conflicto sobre una cuestión tan poco jurídica como es valorar unos bienes y repartirlos.

Más penetrante quizá es el último de los criterios de distinción citado por DÍEZ-PICAZO. Consiste en diferenciar *asunto pacífico* y *asunto litigioso*. Nuestro autor dice a este respecto, resumiendo la tesis: «El arbitraje recae sobre un litigio. Sin litigio, el arbitraje no se comprende, precisamente porque el arbitraje es aquella institución por virtud de la cual las partes encomiendan a un tercero la composición del litigio...» Mientras que, en relación con el arbitrio de un tercero, «puede decirse que cuando éste surge es precisamente porque el litigio no existe... Ello es independiente de que las partes hayan logrado un acuerdo más o menos

completo. Podrá no existir un acuerdo total. Mejor aún: la falta de total acuerdo debe existir para que el arbitrio surja. Podrá incluso haberse producido desacuerdo, aunque ello no es necesario. Pero *no existe litigio*». DÍEZ-PICAZO alza su distinción sobre la existente entre litigio y negocio. Y concluye: «El árbitro es el Juez de un litigio; el arbitrador es el Juez de un negocio.»

En nuestro caso, podría esgrimirse, creemos que sin incurrir en exceso de sutileza, el siguiente razonamiento: cuando los socios acordaron el arbitraje habían decidido ya la disolución de la sociedad (o de la comunidad, según se quiera); en efecto, existía ya un convenio (un negocio jurídico) de disolución; había, desde luego, alguna cuestión controvertida—cuestión litigiosa—, pero no era la que versaba sobre la valoración del haber y adjudicación de sus elementos; en relación con este tema no se había tenido siquiera la oportunidad de discutir; hubo acuerdo (negocio) sobre la disolución, como decíamos, pero se dejó que los árbitros integrasen o completasen este acuerdo fijando el valor de los bienes y repartiéndolos, cosa que encaja perfectamente en las previsiones de los artículos 402, 1.708 y 1.057 del Código Civil. La prueba definitiva de que entre las partes no había controversia en torno a la valoración del haber social radica precisamente en que *ninguno de los socios sabía de antemano qué bien o bienes les iban a ser adjudicados, lo que excluye por hipótesis el eventual intento de cualquiera de ellos de dar a un bien o a otro un valor más alto o más bajo*.

Este pensamiento puede encontrar apoyo en el artículo 2.º de la Ley de Arbitraje de 1953. La alusión al «conflicto» (párr. 1.º) parece encontrada con la figura del tercero arbitrador descrito en el párrafo 2.º Atendido el texto legal, «árbitro» es el que resuelve un conflicto; «arbitrador», el que integra una relación jurídica incompleta, pero sin que medie conflicto (cuando menos, sin que medie conflicto en torno a la integración misma, con independencia de que pueda haberlo en relación con otros extremos, como ocurría en el caso que nos ocupa).

Podemos ahora preguntarnos: ¿la figura jurídica del arbitrio de un tercero pierde esta condición, para pasar a ser un arbitraje, cuando se incluye dentro de un contrato de compromiso? Si aceptamos la distinción que se eleva sobre la dualidad «cuestión litigiosa-cuestión pacífica», es obvio que estamos en presencia de la figura de arbitrio de un tercero, cualquiera que sea la forma que se dé a su intervención, siempre que entre las partes no exista previa controversia o contradicción en torno a la decisión que se deja en sus manos.

d) *Aplicaciones concretas del arbitrio de tercero al caso debatido*

Los casos de arbitrio de tercero previstos en el Código Civil y más íntimamente relacionados con el caso que nos ocupa son, sin duda, los de división de cosa común y los de partición de herencia.

En lo que hace a la división de la cosa común, DÍEZ-PICAZO se plantea la duda que a primera vista sugiere el artículo 402 del Código Civil. En efecto, al hablar dicho precepto de «árbitros o amigables componedores», ¿quiere decir o significar que no se trata de un caso de arbitrio de un tercero? Analiza el autor los diversos supuestos posibles, para concluir —a nuestro juicio, con acierto—que «no existe dificultad para que los

comuneros, entre quienes no existe conflicto, controversia o como quiera llamársele, en perfecto acuerdo y armonía, decidan, precisamente para evitar el conflicto, encomendar a un tercero la función de llevar a cabo la división, aceptando de antemano los resultados a que lleguen, y esto no sería arbitraje. En nuestra opinión, sentado este principio, es ya indiferente la forma que revista o el nombre que se dé al acto de encomendar al tercero (o terceros, como en nuestro caso) la práctica de la división. Y estimamos que no queda modificada su naturaleza por el hecho de que, junto a tal función, se asigne también al tercero la de dirimir un conflicto entre las partes, esto es, se le confíe la resolución de un verdadero y propio arbitraje.

La otra figura interesante es la del llamado contador partididor de una herencia. Díez-PICAZO pone de relieve el hecho de que la jurisprudencia se ha inclinado a identificar esta figura con la de mandatario. Pero, con mejores razones, el mismo autor se orienta hacia la institución del arbitrador, más que hacia la del mandatario. Y en este punto Díez-PICAZO utiliza una expresión que nos parece muy significativa de lo que en verdad es el arbitrio de un tercero: «Se trata siempre—dice—de un mismo hecho: las partes se remiten a la solución que un tercero dé a una cuestión que ellas mismas puedan resolver... Los herederos pueden hacer la partición por sí mismos de la manera que tengan por conveniente (artículo 1.058)—nosotros recordáramos el artículo 1.708—, dentro de lo cual cabe que se remitan a lo que un tercero decida. Y el tercero, en tanto no surja litigio, desarrolla siempre la misma función: es un arbitrador.»

e) *Motivos por los que puede someterse a revisión el arbitrio del tercero*

Todo cuanto venimos diciendo no tendría especial interés, por lo que a nuestro caso se refiere, si no fuera porque el acto de decisión llevado a cabo por el tercero puede adolecer de cualquiera de las causas de ineficacia propias de un acto jurídico. En concreto, nos interesan dos: error en la decisión o inobservancia de las reglas condicionantes de la misma.

En cuanto al primero de los extremos—*error*—, dice Díez-PICAZO: «Si la decisión del arbitrador no se formó libre y voluntariamente, porque concurrieron en ella error, dolo, violencia, etc., no cabe duda que sería una decisión defectuosa y, como tal, impugnabile.» No es sino aplicación de la doctrina general de los vicios del consentimiento.

