

Eficacia del contrato preliminar de arbitraje

SUMARIO: INTRODUCCIÓN. — Capítulo I: CUESTIONES PREVIAS: A) *Concepto y naturaleza*; B) *Conexiones entre el contrato o relación jurídica material y el contrato preliminar de arbitraje*; C) *Condiciones de validez*: a) Capacidad; b) Objeto; c) Forma. D) INTERPRETACIÓN. — Capítulo II: EFECTOS POSITIVOS: A) *Consideración previa de los efectos de la sumisión de las partes a los Tribunales ordinarios*; B) *Formalización del compromiso*: a) Voluntaria; b) Judicial: 1) Procedimiento; 2) Plazo para solicitar la formalización; 3) ¿Es necesario el otorgamiento de escritura pública?; 4) Medios de impugnación. — Capítulo III: EFECTOS NEGATIVOS: EXCLUSIÓN DE LOS TRIBUNALES ORDINARIOS: A) *Naturaleza de la excepción fundada en un pacto compromisorio*; B) *Virtualidad del contrato preliminar de arbitraje para excluir a los Tribunales ordinarios*: a) Doctrinas al respecto; b) Examen de la cuestión en la Ley española de 1953: 1) Tesis que considera que la demanda ante los Jueces ordinarios priva de eficacia al contrato preliminar; 2) Solución propuesta por CARRERAS; 3) Interpretación del Tribunal Supremo; 4) Constitución «a posteriori» de la excepción de compromiso pendiente de formalización.

INTRODUCCION

La finalidad de este estudio es la de analizar la figura del contrato preliminar de arbitraje regulado por la Ley de 22 de diciembre de 1953. Como se dice en la Exposición de Motivos de dicha Ley, la regulación que en la misma se hace de la cláusula compromisoria presenta en el Derecho positivo caracteres de rigurosa novedad. En efecto, si bien tal figura había tenido importancia en la práctica, carecía hasta la promulgación de la Ley de 1953 de un cuerpo de disposiciones legales que sirvieran de guía al intérprete. «Pero, sobre todo, la trascendencia—continúa diciéndose textualmente en la Exposición de Motivos—de la Ley en este sentido es el establecimiento en los artículos 9.º, 10 y 11, especialmente en el artículo 10, del otorgamiento a este contrato preliminar de una eficacia positiva y específica que consiste en poder obtener del Juez las consecuencias del contrato, aunque

alguna de las partes se niegue a formalizarlo». A través de este mecanismo, que la misma Ley llama de «formalización judicial del compromiso», se trata de superar el obstáculo que suponía la consideración de que «por tratarse de declaraciones de voluntad, esto es, de un hacer infungible, el Juez no puede ejecutarlas específicamente en caso de incumplimiento del obligado» (1). Como diría uno de los autores que primero estudió las innovaciones introducidas por la Ley de 1953, el cumplimiento del pacto compromisorio por el procedimiento que señala el artículo 10 «abre un horizonte nuevo en un punto donde la ciencia jurídica se hallaba estancada» (2).

La Ley de 1953, como toda obra humana, presenta sus imperfecciones, sus puntos oscuros. Este estudio dedicará especial atención a uno de los que rápidamente denunció la doctrina científica. Se trata de la eficacia que pueda tener el contrato preliminar por sí solo para impedir que los Tribunales ordinarios conozcan de las materias sometidas en el mismo a arbitraje. La Ley se limita a decir que «el otorgamiento del compromiso impedirá a los Jueces y Tribunales conocer de la controversia sometida al fallo arbitral» (art. 19) y que «formalizado el contrato o pendiente de formalización judicial, el compromiso surtirá todos los efectos que le están atribuidos por esta Ley» (art. 11). Pero en ella no se dice si el contrato preliminar, cuando no está formalizado, ni pendiente de formalización, tiene fuerza para provocar la exclusión de los Tribunales ordinarios.

En las líneas anteriores se han expuesto sucintamente los dos puntos que van a ser objeto de análisis en este estudio. El primero se refiere a lo que se ha llamado por algún autor efectos positivos del contrato preliminar (3), consistiendo tales efectos en el desarrollo y realización de lo que en esencia contiene, esto es, en la instauración del arbitraje, ya sea a través de la formaliza-

(1) Exposición de Motivos de la Ley de 22 de diciembre de 1953.

(2) Díez PICAZO, *El pacto compromisorio y la nueva Ley de Arbitraje*. «Anuario de Derecho civil», VII, fasc. IV, 1954, p. 1.173.

(3) En la Exposición de Motivos ya se habla del otorgamiento al contrato preliminar de eficacia positiva. La doctrina también emplea esta terminología, así CARRERAS se refiere a los efectos positivos de los convenios compromisorios (*Estudio comparativo de la Ley española de Arbitraje*. «Revista del Instituto de Derecho Comparado», núm. 2. Barcelona, enero-junio 1954, páginas 112 y 113).

ción voluntaria o de la judicial. El segundo apunta a algo que, siendo de una gran trascendencia, aparece como una simple consecuencia del primero; en efecto, lo querido en el contrato preliminar es, fundamentalmente, la sumisión a árbitros de las controversias que puedan surgir, y la exclusión de los Tribunales ordinarios, si es que se produce, aparece como consecuencia de aquel querer, como derivado del mismo, como efecto reflejo. Se ha hablado en este sentido del efecto negativo del contrato preliminar (4).

Señalados ya los objetivos fundamentales de este estudio, sólo queda poner de manifiesto que la realización del mismo exige un análisis casi completo del contrato preliminar de arbitraje, ya que solamente así podrán ser analizados los problemas indicados con todo el rigor necesario.

No se limita este estudio al análisis de la reglamentación que la Ley de 1953 hace del contrato preliminar de arbitraje, pues, teniendo ya tal Ley casi quince años completos de vigencia y existiendo al respecto una jurisprudencia no despreciable, era necesario, como se ha hecho, tenerla muy en cuenta para conseguir una visión más completa y viva de los problemas estudiados.

CAPÍTULO I

CUESTIONES PREVIAS

A) CONCEPTO Y NATURALEZA.

La cláusula compromisoria, que la Ley de 22 de diciembre de 1953 llama «contrato preliminar de arbitraje», siendo esta denominación más precisa, ya que no es de esencia de la institución ser una cláusula contractual (5), es—según la Exposición de Motivos de la Ley—«figura distinta y más sencilla que el compromiso y, por lo tanto, con requisitos menos rigurosos para su estipulación». Para fijar el concepto de la cláusula compromisoria es necesario determinar hasta qué punto son ciertas las afirmacio-

(4) CARRERAS (Jorge), *Estudio comparativo*, cit., pp 109 y ss.

(5) Díez PICAZO, loc. cit., p. 1.156.

nes anteriores y, especialmente, la que pone de manifiesto que la cláusula es «figura distinta» del compromiso. Ello implica el examen de la naturaleza jurídica de ambas figuras y, particularmente, el de la naturaleza de la cláusula compromisoria (6).

Ha sido frecuente la calificación de la cláusula compromisoria como una especie de los llamados contratos preparatorios, precontratos o promesas de contrato; llegando a afirmarse que no existía duda en cuanto a su calificación concreta, ya que la discusión «se centra en la elaboración del precontrato como concepto de la ciencia jurídica y en el deslinde de su ámbito y eficacia» (7). Sin embargo, la calificación de la cláusula compromisoria como un precontrato no es admitida con unanimidad por la doctrina, pues se ha estimado que «tales pactos están fuera del área del contrato preliminar al no ser preciso que contengan los datos sustanciales del compromiso posterior» (8).

Profundizando en el problema, se descubre que gran parte de la doctrina patria configura al contrato preliminar de arbitraje como un precontrato. Dentro de esta tendencia general pueden distinguirse dos orientaciones distintas, una, la que puede cali-

(6) En este estudio se emplearán para designar a la figura jurídica objeto del mismo los siguientes términos: contrato preliminar de arbitraje, el más adecuado que presenta, además, la ventaja de ser el término legal, cláusula compromisoria y pacto compromisorio.

(7) Díez PICAZO, loc. cit., p. 1.157.

(8) ROCA JUAN, *Pacto compromisorio* (Notas a los artículos 6 a 11 de la Ley de 22 de diciembre de 1953). «Anales de la Universidad de Murcia. Derecho». Vol. XV, curso 1956-1957, p. 192. También fuera de España se ha negado el carácter de precontrato a la cláusula compromisoria (AYLWIN AZOCAR, Patricio, *El juicio arbitral*. Santiago. Editorial jurídica de Chile, 1953, pp. 324 y siguientes). En la doctrina italiana se distingue entre cláusula compromisoria y contrato preliminar de compromiso. A la primera se le atribuye la misma naturaleza que al compromiso, del que se la diferencia por referirse a todos los litigios que puedan nacer de un contrato y no a una controversia ya nacida y determinada; por el contrario, «il contratto preliminare di compromesso» es un contrato por el cual las partes se obligan a estipular un compromiso. (NOBILI, Raffaele, *L'arbitrato delle associazioni commerciali*. Padova. Cedam. 1957, p. 75, nota 22.)

SCHIZZEROTTO, refiriéndose al concepto contenido en el artículo 808 del «Codice di Procedura Civile», pone de manifiesto que con la cláusula compromisoria las partes no se obligan a estipular un compromiso, sino a confiar el conocimiento de las controversias a los árbitros. Habiéndose dictado una disciplina común para el compromiso y la cláusula compromisoria, ésta no se diferencia de aquél más que por el hecho de referirse a un número incierto y eventual de controversias. (*Dell'arbitrato*. Milano. Giuffrè, 1958, p. 61.) Fiel reflejo de esta tendencia que identifica la naturaleza del compromiso y de la cláusula es el trabajo de REDENTI, *Compromesso (Diritto processuale civile)*. «Novissimo Digesto italiano». Vol. III Torino. Utet. 1959. pp. 786 a 809.

ficarse de tradicional, considera que la naturaleza de «la cláusula compromisoria es la del precontrato, contrato anterior a otro (compromiso): un contrato que se concluye “actualmente” y que vincula a las partes a la cooperación y conclusión de un contrato “futuro”; por lo que han de estipularse las líneas generales y de principio de este futuro contrato» (9).

Otra orientación es la mantenida por Díez PICAZO, el cual, siguiendo las doctrinas sobre el precontrato del profesor DE CASTRO (10), afirma que la Ley española de Arbitraje parece haberse desviado de la tesis clásica del precontrato. Justificando tal aserto, señala que la Ley «evita cuidadosamente la afirmación de que el pacto compromisorio produzca la obligación de celebrar un contrato de compromiso, limitándose a decir que las partes se obligan a instituir el arbitraje (art. 6), y a realizar los actos necesarios para que el arbitraje pueda tener efecto (art. 9)» (11). Continúa afirmando que no es lo mismo decir que las partes se obligan a celebrar un contrato de compromiso, que afirmar que se obligan a instituir un arbitraje realizando los actos necesarios para ello, pues el arbitraje no es un contrato, sino una institución de solución privada de un conflicto de intereses; mientras que el compromiso es el contrato creador de este arbitraje. Además, si contrato es el negocio bilateral creador de una relación jurídica, con rigor técnico no puede hablarse de contrato en el momento de la institución del arbitraje, «porque la relación está creada ya y lo único que cabe hacer es desarrollarla, darle su curso normal, realizando los actos necesarios para que se pueda efectuar el tránsito de una fase a otra de la relación, del momento prearbitral al arbitraje definitivo. Es menester insistir en que este tránsito se verifica mediante la realización de unos

(9) VALCARCE, *El arbitraje privado* (Ley de 23-XII-1953). Separata de la «Revista de Derecho Procesal». Madrid 1954, p. 18. En este mismo sentido FERNÁNDEZ DE SORIA, Fernando, *El arbitraje en Derecho privado* (Comentario a la Ley de 22 de diciembre de 1953). «Revista de Derecho Procesal», año XI, número 3, 1955, p. 417. También el Tribunal Supremo parece seguir a veces esta orientación; así, en la sentencia de 31 de mayo de 1958 se afirma que la cláusula compromisoria «no tiene más alcance que el de vincular jurídicamente a éstas (las partes) a la conclusión futura del compromiso».

(10) DE CASTRO y BRAVO, F: Ver al respecto *La promesa de contrato. Algunas notas para su estudio* «Anuario de Derecho civil», III. fasc. IV, 1950, páginas 1.133 a 1.186.

(11) Díez PICAZO, loc. cit., p. 1.160.

“actos” que en ningún caso pueden constituir un segundo contrato» (12).

Además de estas doctrinas que califican al contrato preliminar de arbitraje como un precontrato, también se ha tratado de darle una configuración distinta; así, ROCA JUAN ha señalado que tal contrato, que él llama «pacto compromisorio» (13), no es un contrato preliminar, ya que no es preciso que contenga los datos sustanciales del compromiso posterior, sin perjuicio de lo cual se le asigna «la eficacia creadora de una situación jurídica interina que puede convertirse por voluntad de las partes, o de una sola de ellas, en una situación definitiva. Así, el arbitraje (institución de solución privada), se constituye de dos maneras: directamente, mediante el compromiso, e indirectamente, mediante el pacto compromisorio que coloca a las partes en la posibilidad de constituirlo mediante el proceso de formalización a que la Ley alude» (14). Por consiguiente, aunque no es necesario que el pacto compromisorio contenga los datos sustanciales del compromiso, sin embargo, de él «nace una situación intermedia que constituye el presupuesto para que cualquiera de las partes logre estatuir la situación definitiva de arbitraje mediante el proceso de formalización» (15).

La teoría de ROCA JUAN da una explicación al fenómeno del contrato preliminar de arbitraje, explicación que es aceptable, ya que

(12) Díez PICAZO, loc. cit., p. 1.160. En este mismo sentido, OGAYAR Y AYLLON, Tomás, *Originación contractual y testamentaria del arbitraje*. Ilustre Colegio de Abogados de Valencia. Publicaciones de la Academia Valenciana de Jurisprudencia y Legislación (discurso leído por el autor en su recepción como académico de número el día 10 de diciembre de 1955), núm. 41, pp. 18 y ss.

(13) ROCA JUAN habla de la tendencia a alejar el compromiso de la noción de contrato, acercándolo a la de simple negocio bilateral del que se derivan situaciones jurídicas frente al proceso, centrándolo en la idea de pacto como manera de hacer la paz (loc. cit., p. 196).

(14) ROCA JUAN, loc. cit., pp. 192 y 193.

(15) ROCA JUAN, loc. cit., p. 193. El profesor ROCA JUAN, en su estudio, ha tenido en cuenta conceptos como los de negocio genético, situación y posición jurídicas. Recoge el concepto de FERRARA de «situación jurídica», entendiendo por tal todo «estadio del hecho jurídico en desarrollo», refiriéndose, por tanto, a hechos jurídicos que tienen una formación sucesiva y se desenvuelven gradualmente hasta completar su total estado, aunque a cada paso de su realización el hecho produce particulares efectos. (Loc. cit., p. 184.) Vid., también, FERRARA, F., *Teoria del Diritto e metafisica del Diritto*. (A propósito di una recente pubblicazione), en «Scritti Giuridici». Vol. III. Milano, Giuffrè, 1954, páginas 471 y ss.

tiene muy en cuenta la característica esencial de esta figura jurídica: su formación sucesiva. Por ello, en el fondo, su tesis, a pesar de alguna de sus afirmaciones, no difiere esencialmente de la que configura al contrato preliminar de arbitraje como un precontrato, entendiendo éste como un solo contrato que se desarrolla en dos fases, sin que el paso de la primera a la segunda requiera la celebración de un nuevo contrato. La teoría del precontrato en el último sentido apuntado parece ser la más congruente con la reglamentación de la Ley de 1953, ya que el artículo 6.º dice que mediante el contrato preliminar las partes preparan el arbitraje «comprometiéndose previamente... a instituirlo en su día»; es como si dijera que las partes aceptan un proyecto de contrato comprometiéndose a darle eficacia en el momento que lo exija una de ellas (16).

En algunos artículos de la Ley parece indicarse que el paso del contrato preliminar al arbitraje se realiza mediante un contrato, el compromiso, así en los artículos 9, 10 y 11 se habla en varias ocasiones de formalización judicial del compromiso. No obstante, con ello la Ley no quiere indicar que el tránsito del contrato preliminar al arbitraje se realice mediante un nuevo contrato; por el contrario, la formalización, bien sea voluntaria, bien sea forzosa, parece concebirse como la segunda etapa de un *iter negocial* cuya primera fase se centra en la celebración del contrato preliminar de arbitraje. La formalización es la etapa final del *iter negocial* y está integrada por la realización de los actos necesarios para que el arbitraje pueda tener efecto; actos que la Ley no concibe como celebración de un nuevo contrato, sino como cumplimiento de una obligación derivada del contrato preliminar de arbitraje (art. 9-1.º) (17). Este planteamiento permite introducir la novedad de la formalización judicial del compromiso, pues no tratándose de celebrar un nuevo contrato, sino de cumplir una obligación anterior, debe admitirse la ejecución forzosa, salvo que

(16) DE CASTRO define el precontrato o promesa de contrato como el convenio «por el que las partes crean en favor de una de ellas (onerosa o gratuitamente) o de cada una de ellas, la facultad de exigir la eficacia inmediata (*ex nunc*) de un contrato por ellas proyectado». (Loc. cit., p. 1.170.)