Mayor dificultad—prosigue Díez-PICAZO—ofrece el tema de la eficacia anormal del arbitrio por *inobservancia de las reglas condicionantes de la decisión*. La más elemental es, sin duda, la equidad, cuya contraposición, la «iniquidad manifiesta», es considerada por el Código en algún caso como motivo de impugnación de la decisión (art. 1.690, sobre distribución de pérdidas y ganancias sociales). Es evidente que, en el caso que nos ocupa, la iniquidad objetiva—falta de proporción—encontraría su sanción a través de los artículos 402 y 1.061 del Código Civil. Díez-PICAZO, a nuestro juicio muy acertadamente, sugiere que si el principio contenido en el artículo 1.690 no pudiese ser extendido por vía de analogía, la posibilidad de impugnación por falta de equidad tendría un vigoroso fundamento en el artículo 1.714 del Código Civil, según el cual el mandatario—el arbitrador—no puede traspasar los límites del mandato. Y uno de los límites impuestos al arbitrador—concluye—es la observancia de las reglas de equidad.

f) *Conclusiones*

A la vista de todas estas consideraciones, resulta una única cuestión: si en el caso que nos ocupa, y precisamente en lo que se refiere a la valoración del haber social, no en otro extremo, los árbitros fueron verdaderos árbitros o sólo arbitradores. Dicho de otro modo: si puede considerarse que, a pesar de la forma externa de arbitraje de equidad, la decisión de los árbitros no fue otra cosa que un supuesto de arbitrio de un tercero (terceros en este caso), dirigido a integrar una relación jurídica incompleta (el pacto de disolución de la sociedad).

Aunque no es posible dar sin vacilación una contestación a esta pregunta, y a pesar de que en cierto modo puede resultar aquélla innecesaria, por las razones que luego se dirán, estimamos que no carece de fundamento la teoría según la cual en este caso los árbitros desarrollaron una doble función. Puramente arbitral, la una: la que consistió en resolver o dirimir el conflicto existente en torno a la naturaleza de las aportaciones dinerarias del señor R.; de capital, según él, o en concepto de préstamo, según sus ex socios. También, según parece, pudo existir conflicto en torno a las cantidades retiradas por los socios de la caja social. Pero no hubo contienda—y ésta es la segunda función de los árbitros—en relación con la determinación del haber social, y menos con su valoración y ulterior adjudicación. De ser cierto este planteamiento de hecho (que, por otra parte, se ve confirmado por las declaraciones que hacen las partes en la escritura de compromiso), se puede sostener sin temeridad que el acto de decisión de los árbitros puede ser impugnado por las causas que hemos mentado en anterior apartado e). *Error en la decisión*, si los árbitros valoraron el terreno ignorantes de una circunstancia trascendental para la estimación de su precio comercial. *O iniquidad objetiva* (esto es, real desequilibrio entre las adjudicaciones correspondientes a cada socio), si se mira el resultado, ya que don E. R. vino a percibir, en términos proporcionales, menor cantidad de bienes que sus ex socios.

g) *Posible objeción: la doctrina de los actos propios*

Todo cuanto hemos sostenido podría ser objetado si nos atuviéramos a la sutil pregunta que se formula GULLÓN (*loc. cit.*, nota 19), quien, después de haber referido la doctrina jurisprudencial admisoras de la acción declarativa como medio de combate contra un laudo, dice: «... ello puede plantear el problema de si se puede ir contra los propios actos, cuando después de recurrir ante el Supremo se inicia el juicio declarativo».

Sin desdeñar, desde luego, tan sugerente argumento, hemos de manifestar, sin embargo, nuestra convicción de que no sería aplicable al caso que nos ocupa. Fundamos nuestra apreciación en el hecho de que si bien don E. R. interpuso recurso de nulidad contra el laudo (recurso que fue desestimado), lo cierto es que no utilizó como motivo de recurso el menoscabo por él sufrido a consecuencia del gravamen que afectaba a la finca o la incorrección objetiva de las valoraciones de los bienes del activo social. Invocó, sin éxito, otros motivos distintos. No mencionó, como decíamos, el desequilibrio resultante en las adjudicaciones a causa de la repetida limitación urbanística, y no lo hizo, en primer lugar, porque desconocía entonces la existencia de dicha limitación. Pero tampoco le

hubiera servido de nada el haberla conocido, ya que el recurso de nulidad no es cauce apto para revisar la justicia o injusticia objetivas del laudo. Más aún, entendemos que aunque don E. R. hubiera conocido la existencia del gravamen, o hubiera debido conocerla, no por eso podría privársele de la oportunidad de entablar recurso de nulidad (invocando alguno de los motivos taxativos que lo justifican), independientemente de que luego resultara estimado o no. Es probable—aunque no lo tenemos por seguro—que el interesado puede omitir el recurso de nulidad y utilizar los argumentos que lo justificarían por el cauce de un juicio declarativo, pero creemos también que no puede considerarse que va contra sus propios actos quien, después de haber hecho uso del recurso de nulidad, utiliza la vía del juicio declarativo invocando alegaciones que no tienen cabida entre los muy contados motivos que pueden servir de base a un recurso de nulidad.

GULLÓN ilustra su sugerencia en torno a la doctrina de los propios actos citando la sentencia de 8 de julio de 1930. No obstante, en aquel caso se trataba de un sujeto que, después de recaído el laudo y ejercitado sin éxito el recurso de casación contra él, pretendía sostener en juicio declarativo la nulidad del *compromiso*. Pero el Tribunal Supremo no dice que el haber hecho uso del recurso de casación es, por sí solo, un acto propio contra el cual no se puede luego ir, sino que menciona ese dato como prueba de la aceptación de la validez del *compromiso* (no del laudo en sí). Lo que el Tribunal quiere, en definitiva, y así lo dice, es «oportunidad procesal» para el ejercicio de la acción declarativa. Remitiéndonos a nuestro caso, entendemos que sí era procesalmente oportuno alegar en juicio declarativo una circunstancia que no pudo invocarse eficazmente en el recurso de nulidad y que *no obsta a la aceptación del laudo, sino que lo presupone*, pues lo que don E. R. podía pedir era, en suma, que el laudo (en lo demás, inatacado) se modificase adecuadamente, de forma que una pequeña parte de su contenido se adaptara a los imperativos de la justicia y de la ley.

h) Justificación del pleito entablado

Así estaban las cosas, y éstos eran los razonamientos-base cuando se nos planteó la necesidad de decidir sobre reclamar o no reclamar, y, en caso afirmativo, por qué vía hacerlo.

La circunstancia que nos movió, en definitiva, fue la observación de que los árbitros fueron llamados así por las partes, de que su actuación fue denominada arbitraje y de que su decisión recibió la forma y el nombre de laudo. Nos inclinamos, pues, por el camino de la revisión del laudo en juicio declarativo ordinario.

La pregunta de partida era bien simple: ¿podría prosperar una demanda fundada en el error sufrido por los árbitros y dirigida a conseguir una rectificación adecuada de las valoraciones hechas por aquéllos?

Nuestra opinión fue—y sigue siendo—que, a la vista de la doctrina jurisprudencial más arriba reseñada, las causas que en su caso justificarían la impugnación de la decisión de un tercero arbitrador servirían también para fundamentar la acción que proponíamos.