(17) Sobre el significado de lo que la Ley llama formalización del compromiso, vid., *infra*, pp. 23 y ss.

se dé el supuesto de que el resultado perseguido no se pueda obtener sin la colaboración de la otra parte (18).

No implicando la formalización la celebración de un nuevo contrato, ¿qué sentido puede tener que la Ley hable de formalización del compromiso? La respuesta a esta pregunta contesta también a la cuestión, que se planteaba al principio, sobre la verdad o no de aquellas afirmaciones de la Exposición de Motivos, en las que se dice que el contrato preliminar es figura distinta del compromiso. Tales afirmaciones no encuentran confirmación en la Ley; por el contrario, más bien parece que el contrato preliminar de arbitraje se concibe como un compromiso desarrollado en diversas etapas, de manera que, matemáticamente, podría decirse que contrato preliminar más formalización es igual a compromiso. De aquí resulta que la única diferencia se encuentra en la distinta génesis que en un caso y otro tiene el compromiso, afecta a la formación, al desarrollo; pero no a la esencia de la institución.

La finalidad del contrato preliminar y del compromiso es la misma: constituir el arbitraje; lo único que varía es el *iter* a través del cual se cumple tal finalidad; por el compromiso se constituye de manera inmediata el arbitraje, por el contrato preliminar de manera mediata (19). Estas dos distintas maneras de constituir el arbitraje corresponden a supuestos de hecho distintos, ya que, si bien es verdad que el contrato preliminar puede celebrarse aun cuando la controversia haya ya surgido y esté determinada, lo cierto es que su razón de ser se encuentra en la imposibilidad de las partes, que se hallan inmersas en una relación y prevén la posibilidad de que entre ellas surja alguna controversia, de determinar de modo concreto tal controversia. Por ello, queriendo susstraerse a la vía judicial, se obligan recíprocamente a instituir el arbitraje cuando el litigio haya surgido.

Puede decirse que en el contrato preliminar se crea toda la re-

(18) OGAYAR Y AYLLON, ob. cit., p. 26 El contrato preliminar de arbitraje podría incluirse—en este sentido—dentro del supuesto a que se refiere PUIG BRUTAU cuando, precisando el concepto de precontrato, dice que puede tratarse de «un contrato o acuerdo firmemente vinculante que igualmente ofrezca lagunas en su contenido, pero que puedan ser subsanadas sin necesidad de una activa cooperación de las partes». (*Fundamentos de Derecho civil*. T. II, Vol. II, Barcelona, Bosch, 1956, p. 15.)

(19) Ya se han señalado las afirmaciones de ROCA JUAN en este sentido. Vid. supra, p. 6.

lación arbitral (20), ya que por él las partes quedan obligadas al arbitraje. Lo único que sucede es que el arbitraje previsto está dependiendo de que surja una controversia, no siendo posible instituirlo hasta tal momento, ya que anteriormente no se podría determinar el problema concreto que debía someterse a los árbitros. Si la determinación concreta del objeto puede hacerse en el supuesto de compromiso en el momento de celebrarlo, no sucede lo mismo cuando al arbitraje se llega a través del contrato preliminar; pues el momento previo, de preparación, que encarna el contrato preliminar, sólo permite una determinación genérica, la cual, si se realiza el *iter negocial* subsiguiente, llegará a concretarse, perfeccionándose entonces la relación arbitral mediante el cumplimiento de los requisitos que permitirán establecer el arbitraje previsto. En la etapa previa se encuentran determinados todos los elementos sustanciales, de manera que en la posterior sólo se requiere una concreción de los mismos: se ha establecido el sometimiento a árbitros, pero la determinación de las personas concretas que han de desempeñar la función se hará, normalmente, en la segunda etapa; lo mismo sucede con la controversia, se ha previsto la sumisión de todas las que puedan surgir, pero sólo será sometida la que efectivamente surja.

Esta concreción de los elementos, que en el contrato preliminar aparecen sólo genéricamente determinados, se realiza a través de lo que la Ley llama *formalización* (voluntaria o judicial) *del compromiso*, frase cuyo significado no es otro que el de que el arbitraje preparado en el contrato preliminar ha quedado ya concretado, instituido, mediante la determinación de los requisitos que la Ley exige para el compromiso. Esto es, que el compromiso contenido sustancialmente en el contrato preliminar se ha concretado y completado a través del cumplimiento de los requisitos que la Ley exige para que tenga lugar la institución del arbitraje. Por todo ello, se habla de formalización, pues lo que se quiere indicar es que lo indeterminado se ha determinado, que lo genérico se ha especificado, que lo informe ha cobrado forma. En resumen, que el compromiso indeterminado, genérico e informe se ha formalizado.

(20) En este sentido. Díez PICAZO, loc. cit., p. 1.168.

Teniendo en cuenta todo el análisis expuesto, el contrato preliminar de arbitraje puede definirse como la fase inicial, creadora de un vínculo por el cual se someten a arbitraje todas las cuestiones que puedan surgir de una relación jurídica, quedando las partes recíprocamente facultadas, y obligadas a la vez, para instituir el arbitraje a través del cumplimiento voluntario de las obligaciones que habían asumido, o, en el caso de que una se niegue a prestar su colaboración, mediante el procedimiento forzoso de la formalización judicial, medios ambos que permiten, una vez surgida la controversia, formalizar el compromiso, o compromisos que, en esencia, se hallaban ya, aunque informes, indeterminados, en el contrato preliminar de arbitraje.

El único punto de la definición anterior que requiere aclaración es el que se refiere a la formalización del *compromiso o compromisos*, con lo cual se da a entender que un contrato preliminar puede dar lugar a la formalización de varios compromisos, y, en consecuencia, a la institución de diversos arbitrajes. De esta cuestión se trata en el apartado siguiente.

B) CONEXIONES ENTRE EL CONTRATO O RELACIÓN JURÍDICA MATERIAL Y EL CONTRATO PRELIMINAR DE ARBITRAJE.

Respecto al ligamen existente entre el contrato preliminar de arbitraje y la «relación jurídica singular» que le sirve de fundamento, se plantea el problema de si el primero es accesorio de la segunda. La cuestión es de gran trascendencia, sobre todo en aquellos caso, los más frecuentes, en que el contrato preliminar de arbitraje aparece como una cláusula contractual (21).

La doctrina y jurisprudencia italianas han resuelto tal cuestión diciendo que la cláusula compromisoria no es accesorio del contrato en que se inserta, porque su estructura, contenido y función son muy diferentes de las de dicho contrato. Se dice que la cláusula, a pesar de su nombre, es un contrato por si misma; contrato que tiene una autonomía evidente en relación con aquel otro en el que se establece la relación jurídica material. La trascen-

(21) El artículo 6.º de la Ley dice que el contrato preliminar puede contraerse bien «en un pacto principal, bien en una estipulación accesorio».

dencia práctica de esta doctrina es que el principio «accessorium sequitur principale» no encuentra aplicación en la cláusula compromisoria. Por ello, la nulidad del contrato no produce la de la cláusula. Del mismo modo, la nulidad de ésta no tiene ninguna influencia sobre aquél. Pero puede suceder que exista el mismo vicio en el momento de firmar el contrato y la cláusula, en este caso, los dos serán nulos. Si el contrato es nulo y la cláusula válida, los árbitros pueden juzgar sobre la nulidad del contrato (22).

En la doctrina española, Díez PICAZO ha hablado de la independencia del contrato preliminar de arbitraje respecto al contrato del que es consecuencia, llegando a parecidas conclusiones que las que se han señalado para la doctrina italiana (23).

Desde luego, la doctrina de la autonomía del contrato preliminar respecto al contrato básico es acertada y presenta indudables ventajas prácticas. Sin embargo, conviene tener en cuenta que entre ambos contratos existe una conexión evidente derivada de la referencia que el pacto compromisorio hace al contrato base, sujetando a arbitraje todas las diferencias que puedan surgir del mismo. Por ello, si el contrato o relación básica permanece en vigor durante un periodo de tiempo y surgen diversas controversias hay que entender que cada una de ellas motivará o puede motivar el establecimiento efectivo de un Tribunal arbitral.

Conviene recordar, en este punto, la doctrina de MORTARA, el cual definía a la cláusula compromisoria como un compromiso en curso de formación, o como el núcleo central de una serie de futuros compromisos (24). Hay que tener en cuenta este hecho, ya que, si bien es verdad que en muchos casos el contrato preliminar no será fuente de ningún compromiso por no surgir ninguna controversia, o sólo dará lugar a la formalización en una ocasión, también puede suceder que, con base en el mismo, se formalicen varios compromisos y se establezcan diversos arbitrajes. Este último fenómeno tendrá lugar especialmente cuando el contrato preliminar haga referencia a una relación jurídica en la que las partes ligadas estén inmersas y tengan interés en continuar, superando las dife-

(22) SCHIZZEROTTO, ob. cit. pp. 65 y ss.; BIAMONTI, L., *Arbitrato (Diritto processuale civile)*. «Enciclopedia del Diritto». Vol. II, 1958. pp. 928 y 929.

(23) Díez PICAZO, loc. cit., pp. 1.156 y 1.157.

(24) Cita de SCHIZZEROTTO, ob. cit., pp. 60 y 61.

rencias que entre ellas puedan surgir; piénsese en una cláusula compromisoria contenida en un contrato de sociedad, en unos estatutos de copropietarios, etc. Puede suceder, en los supuestos indicados, que surja alguna controversia entre las personas ligadas y que, con base en el contrato preliminar, se instituya el arbitraje; sin embargo, continuando vigente, después de dictado el laudo por los árbitros, la relación jurídica básica, hay que entender que también continuaría estando vigente el contrato preliminar, ya que su finalidad no es la de someter a árbitros una sola controversia, sino todas las dudas, cuestiones o diferencias que puedan suscitarse entre las partes inmersas en una relación mientras tal relación esté vigente.

C) CONDICIONES DE VALIDEZ.

La consideración del contrato preliminar de arbitraje como la primera fase de un compromiso desarrollado en dos etapas tropieza con un grave obstáculo legal, ya que el artículo 7.º de la Ley de 1953 no lo sujeta a los mismos requisitos de capacidad, objeto y forma que al compromiso, «sino a los generales que acerca de estas materias rigen en el Derecho privado de la contratación». Surgiendo entonces el inconveniente de que para la celebración de una etapa del contrato se requieren unas condiciones distintas que para la conclusión de la otra.

Sin embargo, el inconveniente es más aparente que real, ya que, en cuanto al objeto y la forma es lógico que la Ley no sea tan rigurosa en la fase previa, preparatoria (25), como en la fase de formalización o de instauración del arbitraje. Tal diferencia de rigor se justifica por los efectos que ha de tener cada fase: por la primera, las partes quedan obligadas a la realización de cuantos actos sean necesarios para que el arbitraje pueda tener efecto;

(25) La Ley dice en la Exposición de Motivos que el contrato preliminar se configura con más sencillez y con requisitos menos rigurosos que el compromiso. (Vid., supra, p. 3) Algún autor ha insistido mucho en este punto, diciendo que el contrato preliminar de arbitraje viene a compensar el rigor con que necesariamente se ha tratado al compromiso. (FENECH, Miguel, *El arbitraje* (Informe presentado en las jornadas franco-españolas de Derecho comparado celebradas en Toulouse en mayo de 1954). «Revista del Instituto de Derecho comparado», núm. 3. Barcelona, julio diciembre 1954, p. 184.)

pero esta fase, por si sola no instaura el arbitraje; por ello, la Ley no exige para ella los mismos requisitos, en cuanto a la determinación del objeto y cumplimiento de solemnidades formales, que para el compromiso. Sin embargo, tales requisitos habrán de cumplirse en la segunda etapa, esto es, en la de formalización, ya que ésta, mediante la realización de dichos requisitos, abrirá la puerta al arbitraje. Por consiguiente, lo que sucede propiamente es que tanto el objeto como la forma se van determinando y realizando a medida que la relación contractual se desarrolla.

El problema se presenta de manera muy distinta en relación con la capacidad. Por ello, el estudio de esta cuestión requiere un examen separado de los requisitos que la Ley exige en cuanto a la capacidad, al objeto y a la forma.

a) *Capacidad.*

Siendo la capacidad una cualidad de la persona o, como ha dicho CARNELUTTI, «un modo de ser del sujeto en sí» (26), no puede ser objeto de determinación en un proceso negocial, como pueden serlo el objeto y la forma. Es evidente que, paralelamente al desarrollo del proceso negocial, puede también tener lugar otro que origine que un sujeto incapaz llegue a ser capaz; pero tal fenómeno se desarrolla al margen del proceso negocial, el cual no ejerce ninguna influencia al respecto, como puede ejercerla, sin embargo, en la determinación de la forma y del objeto. Por ello, en los fenómenos negociales que se realizan y se van completando a través del tiempo, debe exigirse para la primera etapa negocial la misma capacidad que para la última, pues, de lo contrario, puede suceder que, exigiéndose unos requisitos más leves en la primera, inicien la relación jurídica sujetos que no puedan llevarla a feliz término, ni cumplir las obligaciones que asumieron en la misma, por no reunir las condiciones de capacidad requeridas para celebrar la segunda etapa.

La Ley de 1953 no parece haber tenido en cuenta este fenómeno v partiendo de la consideración de que contrato preliminar y com-

(26) CARNELUTTI, *Diritto e processo*. «Trattato del processo civile», dirigido por el propio CARNELUTTI. Nápoli 1956, p. 116.

promiso son negocios distintos (27) los ha sometido también a un distinto régimen en materia de capacidad. En efecto, la Ley de 1953 exige para celebrar el compromiso la capacidad para enajenar (art. 13) y para el contrato preliminar la capacidad general para contratar (art. 7.º). De este modo, resulta que el contrato preliminar celebrado por una persona con capacidad para obligarse, pero sin la especial de comprometer, es válido «pero la obligación que contiene no podrá ser cumplida por el deudor, ni exigida por el acreedor, ni impuesta por el Juez» (28). La Ley no parece tener en cuenta que contrato preliminar y compromiso tienen la misma «finalidad de crear o establecer el arbitraje, por lo que es necesario que para el acto creador del mismo se tenga idéntica capacidad» (29).

Por consiguiente, la reglamentación que de la capacidad hace la Ley puede esgrimirse como un argumento contra la consideración de que el contrato preliminar es la primera etapa de un compromiso desarrollado en varias fases, con la consecuencia lógica de tenerse que someter a los mismos requisitos de capacidad que el compromiso; sin embargo, dentro del mismo sistema legal aparece como una incongruencia y no parece lógico montar una argumentación sobre lo que, por ser anómalo y enfermizo, habría que modificar.

b) *Objeto.*

La Ley no exige en el momento de celebrar el contrato preliminar que el objeto quede determinado del mismo modo que cuando se contrae un compromiso. La falta de determinación de la controversia concreta es consecuencia lógica de la función del contrato preliminar, ya que si puede tener por objeto una controversia que ya existe, lo normal es que se celebre para someter a arbitraje controversias futuras y eventuales (30); además, un

(27) Exposición de Motivos.

(28) Díez PICAZO, loc. cit., p. 1.163.

(29) OGAYAR Y AYLLON, ob. cit., p. 22. Encuentra apropiado el sistema legal GUASP, *El arbitraje en el Derecho español* (su nueva regulación conforme a la Ley de 22 de diciembre de 1953). Barcelona. Bosch, 1956, pp. 87 y 88.

(30) Normalmente la doctrina considera que el objeto del contrato preliminar o cláusula compromisoria es el de someter a arbitraje las cuestiones futuras que puedan sobrevenir en el seno de una relación dada. (VALCARCE, obra citada, p. 18. OGAYAR Y AYLLON, ob. cit., p. 23, etc.). Ya se ha visto en

contrato preliminar teniendo por objeto una controversia presente carecería de interés y las partes acudirían a la institución directa del arbitraje (31).

Siendo objeto del contrato preliminar las controversias futuras y eventuales, es lógico que la Ley disponga que no necesitará contener la designación «del tema controvertido» (art. 8.º-1.º); pero esto no significa que las posibles controversias que puedan ser sometidas al arbitraje queden totalmente indeterminadas, ya que ello iría contra lo dispuesto en el artículo 1.273 del Código civil (32). La Ley exige que el objeto del contrato preliminar quede lo más determinado posible, pero como hace referencia a todas las controversias que puedan surgir de una relación, no prescribe, no podía hacerlo, que se determinen las controversias concretas, sino que con muy buen criterio dispone que «será preciso, en todo caso, una fijación, por lo menos de principio, de la *relación jurídica singular* a que ha de referirse el arbitraje, sin que sea válida la renuncia general a la acción judicial en relación con todos los derechos de una persona» (art. 8.º-2.º).