1) Teníamos, por un lado, el error que muy probablemente sufrieron los árbitros al practicar la valoración del terreno, pues es presumible que

ignoraron la existencia de la limitación urbanística que luego descubrió el señor R.

El fundamento jurídico de la invocación de este error habría de ser, por aplicación analógica, el artículo 1.265 del Código Civil, pero no desde la perspectiva desde la cual se considera allí al error (es decir, como vicio del consentimiento contractual), ni siquiera desde el punto de vista—más amplio—del error en la voluntad negocial, sino bajo un prisma todavía más genérico y muy desatendido por la doctrina jurídica española (no así en la francesa): nos referimos al error padecido en la declaración de voluntad constitutiva de un *acto jurídico*. De no ser así, mal podría invocarse un error cuyas consecuencias fueron sufridas por persona distinta de quien lo experimentó.

Se trataba en este caso de un error que no había sido *provocado por quien lo alegaba* (don E. R.), ya que era este señor, precisamente, quien entonces supo de la existencia de una circunstancia que, de haber sido conocida por él con anterioridad, a buen seguro hubiera dado lugar a alguna reacción o reclamación por su parte.

El error había de ser invocado por quien sufrió sus consecuencias (el citado don E. R.), no por quienes lo experimentaron (los árbitros, independientemente de que también don E. R. ignorara la existencia de la limitación urbanística). Esto hacía que no jugara en este caso, a nuestro entender, el dogma de la inexcusabilidad del error de Derecho (apartado 1 del art. 6.º del Código Civil). Si se considerara que el error del caso era de este tipo—por tratarse de una ignorancia que versaba sobre un Reglamento municipal—, acaso no pudiera haber sido invocado por los árbitros que incurrieron en el desconocimiento, pero creímos que sí podía serlo por quien no participó en el acto jurídico viciado.

2) Pero más relevante que el error era, a nuestro juicio, el acto de la injusticia objetiva que se deducía del caso planteado. Además, el error encontraba la dificultad en su prueba, que hipotéticamente podría ser contrarrestada si a las alegaciones de don E. respondieran los árbitros diciendo que no sufrieron error alguno, esto es, si manifestaran que al hacer su valoración del terreno en cuestión tuvieron en cuenta la existencia del gravamen urbanístico. Afirmaciones éstas que difícilmente podría desvirtuar el señor R., ya que, ¿quién puede hablar con más autoridad sobre un pretendido error que aquel o aquellos que presuntamente lo han sufrido?

Por ello, como decíamos, parecía más adecuado atacar al laudo por razón de la falta de equidad que padecía, siempre que se acreditara—cosa que dábamos por hecha—que el valor asignado al terreno era objetivamente desorbitado, dada su condición de no edificable.

Argumentos jurídicos utilizables: violación del principio de igualdad o proporcionalidad, la proscripción del enriquecimiento injusto (que es tanto como decir del empobrecimiento sin causa) y, sobre todo, la inobservancia de los más concretos y taxativos artículos 402 y 1.061 del Código Civil, amén del 1.690, recurriendo, en cuanto a este último, a una elemental aplicación analógica.

Por si fuera poco, podía invocarse también, en nuestra opinión, la vulneración del artículo 1.086 del mismo Código. Este precepto ordena que en la partición de la herencia se tenga en cuenta la posible existencia de una finca gravada. En el presente caso se trataba de una finca de la que podía afirmarse, sin exceso ninguno, que se hallaba afectada por una

«carga real perpetua», ya que pesaba sobre ella una limitación dominical («servidumbre legal», en la concepción del Código) de duración indefinida e irredimible. Y, precisamente, el propio precepto que permite invocar la incorrección objetiva del laudo en lo que hace a la valoración del solar es el que suministra la solución o conducta a seguir en el caso: rebajar del valor de la finca el valor de la carga, que es lo mismo que valorar la finca *pero teniendo en cuenta que está gravada*. Esto era, en suma, lo que se debía pedir si se solicitaba, por la vía del juicio declarativo, la revisión o reconsideración del laudo que nos ocupa.

Corrobora, sin duda, la fundamentación de estas tesis el hecho de que el arbitraje de equidad muestre una naturaleza preponderantemente negocial. Esta circunstancia ha sido puesta de manifiesto por la sentencia de 22 de diciembre de 1964, que la invoca, justamente, como argumento que justifica la restricción de los medios de impugnación (esto es, las causas del recurso de nulidad) contra el laudo dictado en este tipo de arbitrajes. Pero por aquella misma razón es por lo que se explica mejor la doctrina que permite la revisión del laudo a través de un juicio declarativo, es decir, de un *verdadero procedimiento judicial* orientado a la remoción de los defectos de fondo o de forma de que hubieran podido adolecer el compromiso, el arbitraje como tal o el laudo dimanante de él.

En este sentido nos parece concluyente la doctrina del Código Civil sobre la transacción. Esta, como dice el artículo 1.816, «tiene para las partes la autoridad de cosa juzgada», circunstancia que no impide añadir (en el art. 1.817): «La transacción en que intervenga *error*, dolo, violencia o falsedad de documentos, está sujeta a lo dispuesto en el artículo 1.265 de este Código.» Es decir, está sujeta a *anulabilidad*.

3. CAUCE PROCESAL OPORTUNO Y PLAZO PARA EJERCITAR LA ACCIÓN

No es necesario repetir que la única vía que en este caso nos representábamos como posible para la revisión del laudo era el juicio declarativo ordinario, que, dado el montante de la reclamación, había de ser de mayor cuantía.

Nos planteamos también la pregunta acerca del plazo de prescripción (o, en su caso, de caducidad) de la acción correspondiente. El tiempo transcurrido cuando la cuestión se suscitó (menos de cuatro años a contar del laudo) hacía que el problema no fuera demasiado complicado, ya que, bien se adoptara la tesis de que los árbitros (o incluso las partes mismas) incurrieron en error—en cuyo caso regiría el término de cuatro años del artículo 1.301 del Código Civil—, bien se siguiera la teoría de que se trataba de una acción personal ordinaria—cuyo plazo de ejercicio es de quince años—, lo cierto era que en aquel momento se disponía aún de la oportunidad de entablar la demanda.

4. LEGITIMACIÓN PASIVA: SOBRE LA EVENTUAL NECESIDAD DE DEMANDAR A LOS ÁRBITROS

Ante la perspectiva de promover la correspondiente reclamación judicial, se nos planteó la sugestiva pregunta sobre las personas contra las que debíamos formular la acción: contra los árbitros, contra los ex socios o contra unos y otros.

En principio, era tentadora la cómoda fórmula de demandar a todos. En primer lugar, porque nada se arriesgaba con ello, y segundo, porque de alguna manera podía decirse que si la acción prosperaba habría de afectar en algo a los árbitros, aunque fuera sólo en un terreno sentimental o intelectual, no material, pues en este último sentido ningún perjuicio podría deparárseles, salvo, claro es, en el supuesto de que se sostuviera que por su parte había habido mala fe o ánimo de dañar.