El Tribunal Supremo, en la sentencia de 23 de noviembre de 1960, estimó que el contrato preliminar fijaba la relación jurídica singular de la controversia, ya que en la cláusula que establecía el arbitraje se decía que se someterían a éste «cualquiera duda o discrepancia que pueda suscitarse entre las partes contratantes acerca del cumplimiento de este convenio»; en consecuen-

la nota número 8 que la doctrina italiana centra la diferencia entre compromiso y cláusula compromisoria según se haga referencia a controversias ya existentes o futuras. La Ley francesa de 31 de diciembre de 1925, que autoriza la cláusula compromisoria en materia mercantil, se refiere a las controversias que vengán a producirse («viendront à se produire»), siendo lógico que la doctrina francesa hable de litigios eventuales y futuros. (GRECH, Gastón, *Précis de l'arbitrage commercial*. París, 1964, p. 3; CUCHE, Paul, y VINCENT, Jean, *Procédure civile et commerciale*. 12 ed. París 1960, p. 618.) En Derecho español algunos autores incluyen dentro del contrato preliminar de arbitraje al compromiso otorgado en documento privado (art. 16-2.º), el cual, como es lógico, tiene que referirse a una controversia pendiente entre las partes (artículo 15). En un sentido amplio esta orientación es acertada, ya que para el otorgamiento de escritura pública la Ley establece el procedimiento del artículo 10, pero el compromiso contenido en documento privado va más allá de la simple preparación del arbitraje a que se refiere el artículo 6.º Siguen la orientación señalada: FENECH, loc. cit., p. 184; CARRERAS, *Estudio comparativo...* cit., pp. 108 y 109.

(31) Díez PICAZO, loc. cit., p. 1.164.

(32) Sobre esta cuestión, Díez PICAZO, loc. cit., pp. 1.164 y 1.165.

cia, el Tribunal Supremo afirmó que «no cabe duda que estaban concretados los temas objeto del arbitraje sobre los que se pedía la formalización que el Juzgado decretó» (33).

Siendo el contrato preliminar la primera fase de un compromiso debe tener por objeto materias que no estén excluidas del arbitraje, ya que, en caso contrario, no podría realizarse la formalización y el contrato preliminar no tendría efectividad (34). La razón se encuentra en que, mientras la existencia y determinación están dependiendo del desarrollo de los acontecimientos, por estar subordinado a los mismos el nacimiento de la controversia (existencia), y en consecuencia la determinación concreta de la misma, por el contrario, la idoneidad de una materia para ser sometida al arbitraje viene determinada por la Ley; de aquí que sea inalterable, salvo modificación de la Ley, y que deba existir ya en el momento de celebración del contrato preliminar (35). Por consiguiente, en este punto se han de cumplir ya en la fase preliminar los requisitos señalados por el artículo 14-1.º, debiendo ser la materia sobre la que se contrata de Derecho privado y las partes han de tener, además, poder para disponer válidamente.

No se analiza en este estudio la cuestión de las materias que no pueden ser sometidas al arbitraje y tampoco se examina el concepto de disponibilidad, pues todo ello escapa a la problemática del contrato preliminar, afectando a toda la institución del arbi-

(33) *Jiménez c. Soler*. Jurispr. Civil, 1960 (edic. of.). T. 93, pp 754 y ss. Las partes habían celebrado un contrato de sociedad de cuentas en participación el 13 de junio de 1955; en la cláusula séptima de dicho contrato se contenía una cláusula compromisoria. El demandante, alegando que el demandado, señor Soler, no cumplía las obligaciones que contrajo y se negaba también a designar árbitros, se dirigió al Juzgado pidiendo la formalización judicial. El señor Soler alegó que había querella pendiente promovida por él ante el Juzgado de Instrucción número 5 de Sevilla, por tratarse la cuenta en participación de una forma contractual encubridora de un delito de préstamo usurario; todo lo cual acreditaba mediante testimonio y pedía que se suspendiera el pleito hasta que recayera sentencia firme en la causa criminal. La Audiencia de Sevilla dictó auto confirmando el de terminación del sumario, sobreyéndolo provisionalmente. Acreditados tales extremos por la representación del demandante se alzó la suspensión y el Juzgado dictó auto accediendo a la formalización. Los árbitros dictaron laudo de equidad. El señor Soler interpuso recurso de nulidad, alegando que en el contrato preliminar no se fijaba, ni siquiera en principio, la relación jurídica singular en relación con la cual se habría de determinar la controversia.

(34) En este sentido, OGAYAR Y AYLON, loc. cit., p. 22

(35) Dice Díez Pícazo que «la idoneidad de la materia, que es invariable, ha de poseerse desde el primer momento» (loc. cit., p. 1.165).

traje. Por lo demás, tales problemas han sido estudiados detenidamente por la doctrina (36). No obstante, conviene recordar, y añadir a lo que la doctrina suele decir, que el Tribunal Supremo, en sentencia de 5 de mayo de 1958, ha afirmado que «la ilicitud causal de un negocio jurídico es de la exclusiva competencia de los órganos jurisdiccionales y en su contra no debe sobreponerse la entidad por las partes, por lo general» (37). La sentencia de 27 de noviembre de 1963 declara que las cuestiones referentes a la simulación contractual son de naturaleza civil y mientras que no haya un tercero perjudicado y se acredite la apertura del procedimiento criminal «la jurisdicción civil es libre para actuar y, por tanto, la de los árbitros de equidad, designados legalmente para, en sustitución de aquélla, resolver en conciencia la cuestión» (38).

(36) Puede verse al respecto OGAYAR Y AYLLON, loc. cit. pp. 22 y 23; Díez PICAZO, loc. cit., pp. 1.165-1.166. Respecto a la cuestión de la disponibilidad el último autor citado señala que «una materia—una relación jurídica, una situación—es indisponible cuando está fuera del poder individual, cuando no puede ser modificada ni reglamentada por actos del individuo» (loc. cit., página 1.166). GUASP examina la cuestión de la disponibilidad a través del análisis del concepto de «relación jurídica singular» (loc. cit., pp. 91 y ss.).

(37) Previamente, en el mismo considerando, dice el Tribunal Supremo que el artículo 1.275 del Código civil determina «que los contratos sin causa o con causa ilícita no producirán eficacia jurídica, dando su amplio concepto de la ilicitud causal en el sentido de oponerse lo pactado a las leyes o a la moral, norma que los Tribunales deben integrar en cada caso con criterios objetivos extraídos del mismo Ordenamiento jurídico y de concepciones todavía más altas...» Parece ser que la razón por la cual se declara la materia de ilicitud causal de la exclusiva competencia de los órganos jurisdiccionales se encuentra en esa oposición que implica a las Leyes y a la Moral, y en la función que los jueces deben cumplir en tales casos. (*Albert Costa y Albert Woerdeman c. Albert Costa*, en su propio nombre y como gestor de la Sociedad Comanditaria «A. Conrad y Compañía», sus hijos y la entidad «Conrad y Compañía S. A.», Jurispr. Civ. 1958 [edic. of.] T. 69, pp. 132 y ss.) Los demandantes eran socios de la Comanditaria, cuyos negocios iban mal; sin embargo, el gestor demandado y sus hijos se enriquecían. Tres de los hijos del gestor—dos de ellos apoderados de la Comanditaria—, en escritura de 15 de marzo de 1944, constituyeron la sociedad anónima. Al parecer, trataban de engañar a la clientela para que creyera que sólo había transformación de la sociedad. La anónima se convirtió en gestora universal de la Comanditaria sin acuerdo adoptado en junta de socios y sin notificarles tal determinación. En la escritura de constitución de la Comanditaria había una cláusula compromisoria sometiendo a amigables compositores todos los litigios surgidos entre los socios. La primera instancia se declaró incompetente, la Audiencia de Burgos decidió sobre el fondo. Los demandados interpusieron recurso de casación alegando exceso en el ejercicio de la jurisdicción, pero el recurso no fué admitido por estimar el Tribunal Supremo la ilicitud causal en la creación de la sociedad anónima con el propósito de absorber a la Comanditaria, todo ello realizado sin la disolución previa de ésta y faltando el acuerdo social.

(38) *Don Angel A. C. c. don Juan A. C.*, socios de «Confecciones Giral, S. A.». Esta sentencia está recogida del Aranzadi (1963, t. XXX, vol. II,

c) *Forma.*

En cuanto a la forma, estando sometido el contrato preliminar a las reglas generales que rigen en el Derecho privado de la contratación (art. 7.º), la generalidad de la doctrina estima que no está sujeto a ninguna solemnidad, aunque debe realizarse por escrito (39). La exigencia de que se realice por escrito puede fundamentarse en el artículo 6.º que habla de comprometerse «en un pacto principal, bien en una estipulación accesoria». Se plantea aquí el problema de si el contrato preliminar debe o no estar sometido a los mismos requisitos formales que el principal, si bien esta cuestión pierde interés al considerarlo como la primera fase de una relación contractual, ya que entonces lo importante no es que los requisitos formales se cubran en dicha primera fase, sino en cualquiera de ellas o en el momento más oportuno del *iter negotial*. Teniendo en cuenta lo anterior es lógico que la Ley de 1953 no exija forma solemne en la fase preliminar, pero sí en la definitiva (40).