Sin embargo, en definitiva, se optó por demandar sólo a los ex socios de don E. R., y no a los árbitros que dictaron el laudo, por considerar que no concurrían las circunstancias que harían obligada su presencia en el procedimiento.

En primer término, porque una vez dictado el laudo los árbitros quedan desconectados de la relación jurídica que les unió a los contendientes.

En segundo lugar, en elemental aplicación analógica, porque ni siquiera son parte en los recursos de casación o nulidad que, respectivamente, pueden interponerse contra laudos de Derecho y de equidad.

En tercer lugar, porque en el asunto a que puso fin la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de febrero de 1944 (*Jurisprudencia civil*, 2.ª época, vol. V, págs. 434 y sigs.) la demanda de nulidad de laudo de equidad se dirigió por uno de los compromitentes contra el otro, y no contra el que en aquel caso había sido árbitro único. Conviene señalar que el Tribunal Supremo vino a estimar la demanda del actor, en definitiva, ya que se desestimó el recurso del demandado contra la sentencia de la Audiencia. En otras palabras, se trata de un ejemplo de acción declarativa ejercitada *con éxito* contra el laudo. Y, como se desprende de la lectura íntegra de la sentencia del Supremo, en ningún momento se planteó el problema de la legitimación pasiva.

Y, por fin, porque así induce a sostenerlo la comparación con figuras jurídicas similares, como son la del albacea y la del contador partidor. En este sentido, merece ser citada la doctrina según la cual una vez terminado el albaceazgo todas las cuestiones que puedan presentarse con respecto a la herencia deben ser dirigidas contra los herederos y no contra los albaceas (sentencia de 6 de diciembre de 1895). Esto rige también aun en el caso de que los albaceas hubiesen adjudicado indebidamente bienes hereditarios, pues en esta hipótesis la acción de los perjudicados habrá de dirigirse contra los adjudicatarios (sentencia de 17 de diciembre de 1919), y cuando haya de pedirse la nulidad de un contrato otorgado por el albacea, en que será suficiente dirigir la acción de nulidad contra la otra parte contratante (sentencia de 24 de febrero de 1927). Tampoco se demandó a albaceas y a contadores partidores en las sentencias de 8 de julio de 1924, 28 de diciembre de 1928 y 2 de noviembre de 1957, a pesar de que en ellas se trataba de impugnaciones de operaciones particulares.

Planteado el pleito que nos ocupa en los términos que se acaban de citar, los demandados opusieron la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario, aduciendo que debían haber sido demandados los árbitros. No obstante, como en seguida veremos, ni el Juzgado ni la Audiencia estimaron la citada excepción.

V. DESARROLLO DEL PLEITO

Sobre la base de estos antecedentes, don E. R. promovió demanda de juicio declarativo ordinario de mayor cuantía contra sus ex socios don I. de la I. y don J. J. U.

Los extremos que interesan de aquel pleito son los siguientes:

1. CUESTIONES DE HECHO

Las alegaciones fácticas del actor eran:

1. Que los árbitros incurrieron en error de hecho cuando adjudicaron al terreno del caso un valor que hubiera sido correcto en circunstancias normales, pero que resultaba desorbitado si se tenían en cuenta las limitaciones urbanísticas que ya pesaban sobre él cuando el laudo se dictó. Limitaciones que se contraían a la inedificabilidad del solar, por haberse agotado el volumen de construcción precisamente a causa de las llevadas a cabo antes por la sociedad de cuya disolución y liquidación se trataba.

2. De no ser así, esto es, si los árbitros o los ex socios de don E. R. no desconocían la existencia de la limitación urbanística, incurrieron en ostensible falta de equidad al hacer las valoraciones (en lo que a los árbitros se refiere) o en dolo grave—en su modalidad de omisión—por lo que a los ex socios respecta.

3. En todo caso, era evidente la injusticia objetiva de las adjudicaciones acordadas por los árbitros, ya que el desproporcionado valor asignado al terreno hacía que su atribución a don E. R.—aunque fuera por sorteo—se tradujera en un trato desigual entre él y sus ex socios. Aquél había sufrido un quebranto económico, que es tanto como decir que sus antiguos socios se habían visto indebidamente enriquecidos por causa de la defectuosa valoración. Como la participación de don E. R. en haber social era de un 50 por 100, era obvio que su lesión (y, por tanto, el correlativo enriquecimiento de sus socios) se cifraba en la mitad de la diferencia que existiese entre 2.500.000 pesetas (valor otorgado al terreno por los árbitros) y el valor comercial o de venta que realmente tuviera dicho terreno en el momento de dictarse el laudo.

4. Procedía, por tanto, rehacer la tabla de valoraciones efectuada por los árbitros, a fin de que la adjudicación del terreno a don E. R. (o a cualquier otro socio) se llevara a cabo sobre la base de una correcta tasación del mismo.

2. FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA

Básicamente consistía en la alegación de la doctrina jurisprudencial a que antes hemos hecho referencia, esto es, la que admite la posibilidad de verificar en juicio declarativo la justicia o injusticia objetivas de un laudo, su acierto o desacierto intrínsecos.

3. EL SUPPLICO DE LA DEMANDA

Se pedía que se declarase:

1. Que era parcialmente nulo el laudo en lo que se refería a la valoración del bien mencionado en el epígrafe 2.54 del propio laudo y adjudicado al actor, pues el valor real del mismo en el momento de dictarse el fallo arbitral era de 100.000 pesetas, y no el de 2.500.000 pesetas que los árbitros le atribuyeron.

2. Que, en aplicación del pedimento anterior, los demandados debían satisfacer de forma mancomunada al actor la cantidad de 1.200.000 pesetas, es decir, 600.000 pesetas cada uno de ellos.

3. Para el caso de que no se estimasen los pedimentos anteriores, que era parcialmente el laudo, en lo que se refiere a la valoración del mismo bien, pues su valor real en el momento de dictarse el laudo no era de 2.500.000 pesetas, que los árbitros le atribuyeron, sino el menor que el Juzgado estableciera.

4. En relación con el pedimento anterior, que los demandados debían satisfacer al actor de forma mancomunada y por mitades la mitad de la suma que resultase de restar a 2.500.000 pesetas el valor que el Juzgado asignase al mencionado bien, en estimación referida al momento de dictarse el laudo.

5. En su caso, si se considerase que la satisfacción del daño sufrido por el actor no debía revestir ninguna de las modalidades invocadas en los anteriores apartados 2 y 4, que se declarase la nulidad parcial del meritado laudo y lo rectificase el Juzgado, adjudicando el bien al actor y a los demandados; al actor en un 50 por 100, y a cada uno de los demandados en un 25 por 100 por cabeza. Con la declaración complementaria, siempre dentro de esta solución alternativa, de que los demandados debían satisfacer mancomunadamente al actor la cifra de 1.250.000 pesetas, mitad del valor que los árbitros asignaron al bien objeto de la litis.