El hecho de que el artículo 7.º no someta al contrato preliminar a las mismas normas rigurosas que establece respecto al objeto y forma del compromiso no es obstáculo que impida considerarlo como la primera etapa de un compromiso en la que se abre ya la relación arbitral, puesto que, en definitiva, las reglas más rigurosas encontrarán aplicación y deberán ser observadas en la fase de formalización, en la cual se concretará un compromiso que tendrá por objeto la diferencia o diferencias que, de todas las posibles y previstas en la fase previa, hayan surgido de hecho.

D) INTERPRETACIÓN.

En principio, la interpretación del contrato preliminar de arbitraje no presenta problemas especiales y siendo, como es, un

página 3.244, núm. 5.047) y, siendo incompleto el resumen de los hechos, no resultan demasiado comprensibles las argumentaciones de los considerandos.

(39) OGAYAR Y AYLLON, loc. cit., p. 24; Díez PICAZO, loc. cit., p. 1.167.

(40) En este sentido, OGAYAR Y AYLLON, loc. cit., p. 24; Díez PICAZO, loc. citada, p. 1.167.

contrato, se le aplican las normas contenidas en el Código civil en materia de interpretación contractual; por consiguiente, si los términos del contrato preliminar de arbitraje son claros y no dejan duda sobre la intención de los contratantes, se estará al sentido literal; pero si hay contradicción entre las palabras y la voluntad prevalecerá la última (art. 1.281 del Código civil).

La especialidad, desde la cual hay que examinar la cuestión de la interpretación del contrato preliminar, se encuentra en el hecho de que implica la posible sustracción de unas cuestiones litigiosas al conocimiento de los Tribunales ordinarios. Teniendo en cuenta este hecho, se suele decir que la cláusula compromisoria debe interpretarse restrictivamente (41). Conviene recordar, sin embargo, que la interpretación restrictiva no es un método interpretativo, sino el resultado de la interpretación realizada en aquellos casos en que se llega a la conclusión de que lo querido es más restringido de lo que de los términos empleados podría deducirse (42). Por ello, propiamente lo que se quiere decir cuando se habla de la interpretación restrictiva del contrato preliminar de arbitraje no es que, por principio, se deba limitar su sentido dándole un alcance menor del que pueda derivarse de los términos literales. Una tal solución iría contra las normas generales en materia de interpretación e implicaría un atentado al artículo 1.281-2.º del Código civil, que establece el principio de que debe darse preferencia a la intención sobre los términos gramaticales. Propiamente, lo que se quiere decir, al hablar de interpretación restrictiva del contrato preliminar, es que, siendo norma general, la solución de los conflictos por los Tribunales ordinarios y excepcional la sumisión a árbitros, no pueden sustraerse a aquéllos más que las controversias que las partes expresamente quieran confiar a los árbitros; por ello, los casos de duda habrá que resolverlos a favor de la jurisdicción ordinaria (43).

(41) En este sentido, BIAMONTI, loc. cit., p. 928.

(42) Puede verse en este sentido la generalidad de la doctrina, así BIAMONTI, loc. cit., p. 928. Sobre el concepto de interpretación restrictiva: ALBALADEJO, *Derecho Civil*. Vol. I. Introducción y Parte General. Barcelona 1961, p. 80; CARIOTA FERRARA, L., *El negocio jurídico*. Madrid 1956, p. 616, etc.

(43) SCHIZZEROTTO, ob. cit., pp. 62-63. Para la orientación de la jurisprudencia italiana puede verse VECCHIONE, R., *Rassegne di Giurisprudenza*, en «*Rivista di Diritto Civile*», 1958, parte II p. 279. VALCARCE afirma que la cláusula compromisoria es de interpretación restrictiva porque su función tiende

En este punto resulta de gran interés el estudio de la jurisprudencia del Tribunal Supremo. A primera vista puede parecer contradictoria. En efecto, la sentencia de 5 de mayo de 1958, refiriéndose a una cláusula compromisoria que sometía a amigables componedores todos los litigios que pudieran surgir entre los socios, dice al final de su considerando primero que tales cláusulas no admiten «interpretaciones extensivas, dada la finalidad eliminatoria que persiguen, pues los Tribunales "strictu sensu" constituyen los órganos del Estado ante los cuales se deben plantear los problemas litigiosos por vía general» (44). De manera semejante, la sentencia de 31 de mayo de 1958 dice que la cláusula compromisoria, tratando de conseguir la eliminación de la competencia de los órganos jurisdiccionales del Estado, no permite «interpretaciones extensivas, dada su específica naturaleza eliminatoria, por ser la vía judicial el principio en que descansa la tutela jurídica» (45).

En la sentencia de 28 de noviembre de 1959 parece seguirse una orientación distinta. El problema que resuelve esta sentencia es el de si una cláusula compromisoria, que establece que las cuestiones relativas a la interpretación de un contrato se someterán a amigables componedores, tiene también virtualidad para que, en el juicio de amigable composición, se resuelvan aquellos problemas

«a eliminar la vía de los Tribunales ordinarios, principio éste de tutela estatal que resulta confirmado por algunos textos del mentado Código civil» (loc. cit., página 19).

(44) *Albert Costa y Albert Woerdeman c. Albert Costa, etc.* Vid. supra, nota 37, donde se contiene el resumen de los hechos. Conviene tener en cuenta que parte de los demandados eran ajenos a lo pactado y no traían causa de los estipulantes; por ello, parece que no podían quedar afectados por la cláusula compromisoria. Además se planteaba la cuestión de la ilicitud causal.

(45) *Palacín Balcell c. «Puche Hermanos y Compañía»*, Jurispr. Civ. 1958 (edic. of.). T. 69, p. 1.137). El actor, mediante escrito de 29 de agosto de 1953, dedujo ante el Juzgado de Primera Instancia de Ubeda demanda de juicio ordinario declarativo. Las cuestiones en litigio derivaban de un contrato privado fechado en Ubeda el 5 de mayo de 1950, por el que el señor Palacín vendió a los demandados un grupo extractor de aceitunas. El actor, al contestar a la demanda reconvenzional, hace referencia a una de las cláusulas del contrato por la que cualquier diferencia se resolvería por amigables componedores, salvo las reclamaciones por falta de pago; pero no planteaba claramente la cuestión de la exclusión de los Tribunales ordinarios. Las diferencias planteadas eran fundamentalmente de falta de pago. El Juez de Primera Instancia sentenció sobre el fondo; la Audiencia de Granada declaró la incompetencia de jurisdicción. El Tribunal Supremo admitió el recurso.

que no sean meramente interpretativos. La sentencia se decide por la solución positiva, alegando que «las partes contratantes, al referirse en la aludida cláusula compromisoria a diferencias que más tarde pudieran ocurrir entre ellas respecto a la exégesis y cabal inteligencia del vínculo que acaban de formar y con toda evidencia presentían y querían someterlas al prudente discernimiento de arbitradores o jueces de equidad, no como meras cuestiones especulativas sobre un tema concreto, y antes bien, calidad de problemas llevados al terreno de la aplicación práctica del derecho por la vía judicial, pues de otro modo se escindiría el tratamiento jurídico del caso al atribuir únicamente la interpretación al criterio del amigable componedor y luego de éste obtenido, deferir el conocimiento de las tesis planteadas a los órganos jurisdiccionales del Estado, privándose con tal criterio al propio juzgador de los poderes de interpretar los negocios controvertidos» (46). La sentencia de 20 de noviembre de 1963, refiriéndose a un arbitraje de equidad y recordando sentencias anteriores que ya habían mantenido semejante criterio, dice que la naturaleza y finalidad de tal arbitraje «permite una mayor elasticidad en la interpretación de sus términos, reduciéndose el recurso a examinar si hubo o no exceso jurisdiccional, traspasando los límites objetivos del compromiso, no ateniéndose para ello a la literalidad de las cláusulas compromisorias, sino procurando inducir la voluntad de las partes, que es la fuente generadora de la jurisdicción arbitral, por el conjunto de todas ellas» (47).

(46) *Doña Carolina M. R., doña Carolina, don José Antonio y don Carlos E. M. c. don Gonzalo G. B.*, Aranzadi, 1959. T. XXVI, vol. II; p. 2.718, número 4.470. Los demandantes pedían la formalización de la cláusula compromisoria, que establecía la sumisión a árbitros de las cuestiones relativas a la interpretación de un contrato. La primera instancia condenó al demandado a otorgar el compromiso. La Audiencia mantuvo el criterio de haber lugar a la formalización. Se recurre, con base en el artículo 1.691-1.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, alegando la violación del artículo 1.281 del Código civil, ya que la cláusula establecía la sumisión sólo para las cuestiones relativas a la interpretación del contrato. El Tribunal Supremo no admitió el recurso.

(47) *Don Felipe B. L. c. don Alfonso B. A.*, Aranzadi, 1963. T. XXX. Vol. II, página 3.109, núm. 4.842. Las partes habían constituido una sociedad, pactando que si se suscitaba alguna cuestión relativa a la interpretación y ejecución del contrato se sometería a amigables componedores. El demandado se negó a designar árbitros, el demandante pidió la formalización del compromiso, a lo cual accedió el Juez. Dictado el laudo, don Alfonso B. A. interpuso recurso de nulidad. En el considerando transcrito se trataba la cuestión de si se habían traspasado los límites del compromiso.

Los criterios mantenidos por el Tribunal Supremo en estas sentencias parecen, como se ha dicho, contradictorios; sin embargo, analizando la cuestión detenidamente se descubre que la contradicción, si es que existe, no es de grandes dimensiones. Efectivamente, en las sentencias de 5 y 31 de mayo de 1958, en las que se sienta el criterio de que la cláusula compromisoria no puede ser interpretada extensivamente, no se plantean propiamente problemas de interpretación, sino que, por el contrario, lo que se tenía que decidir, por aparecer dudoso, bien porque parte de los litigantes no hubieran pactado la cláusula, porque la materia no pudiera ser sometida a arbitraje o no estuviera comprendida en los límites de la cláusula, etc., era si debían someterse las cuestiones planteadas a los árbitros o a la jurisdicción ordinaria, decidiéndose el Tribunal Supremo acertadamente a favor de la última, ya que ante ella se deben, por regla general, llevar los litigios, presentando la vía arbitral carácter excepcional.

En las otras dos sentencias recogidas se resuelven auténticos problemas de interpretación del contrato preliminar. La de 28 de noviembre de 1959 da solución, a través de una indagación de la voluntad, a un interesante problema sobre la extensión que se deba dar a una cláusula compromisoria en la que se dice que se someterán a arbitraje las controversias derivadas de la interpretación del contrato. La tesis que parece sentar esta sentencia, a través de frases grandilocuentes y poco precisas, es la de que la cláusula no se debía interpretar en el sentido de limitarla sólo a los problemas de interpretación. Desde luego, mientras no se deduzca claramente de la voluntad de los otorgantes, parece lógico estimar que, aunque en el contrato preliminar se hable únicamente de cuestiones de interpretación, lo que se pretende es someter a arbitraje todos los litigios que puedan surgir. No parece de gran valor la argumentación a que se alude para justificar la decisión en la sentencia estudiada de que no se debe escindir el tratamiento jurídico, como se escindiría si se somete la interpretación al criterio del amigable componedor y los problemas prácticos a los órganos jurisdiccionales. Tal argumentación descansa sobre la base de que la solución de un problema de interpretación, por sí sola, no tiene trascendencia práctica, lo cual es muy discutible.

La sentencia de 20 de noviembre de 1963 se limita a decir que

el contrato preliminar no debe interpretarse teniendo sólo en cuenta la literalidad de las cláusulas, sino que hay que tratar de inducir la voluntad de las partes. Por consiguiente, se limita a aplicar las reglas generales sobre interpretación del negocio jurídico al supuesto concreto del contrato preliminar.

En resumen, puede afirmarse que el contrato preliminar está sometido a las reglas generales en materia de interpretación y que, cuando se habla de interpretación restrictiva del mismo, lo que quiere decirse es que, existiendo duda sobre si una materia se ha querido o no someter a árbitros, debe solucionarse negativamente, llevándose la cuestión a los Tribunales ordinarios, que constituyen el medio general de solución de los conflictos.

CAPÍTULO II

EFFECTOS POSITIVOS

El contrato preliminar de arbitraje es, como se ha dicho, la primera etapa de una relación jurídica que, totalmente desarrollada y perfeccionada mediante la realización de la segunda fase que implica la designación de árbitros y determinación del tema controvertido, puede dar lugar a uno o varios compromisos, y, por tanto, a uno o varios arbitrajes. Por efectos positivos del contrato preliminar de arbitraje se entiende esta realización de la segunda fase, en la cual, instituyendo el arbitraje, se da eficacia a la relación arbitral creada o, como podría decirse, recordando el artículo 6.º de la Ley, a la relación arbitral preparada en el contrato preliminar de arbitraje.

Como ya se ha dicho, el contrato preliminar, examinado en sí mismo, tiene la trascendencia de crear la relación jurídica arbitral; pero puesto en relación con la segunda fase aparece como un simple instrumento para llegar a la perfección del compromiso (48). De aquí que si el compromiso no llega a perfeccionarse

(48) CARRERAS se refiere al contrato preliminar como instrumento para llegar a la perfección del compromiso. (*Estudio comparativo...*, cit., p. 112.)

el contrato preliminar no tenga eficacia; por ello, se dice en el artículo 11 que «si el compromiso no se hubiere voluntariamente formalizado o no se hubiere hecho uso del derecho que reconocen los artículos 9 y 10, el contrato preliminar de arbitraje quedará sin efecto». Conviene señalar que la terminología legal no es totalmente apropiada, ya que, si no se realiza la segunda fase, esto es, lo que la Ley llama formalización, lo que propiamente sucede no es que el contrato preliminar se queda *sin efecto*, sino que *no llega a tener efecto*. En esto estriba la importancia de la fase de formalización, en que de su realización está dependiendo la eficacia de la relación jurídica arbitral creada por el contrato preliminar de arbitraje, de manera que, si no hay formalización, los efectos del contrato preliminar no se realizan; pero el contrato preliminar de arbitraje como tal continúa subsistiendo, o al menos puede continuar subsistiendo (49).

Conviene recordar en este punto que el contrato preliminar somete a arbitraje todas las diferencias que puedan surgir de una relación jurídica. De aquí que el hecho de que una controversia concreta no sea llevada efectivamente a árbitros, porque las partes acudan a los Tribunales no es suficiente, en principio, para que el contrato preliminar quede sin efecto; sino que, por el contrario, continuará subsistiendo y al surgir otro litigio entre las partes, éstas o una de ellas podrán, si lo creen conveniente, hacer uso de él pidiendo la formalización. El hecho de que en una controversia concreta las partes no pidan la formalización no indica más que en aquel supuesto no quieren el arbitraje, pero semejante conducta no es suficiente por sí sola para dejar sin efecto al contrato preliminar; para que esto último llegue a suceder es necesario que se den otras circunstancias, de las cuales pueda deducirse que han querido resolver el contrato preliminar por preferir en el futuro el recurso a otros medios distintos del arbitraje para solucionar sus diferencias, o bien que por referirse la controversia surgida a problemas derivados de la extinción de la relación jurídica que se tomaba como objeto para determinar el arbitraje, ya no tenga

(49) OGAYAR Y AYLLON opina, contrariamente, que, si el contrato preliminar no se formaliza voluntaria o judicialmente, se extingue. Fundamenta su tesis diciendo que ambos supuestos son en realidad verdaderos casos de desistimiento (ob. cit., p. 29).

sentido mantener la vigencia del contrato preliminar, puesto que en lo sucesivo, extinguida tal relación jurídica, ya no surgirán de ella más conflictos (50).

Esta misma solución hay que mantener cuando una de las partes se niega a la formalización voluntaria y la otra pida la judicial, ya que sería excesivo estimar que la parte que se hubiera negado una vez a la formalización perdiera la facultad que le concede el contrato preliminar de instar el establecimiento del arbitraje en los posibles conflictos futuros. A mayor abundamiento, no parece lógico que, por falta de colaboración de una parte, se extinga el contrato preliminar, con el consiguiente perjuicio para la parte que esté interesada en mantener el arbitraje; pero tampoco sería justo mantener la vigencia en favor sólo de un contratante, esto es, del que quiso prevalerse del pacto compromisorio, de manera que el que trató de eludirlo una vez ya no pudiera solicitar nunca el establecimiento del arbitraje.

A) CONSIDERACIÓN PREVIA DE LOS EFECTOS DE LA SUMISIÓN DE LAS PARTES A LOS TRIBUNALES ORDINARIOS.

Cuestión interesante es la de los efectos que produce la sumisión tácita de las partes, ligadas por el contrato preliminar, a los Tribunales ordinarios. SCHIZZEROTTO dice al respecto que si el juicio se dirige a dar solución a todas las cuestiones nacidas del contrato a que la cláusula hace referencia, de manera que en el futuro ya no surgirán controversias entre las partes por haber terminado sus relaciones, la cláusula dejará de producir sus efectos. No sucederá así cuando el juicio se dirija a definir sólo una o alguna de las controversias que puedan nacer del contrato. En tal caso se da la renuncia a la cláusula para aquellas controversias concretas, pero continuará subsistiendo y tendrá eficacia respecto a las eventuales controversias que en el futuro puedan surgir del contrato (51). Hay que estimar que esta doctrina es perfectamente

(50) El contrato preliminar conserva vigor para las controversias póstumas, esto es, surgidas después de la cesación o extinción del contrato principal, siempre que traigan su origen de éste. En este sentido, REDENTI, loc. cit., página 801.