6. Para el solo supuesto de que se estimase la pretensión inmediatamente anterior, que se declarase la nulidad de la inscripción registral que proclamaba entonces que el bien en cuestión pertenecía a don E. R., con orden de cancelación del asiento correspondiente.

7. Que se declarase, si los pedimentos anteriores fueren desestimados, la nulidad total del laudo arbitral, en cuyo caso se suplicaba que se declarase la obligación de los demandados de volver a realizar, junto con el actor, las operaciones liquidatorias de la sociedad que entre los tres formaron. Con la declaración correspondiente de la nulidad de las inscripciones registrales que se hubiesen practicado en virtud del laudo (salvo los derechos de terceros hipotecarios), dándose al efecto la oportuna orden de cancelación.

Y seguían las peticiones de condena correspondientes a cada uno de estos apartados.

4. EL RESULTADO DE LA PRUEBA

En realidad, los extremos de hecho quedaban reducidos a dos: 1) valor del terreno adjudicado a don E. R., y 2) valor del edificio e instalaciones que en él se hallaban.

1. En prueba testifical solicitada por el actor, uno de los árbitros autores del laudo declaró que para hacer la valoración de los inmuebles se habían valido del asesoramiento del experto don R. U., y que en base a su pericia habían dado al inmueble del caso el valor de 2.500.000 pesetas.

Pues bien, quiso el azar que en la prueba pericial practicada en autos correspondiese la función de dictaminar precisamente al mismo señor don R. U. Pero el actor solicitó que para la emisión de su valoración tuviera en cuenta el perito que el terreno—como se había acreditado documentalmen- te—no era edificable. Atendida esta circunstancia, el mentado perito estimó el valor del solar en 249.000 pesetas, otorgando el de 500.000 pesetas a las instalaciones y enseres.

Quedó claro, por tanto, que aun considerando conjuntamente ambas cifras, el valor del bien adjudicado a don E. R. era 749.000 pesetas, mientras que *el mismo experto, en las actuaciones arbitrales, lo había tasado en 2.500.000 pesetas*. Lo que ponía de relieve que el perito en cuestión, al hacer su estimación a efectos del arbitraje, no había tenido en cuenta —porque lo desconocía—que el terreno del caso no era apto para edificar.

Era patente, en consecuencia, que la valoración del bien era objetivamente inadecuada en el laudo y, por ende, injusta para quien resultó ser su adjudicatario (don E. R.).

Mas no es sólo esto, sino que de forma documental se probó que en su día Hacienda había asignado al inmueble un valor de 1.415.700 pesetas, dando lugar a que don E. R. formulara el correspondiente recurso basándose en la circunstancia de que el terreno no era edificable. Este recurso se resolvió dentro de la misma vía administrativa, de suerte que la propia Hacienda modificó su primitiva valoración y la dejó en 134.420 pesetas. Lo que constituía la demostración más inequívoca de que la estimación en 2.500.000 pesetas—hecha por los árbitros bajo la inspiración del perito don R. U.—era de todo punto exorbitante.

2. Por lo que se refiere al edificio e instalaciones que en el terreno se hallaban, se acreditó que aunque el valor asignado por el perito en autos era de 500.000 pesetas, esta cifra correspondía en rigor a su precio originario, no a su «valor» en sentido estricto, ya que—como se acreditó en forma documental—lo que en algo podía estimarse (que era el edificio) realmente no valía nada, habida cuenta de que se trataba de una pequeña construcción de una planta—antiguamente destinada a cervecería—y cuya existencia, además, era precaria, pues en estos términos había dado en su día el Ayuntamiento la licencia para su edificación.

En efecto, en trámite de aclaración de la prueba pericial practicada en el pleito, y a preguntas de las partes actora y demandada, quedó claro que el valor que el perito había atribuido a la edificación del caso lo era en función de lo que estimaba que ésta había «costado» en el momento de su construcción.

Pues bien, además de que el actor había practicado la prueba, innegablemente más contundente, de que el presupuesto para dicha construcción elaborado por un arquitecto *a instancias de uno de los demandados* ascendía a sólo 250.000 pesetas, el propio demandante alegó:

- Que la licencia de construcción, como ya hemos dicho, se había concedido en precario y sin derecho a indemnización de ninguna clase cuando el Ayuntamiento ordenara su demolición.

- Que el mismo carácter precario, y la misma reserva para el caso de retirada de licencia, fueron formulados por el Ayuntamiento en lo referente a la autorización de apertura al público del negocio de cervecería.
- Que ambas licencias habían sido solicitadas y concedidas a uno de los demandados, no al actor, que, por tanto, desconocía las condiciones en que se habían otorgado.
- Que al no ser titular de la licencia para la explotación del negocio de cervecería, no estaba facultado para proseguirla.
- Que, por si fuera poco, tal negocio se había concebido como una actividad de la ya extinta sociedad, y que incluso cuando todavía ésta existía se acordó su interrupción, obviamente por no ser rentable.

En razón a estas consideraciones, y jugando con la dualidad «precio»-«valor», el actor, en su escrito de conclusiones, razonó la improcedencia de cualquier valoración de los citados edificios e instalaciones.

En todo caso, como más arriba hemos dicho, aunque se tomase en consideración la valoración global formulada en autos por el perito correspondiente, ésta (749.000 pesetas) quedaba tan lejos de la atribuida en el laudo (2.500.000 pesetas) que resultaba patente la injusticia objetiva del fallo arbitral.

VI. LA SENTENCIA DEL JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de Primera Instancia número 3 de los de Bilbao dictó sentencia el 31 de octubre de 1977.

En su primer considerando, el juzgador señalaba cómo las partes habían centrado la primera y principal cuestión de Derecho en autos en la posibilidad de revisar en vía declarativa un laudo de equidad, a cuyo efecto el actor apoyaba su tesis en numerosas citas jurisprudenciales—si bien, se dice, «de referencia más o menos incidental»—, mientras que los demandados lo hacían en la terminante prescripción del artículo 30 de la Ley de Arbitraje.

El segundo considerando se explayaba en consideraciones de orden histórico y doctrinal sobre la naturaleza jurídica del arbitraje en nuestro ordenamiento.

Tercer considerando: «Que abundando en la naturaleza, pero ahora desde el punto de vista jurisprudencial, el Tribunal Supremo tiene sentado desde remota sentencia (2 de enero de 1912) que los árbitros carecen de jurisdicción, aun cuando no falten otras que hablan de su poder jurisdiccional (sentencia de 3 de diciembre de 1930), pero más insistiendo en que su esencia es privada antes que pública (sentencia de 11 de abril de 1932) por su causa, esencia y naturaleza contractual (sentencia de 10 de diciembre de 1943), lo que autoriza una interesante asimilación analógica con la conciliación como parejo procedimiento, que no proceso, de prevención y sustitución, que hace que los autores más modernos estudien conjuntamente ambas instituciones y que incluso se afirma en la exposición de motivos de la Ley de Arbitraje a los efectos que luego se verán».

Considerando cuarto: «Que consecuente con esta construcción técnica, se puede afirmar, como lo hace el Tribunal Supremo en las sentencias

que cita la parte actora (sentencias de 19 de febrero de 1944, 28 de septiembre de 1954, 2 de mayo de 1962, 12 de diciembre de 1964, 16 de febrero de 1968 y 21 de febrero de 1970), y más que hemos encontrado, que las cuestiones extrañas al recurso de casación previsto en la Ley de Enjuiciamiento Civil (art. 836, hoy derogado), 'conforme jurisprudencia de Sala (11 de abril de 1923), habrán de ser resueltas en procedimiento adecuado, que es el juicio ordinario' (sentencia de 17 de enero de 1946), 'dejando para más extensa deliberación, en juicio declarativo, toda otra cuestión sobre validez de la cláusula compromisoria, del compromiso en sentido estricto o del laudo' (sentencia de 14 de octubre de 1947), sin que valga objetar en contrario, válidamente al menos, que la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha debido ser distinta antes y después de la Ley de Arbitraje, porque basta su meticulosa comprobación por las fechas citadas para concluir en que la línea que ha venido manteniendo constantemente nuestro más alto Tribunal está conforme con los precedentes históricos, Derecho comparado y naturaleza de la institución que a efectos interpretativos (art. 3.º del Código Civil) obliga a restringir el alcance de la prohibición del artículo 30, de que 'sólo cabrá recurso de nulidad', a que quedan excluidos los demás recursos ordinarios o extraordinarios, tal como preveía la exposición de motivos de la Ley de Arbitraje, pero no fundado juicio declarativo impugnando la validez del laudo lo mismo por defectos de forma que *por los de fondo o sustantivos*».

Quinto considerando: «Que al pasar al fundamento de la pretensión, que alega la teoría del error como motivo de nulidad parcial del laudo, es el caso recordar que la falsa representación mental de la realidad que vicia el proceso formativo del querer anula el consentimiento (art. 1.265 del Código Civil), siempre que recaiga sobre la sustancia de la cosa que fuera objeto del contrato o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubieren dado motivo a celebrarlo (art. 1.266), es decir, que el error ha de ser esencial subjetivamente (sentencias de 14 de junio de 1941, 5 de marzo de 1960, 2 de marzo de 1961) y no imputable al que lo padece, pese al silencio del Código Civil (sentencias de 14 de junio de 1943, 11 de marzo de 1964, 8 de junio de 1968), que más parece referirse al error en el objeto para otorgarle valor invalidante, debiendo en todo caso probarse naturaleza y grado por quien lo alega (sentencias de 14 de junio de 1943, 30 de octubre de 1963), bajo exigencias de buena fe de la otra parte (sentencias de 23 de mayo de 1935, 13 de marzo de 1951, 16 de noviembre de 1956), so pena de llegar a la solución inicua de que es lícito aprovecharse del error sufrido por otro».

Sexto considerando: «Que en aplicación concreta de la teoría del error, la Ley de Arbitraje lo prevé en razón de falsedad de algún documento fundamental para invalidar la prestación del consentimiento en el compromiso (art. 13), supuesto de casuística singular que no excluye la teoría general, sino que la reafirma, al igual que en materia de conciliación se posibilita el ejercicio de la acción de nulidad por las causas que invalidan los contratos (art. 477 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), lo que se establece también para la transacción cuando intervenga error (art. 1.817 del Código Civil)».

Es el considerando séptimo el que fija, en definitiva, los extremos de hecho y de Derecho determinantes del fallo. Dice: «Que tras principios, normas y jurisprudencia, sólo resta por ver el error con que se produjo el laudo y la trascendencia que puede y debe otorgarse, siendo de sentar

que a través de la prueba practicada se llega a la conclusión de que el terreno de Baracaldo, integrado en el haber social a partir, según la referencia 2.54, del pronunciamiento dado por los árbitros de equidad, juntamente con mobiliario e instalaciones, cuyo total se evalúa en 2.500.000 pesetas, carece casi totalmente de utilidad y, consiguientemente, de su función-valor, al no ser edificable, contra lo que presuponían las partes y los árbitros, por lo que ha sido tasado en 249.000 pesetas por el Agente de la Propiedad Inmobiliaria que ha dictaminado pericialmente, en tanto la modesta construcción que aún hoy se levanta sobre el terreno se encuentra en peor caso dada la licencia de construcción precaria que la ampara para el régimen urbanístico del lugar, cualquiera que fuera su 'costo', en obligada distinción semántica de nulo 'valor' que se le otorga, sin que el conjunto pueda ser calificado de negocio según lo fue en su origen y dejó de serlo por conformidad de los socios al cabo de un año de funcionamiento y otro año antes de la emisión del laudo, a lo que se ha de dar la trascendencia invalidadora que le corresponde en su respecto por producirse en términos de error sustancial, que hasta se cita como ejemplo de libro por autorizados tratadistas y del que se ha seguido empobrecimiento injusto al socio a quien se adjudicó, con enriquecimiento no equitativo de los demás».

Los considerandos séptimo y octavo, en fin, eran para rechazar las excepciones formuladas por los demandados y para el pronunciamiento sobre costas.

En base a todo ello, *el fallo declaraba parcialmente nulo el laudo de 28 de abril de 1973 dictado por los árbitros, en lo que se refiere a la valoración del bien mencionado en el epígrafe 2.54 del propio laudo y adjudicado al actor, pues el valor real de dicho bien en el momento de dictarse el laudo era de 249.000 pesetas, y no el de 2.500.000 pesetas que los árbitros le atribuyeron. Y, en aplicación de la declaración anterior, se establecía que los demandados debían satisfacer de forma mancomunada al actor la diferencia según sus participaciones, que ascendía a 562.750 pesetas para cada uno.* Se concluía con las condenas pertinentes.

Por tanto, *el Juzgado estimó la pretensión de don E. R., tanto en el aspecto de hecho (formidable diferencia entre el real valor del bien adjudicado y aquel que los árbitros le habían atribuido) como en relación con el planteamiento jurídico (revisabilidad del laudo por error de los árbitros o, al menos, por la objetiva injusticia que su laudo implicaba para el demandante).*

En cuanto al primer extremo—valoración del bien—es digno de resaltarse el hecho de que el juzgador de instancia sólo apreció la del terreno como tal, desechando la del edificio e instalaciones, por estimar que en el momento de emisión del laudo no tenían ningún significado económico para el adjudicatario, don E. R.

VII. SENTENCIA DE LA AUDIENCIA TERRITORIAL

Apelada por los demandados la anterior resolución, la Audiencia Territorial de Burgos resolvió el recurso mediante sentencia de 2 de mayo de 1979.

Es de destacar que *la Sala no se hizo cuestión de los extremos de hecho que habían dado lugar al pleito*. Implícitamente aceptó que la valoración del inmueble del caso había sido excesiva en el laudo y redujo todo su razonamiento a la *quaestio iuris* consistente en determinar si el juicio declarativo ordinario puede constituir medio para revisar los pronunciamientos de fondo de un laudo de equidad.

Merecen ser transcritos los considerandos de la sentencia de apelación:

«Considerando que en el procedimiento de arbitraje de equidad, regulado por el artículo 29 de la Ley de 22 de diciembre de 1953, los árbitros, una vez nombrados y aceptado el encargo, adquieren la autoridad propia de la función jurisdiccional y quedan desvinculados de sujeción a normas jurídicas, en cuanto a la forma *in procedendo* y en cuanto al fondo *in iudicando*, decidiendo y fallando a su saber y entender, pero con absoluta fidelidad, en todo caso, al principio de contradicción, lo que estimen más justo y adecuado al caso concreto, decisión o fallo que es obligatorio para las partes comprometidas que al mismo se sometieron y contra el que no cabe otro recurso que el de nulidad establecido en el artículo 30 de la ya citada Ley de Arbitraje, por alguna de las causas que se contienen en el número 3 del artículo 1.691 de la Ley Procesal Civil, cuales son: haber dictado el laudo fuera del plazo señalado en la escritura de compromiso; haber resuelto puntos no controvertidos a su decisión (*sic*) o que aunque lo hubieren sido fueran de índole civil o cuyo conocimiento estuviera prohibido a los árbitros por versar sobre materias no dispositivas.»

«Considerando que aun cuando es cierto que reiterada jurisprudencia (sentencias, entre otras, las de 7 de marzo de 1963, 2 de enero y 12 de diciembre de 1964 y 21 de febrero de 1970) ha venido admitiendo la posibilidad de que las partes comprometidas afectadas por el laudo arbitral puedan acudir a un posterior proceso declarativo ordinario para ventilar y discutir en el mismo aquellas cuestiones que, excediendo del limitado y estricto ámbito del recurso de nulidad, concretado en los tres excesos de los árbitros antes consignados, pudieran constituir verdaderos motivos de nulidad, bien del contrato preliminar, bien del compromiso o bien del propio laudo, tampoco es menos cierto que *esa doctrina legal fue pronunciada conociendo en todos los casos del recurso de nulidad (sic), y referida siempre a supuestos de validez de la cláusula compromisoria, del contrato de compromiso y de su formalización, como premisa o presupuesto del laudo, o aún más, de la validez del propio laudo*, si hubo incumplimiento de las formalidades externas establecidas para su emisión, o incumplimiento, en su caso, de los principios esenciales del procedimiento, y muy singularmente, tratándose del arbitraje de equidad, del de contradicción, idoneidad de los árbitros designados u otros análogos, *pero nunca en supuestos como el ahora enjuiciado, en el que se impugna de nulidad el contenido del laudo de equidad, cuyo objeto era la práctica de operaciones liquidatorias de una sociedad que los propios socios habían con anterioridad extinguido, a pretexto de haber incurrido los árbitros compromisorios en error al valorar un inmueble del acervo social*, puesto que no estando sujetos dichos árbitros en el desarrollo de su función a normas jurídicas tanto en cuanto a la forma, *in procedendo*, como en cuanto al fondo, *in iudicando*, y así tan sólo, como ya queda dicho, al principio de contradicción en el procedimiento, que sí consta fue respetado, no es dable imputarles errores ni de forma ni de fondo, en lo

que al contenido del laudo en sí se refiere. *Admitir, en esta vía del juicio declarativo elegida, la nulidad del laudo impugnado, por el motivo invocado, equivaldría a destruir o desnaturalizar en su propia esencia la institución del arbitraje, lo que no puede aceptarse.*»

En consecuencia, se revocaba la sentencia apelada, absolviendo a los demandados.

VIII. COMENTARIO FINAL

Con gran respeto, desde luego, hacia el criterio de la Sala sentenciadora; lamentando, por razones de pura curiosidad técnica, que el asunto no haya llegado al Tribunal Supremo (aunque nos conforta la circunstancia de que el conflicto se resolviera *in extremis* por vía transaccional), y en el deseo de contribuir modestamente a la solución de un problema teórico de subido interés, nos permitimos hacer algún comentario a la sentencia de la Audiencia Territorial de Burgos de 2 de mayo de 1979.

Consideramos que el punto de partida de obligada contemplación es el hecho de que—como aceptó el Juzgado de Primera Instancia y la Sala de apelación no discutió—*el laudo arbitral que nos ocupa adoleció de objetiva injusticia*, al adjudicar a un socio, para pago de su haber, un bien notoriamente sobrevalorado.

Dejamos fuera de toda duda la rectitud de los árbitros. El desarrollo de la prueba dejó bien patente que su error había venido determinado por el que, a su vez, sufrió el perito que les asesoró, al no haber tenido éste en cuenta (probablemente porque se trataba de un extremo desconocido por todos los que intervinieron en el compromiso y en el laudo) que el inmueble que luego fue adjudicado a don E. R. carecía casi de valor por no ser edificable.

Mas, como decíamos, el hecho fue que don E. R. resultó víctima de la objetiva injusticia del laudo. En presencia de esta circunstancia indubitada, surgió en nosotros la inevitable intuición de que en Derecho debía de existir algún medio reparador del desacierto del laudo. Tal remedio, a nuestro juicio, se hallaba precisamente en la doctrina jurisprudencial que fundamentó la pretensión del actor.

Ahora bien, la Sala sentenciadora no la estimó aplicable. Y creemos que en mérito a la clarificación del problema no es inoportuno someter a juicio la sentencia y hacer otro tanto con la doctrina jurisprudencial que se invocaba para solicitar la revisión del laudo.

1. La sentencia de la Sala de Burgos reconoce la existencia de una jurisprudencia que permite demandar en juicio ordinario la nulidad de un laudo, al margen del recurso de nulidad que establece la Ley de Arbitraje y justamente por razón de la estrechez de las causas por las que dicho recurso puede interponerse con éxito. No obstante, la propia Sala manifiesta que dicha doctrina legal fue siempre pronunciada en casos en que se debatía la nulidad de la cláusula compromisoria. del compromiso o del laudo, mas nunca en supuestos en los que lo que se cuestionara fuese el *contenido* del laudo, que es tanto como decir su equidad o iniquidad.

Sin embargo, nos parece que este argumento no concluye. Y decimos esto porque las palabras de las sentencias que el actor citaba acreditan

claramente que el criterio del Tribunal Supremo no excluye la posibilidad de revisar el contenido del laudo en sí. La sentencia de 16 de febrero de 1968 dice que el juicio ordinario procede para denunciar las *deficiencias intrínsecas* del laudo, expresión que no puede referirse a otra cosa que a su justicia o injusticia. La de 21 de febrero de 1970 remite al juicio declarativo, como antes hemos apuntado, «las *transgresiones, de cualquier índole*, que puedan cometer los árbitros en el ejercicio *intrínseco* de su función». El calificativo «intrínseco», que aquí se repite, tiene que significar el contenido de fondo del laudo, es decir, sus pronunciamientos en cuanto tales. Y la sentencia de 12 de diciembre de 1964 es *definitiva*, por cuanto expresamente se refiere al «contenido *intrínseco* del fallo mismo, en cuanto a su *acierto, desacierto, justicia o injusticia*». Obsérvese que esta sentencia, aunque citada por nosotros en tercer lugar, es la primera en el tiempo. Y si en ella se habla de «contenido intrínseco» para referirse a la justicia o injusticia del laudo, es obvio que el mismo sentido deben tener las palabras «ejercicio intrínseco de su función» y «contenido intrínseco del fallo» en las sentencias de 1968 y 1970.

La sentencia de la Audiencia de Burgos, que ahora comentamos, parece querer decir que la doctrina invocada por don E. R. no constituye *doctrina legal* en el sentido riguroso de la palabra porque en ningún caso, con posterioridad a la Ley de 1953, había sido determinante de la anulación de un laudo en base a su injusticia. En otros términos, que tal doctrina no había constituido la *ratio decidendi* de ningún fallo del Supremo. Y en esto acierta, porque, que nosotros sepamos, no existe ninguna resolución de nuestro Alto Tribunal en que éste declare la nulidad de un laudo por su injusticia objetiva. Esto sentado, no podemos afirmar que la Sala de Burgos vulnerara una «doctrina legal» propiamente dicha.

Ahora bien, nos extraña que dicha Sala permaneciera ajena a unos pronunciamientos que—aun emitidos como *obiter dictum*—dejan bien patente el criterio del Tribunal Supremo de permitir a la Jurisdicción revisar la justicia o injusticia de un laudo arbitral.

La Sala sentenciadora, sin embargo, no omite la justificación de su postura. Dicho en otras palabras, razona los motivos por los que se abstiene de juzgar la justicia o injusticia del laudo. Y lo hace en base a dos consideraciones:

a) Que los árbitros de equidad no están sujetos a normas jurídicas ni en la forma ni en el fondo, salvado el principio de contradicción, que siempre deben respetar.

b) Que admitir la revisión del fondo del fallo arbitral equivaldría a destruir o desnaturalizar la esencia del arbitraje de equidad.

Estos argumentos, ciertamente dignos de atención, nos mueven a analizar en abstracto la tan mentada doctrina jurisprudencial y el posible fundamento de una eventual revisión en juicio ordinario del fondo de un laudo dictado en arbitraje de equidad.

2. Es innegable que la esencia y la finalidad del arbitraje de equidad radican en la libertad de juicio o apreciación por parte de los árbitros. Lo que en esta modalidad arbitral se busca es que quienes han de decidir lo hagan según su leal saber y entender. Como dicen Díez-PICAZO y GULLÓN, no se les pide que den al conflicto planteado una solución legal, sino que den *su solución*.

Pero esta última consideración nos suscita—y debemos decirlo en mérito a la objetividad científica—una pregunta desazonadora: ¿Qué hubiera sucedido si en vez de arbitraje de equidad hubiera sido de Derecho el confiado a los árbitros que dictaron el laudo que contemplamos? Evidentemente, don E. R. no hubiera podido invocar el daño sufrido por el camino del recurso de casación. Por dos motivos: por la estrechez de los cauces del mismo y porque su conocimiento de la limitación urbanística que gravaba la finca que se le adjudicó fue posterior al vencimiento del plazo para interponerlo. Parece, pues, que el daño hubiera sido irremediable. Lo cual, sin duda, constituye una seria objeción a la tesis que sostuvimos en el pleito, pues no se comprende que a igualdad de situaciones (menoscabo económico por la no edificabilidad del solar) resulten consecuencias diferentes: revisión del laudo si es de equidad e intangibilidad del mismo cuando es de Derecho.

Esta consideración nos mueve, como comentario final, a aventurar la hipótesis de que el camino que acaso tenía que haber utilizado don E. R. para obtener la reparación del daño experimentado por él debiera haber sido el del juicio declarativo orientado a la anulación de la decisión de los árbitros, por considerar que en vez de ser propiamente arbitraje lo que desarrollaron fue una acción de «arbitrio de tercero». Por decirlo de otro modo, se nos plantea de nuevo la duda de si—a pesar de haber sido llamados árbitros y haberse calificado como laudo su decisión—los Letrados que la emitieron no fueron en realidad más que meros arbitradores en relación con la cuestión resuelta, pues no debe olvidarse (como antes hemos puesto de relieve) que la valoración de los bienes constitutivos del haber social no era cuestión controvertida entre los ex socios, sino que lo único que éstos buscaban al respecto era que un tercero o terceros integrasen la relación jurídica incompleta consistente en el acuerdo de partir dicho haber. Poniendo en relación el artículo 1.669, párrafo segundo, del Código Civil, con el 402 del mismo Cuerpo legal, nos parece acertada la opinión de Díez-PICAZO según la cual la división de la comunidad a cargo de un tercero no constituye arbitraje, sino arbitración. Ciertamente es que esta reflexión sólo cabe ahora, *a posteriori*, y cuando ya no hay lugar a enmienda. Pero nos acosa la duda vehemente de si no hubiéramos acertado enfocando el problema como supuesto de iniquidad objetiva en el arbitrio, lo cual habría soslayado todas las objeciones que la Sala sentenciadora opuso contra nuestra pretensión de entrar en el enjuiciamiento de la justicia o injusticia del laudo. De haber optado por ese hipotético camino—que en mérito a la verdad no seguimos por la confianza que nos inspiraba la doctrina jurisprudencial tantas veces citada en este trabajo—, es evidente que teníamos que haber demandado a los llamados árbitros (en realidad arbitradores, según esta tesis) y también a los ex socios. A aquéllos, como víctimas del error sufrido en la valoración del inmueble del caso. Y a estos últimos para que con las correspondientes compensaciones pecuniarias repararan a don E. R. el incuestionable quebranto económico que en la adjudicación experimentó.

Concluimos, pues, con la expresión de una duda. Quiso el azar poner en nuestro camino profesional un asunto en verdad apasionante para un civilista. Nos faltan argumentos concluyentes para juzgar negativamente la sentencia que puso fin al conflicto y, como tantas veces ocurre en Derecho, quedará para siempre la incógnita de si acertamos o no en el enfoque técnico del problema. Pero lo que nos parece fuera de toda duda

es que la cuestión merece ser estudiada con detenimiento. De la adopción de una solución u otra derivan consecuencias prácticas de alcance insospechado. Deseáramos haber contribuido—con la expresividad de un caso de la vida real—a dar alguna luz a un tema digno de atención por parte de la doctrina.

RICARDO DE ANGEL YÁGÜEZ

Profesor de Derecho Civil de la Universidad
de Deusto