(51) SCHIZZEROTTO, ob. cit., p. 104.

válida en Derecho español, a pesar del sentido literal del primer párrafo del artículo 11.

El Tribunal Supremo, en sentencia de 31 de mayo de 1958, resolvió una cuestión de sumisión tácita de las partes, ligadas por un contrato preliminar, a los Tribunales ordinarios. Afirmaba en uno de los considerandos que la jurisdicción ordinaria tenía «el deber de resolver todos y cada uno de los problemas debatidos, que de ningún modo pueden soslayarse al amparo de una cláusula compromisoria implícitamente abandonada por los mismos contratantes, cuyo contenido no puede supervalorarse en estas materias de derecho dispositivo, porque de ningún modo, salvo expresa norma legal, es permitido cerrar el cauce normal ofrecido por el Ordenamiento jurídico—via judicial—para el ejercicio formal de los derechos subjetivos controvertidos» (52).

B) FORMALIZACIÓN DEL COMPROMISO.

Lo que interesa analizar es el mecanismo establecido por la Ley para la realización de la segunda etapa, esto es, para el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato preliminar, obligaciones cuya realización lleva consigo el establecimiento del arbitraje. Tales obligaciones pueden ser ejecutadas voluntariamente por las partes, realizándose, en este supuesto, lo que se ha llamado desarrollo voluntario o formalización privada (53). Sin embargo, la gran innovación de la Ley se encuentra en el hecho de que permite que la formalización se realice a través de una decisión judicial dictada en el proceso de formalización establecido en el artículo 10 (54).

(52) *Palacin Balcells c. «Puche Hermanos y Compañía»*. Resumen de los hechos en nota 45. El recurrente, señor Palacin, fundaba uno de los motivos del recurso en el número 6.º del artículo 1.692 y en la infracción del 361, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por haber incurrido el Tribunal de Apelación en notorio defecto en el ejercicio de la jurisdicción, dejando de conocer cuando tenía el deber de hacerlo. El Tribunal Supremo, estimando la existencia de sumisión de las partes a los Tribunales ordinarios y, por tanto, el abandono de la cláusula, admitió el recurso.

(53) Díez PICAZO, loc. cit., p. 1.168. En el artículo 11 de la Ley de 1953 se habla de que «el compromiso no se hubiere voluntariamente formalizado».

(54) La doctrina ha acogido calurosamente esta innovación legal. VALCARCE, loc. cit., p. 21; OGAYAR Y AYLLON, loc. cit., pp. 26, etc.

a) *Voluntaria.*

La formalización voluntaria del compromiso no presenta problemas especiales dignos de un análisis detenido. Tiene lugar cuando los otorgantes del contrato preliminar cumplen las obligaciones derivadas del mismo a fin de que el arbitraje pueda tener efecto, tales obligaciones se concretan especialmente—según el artículo 9.º—en la designación de los árbitros y en la determinación del tema controvertido.

La formalización voluntaria del compromiso deberá hacerse en escritura pública, así hay que entenderlo dada la redacción del apartado 1.º del artículo 16 (55). Esta exigencia no puede dejar de cumplirse por el hecho de que el contrato preliminar se hubiera realizado en tal forma, ya que el cumplimiento de este requisito lo establece la Ley para la segunda fase, no para la primera (artículo 7.º). Además, en el artículo 17 se exige que la escritura de compromiso contenga los nombres de los árbitros y la determinación de la controversia, requisitos que no están determinados en el contrato preliminar, sino que se concretan en la segunda fase; de aquí que la exigencia legal de escritura pública no pueda dejar de cumplirse al formalizar voluntariamente el compromiso; aunque el contrato preliminar se hubiera hecho constar en documento público, ya que la solución contraria implicaría la infracción del artículo 17 de la Ley.

b) *Judicial.*

Siendo el contrato preliminar de arbitraje la fase previa de un *iter negocial* que, totalmente desarrollado, dará lugar a la instauración de un arbitraje, y conteniéndose ya en él todos los elementos sustanciales, de manera que en la fase de formalización sólo se requiere una concreción de los mismos, no existe ningún inconveniente para admitir que tal formalización se pueda realizar a través de una decisión judicial en los casos en que «alguna de

(55) VALCARCE caracteriza a la formalización voluntaria por realizarse en forma notarial (loc. cit., p. 26).

las partes se negare a verificarlo o lo hiciere de modo que resultara inaceptable» (art. 9.º) (56).

1) *Procedimiento.*

El apartado segundo del artículo 9.º de la Ley de 1953 dice que si alguna de las partes se negare a prestar su colaboración para la formalización, la otra «podrá dirigirse al Juez pidiendo la formalización judicial del compromiso». Por consiguiente, la Ley concede a la parte que ve frustrado su intento de formalización voluntaria la facultad de instar la formalización judicial. Por ello, si bien es cierto, como dice ROCA JUAN, que «el pacto compromisorio simplemente crea para las partes una posición jurídica especial, entendida ésta como la facultad que cada parte tiene frente a la otra de intervenir directamente en su esfera de autonomía jurídica» (57), también es verdad que una vez que se ha intentado la formalización voluntaria sin éxito, por haberse negado una de las partes, ésta pierde la facultad que le atribuía el pacto compromisorio y ya no podrá, en aquel caso, prevalerse de tal pacto, quedando sólo la parte que ha sufrido la falta de cooperación de la otra, facultada para dirigirse al Juez y pedir la formalización.

La formalización judicial ha de realizarse a través del procedimiento especial establecido en el artículo 10 de la Ley; así hay que entenderlo, dados los términos imperativos de dicho artículo, el cual empieza diciendo que «la formalización judicial se llevará a cabo del siguiente modo...». La petición de formalización

(56) Sobre los fundamentos de que ha partido la Ley para introducir la formalización judicial del compromiso, vid. supra pp. 7 y ss. Se ha dicho que la formalización «es un acto de cumplimiento de una obligación anterior, y, a la vez, un acto de establecimiento de una relación jurídica o, al menos, de una fase de ella. El cumplimiento de la obligación consistirá en un acto declarativo—la designación de árbitros, etc., supone una declaración—, pero en ningún caso lo que la técnica jurídica ha denominado declaraciones de voluntad» (DÍEZ PICAZO, loc. cit., p. 1.172). Lo que sucede es que, en definitiva, las obligaciones derivadas del contrato preliminar no se conciben como personalísimas; así lo dice, entre otros, FENECH, *El arbitraje*. Jornadas franco-españolas de Derecho Comparado. «Revista del Instituto de Derecho Comparado», núm. 3. Barcelona, julio-diciembre 1954, p. 185. También se ha señalado que la «infungibilidad de las declaraciones de voluntad, cuando vienen ya prefijadas y son reconocibles por algún medio auténtico o seguro, no debe admitirse» (VALCARCE, loc. cit., p. 26).

(57) ROCA JUAN, loc. cit., p. 198.

sólo podrá ser reproducida en juicio ordinario cuando el Juez no acceda a la misma en el procedimiento breve dispuesto por la Ley (artículo 10-5.º párrafo 2.º). Por consiguiente, la formalización sólo puede pedirse en juicio ordinario por vía excepcional y subsidaria; así lo ha afirmado el Tribunal Supremo en sentencia de 17 de mayo de 1962, señalando que no se autoriza «que la petición se reitere en juicio ordinario, sino en el previsto caso de no haberse accedido por el Juez, pero sin que quepa rehuir la tramitación especial y obligada a que la Ley subordina el ejercicio del derecho a formalizar el compromiso» (58).

Se ha criticado esta posibilidad concedida por la Ley de recurrir al juicio ordinario después de haber resultado infructuoso el procedimiento breve y se ha dicho acertadamente que «acaso sería más conveniente zanjar el problema definitivamente de una vez (en el procedimiento breve), quedando siempre abierta la acción judicial sobre las cuestiones de la relación jurídica sustancial» (59).

La jurisprudencia ha señalado además que para poder reproducir la petición de formalización en juicio ordinario es necesario que en el procedimiento breve se haya desestimado la demanda de formalización en su totalidad. Así lo pone de manifiesto la sentencia de 3 de mayo de 1963, en la que se desestimaba un recurso de casación, alegando entre otras razones la de que «anteriormente existió ya otro arbitraje de equidad que se dice resuelto con la eliminación de las cuestiones planteadas en el actual, también

(58) «Unión Española de Explosivos, S.A.», c. la «Empresa Nacional Bazán de Construcciones Navales Militares, S.A.» Aranzadi, 1962. T. XXIX. Vol. I, página 1520. núm. 2.246. Se trataba de un problema planteado en relación con un contrato de suministro de disparos. La demandada, basándose en que la «Unión Española de Explosivos» le había dirigido una carta el 6 de marzo de 1957, a la cual había contestado el 18 siguiente aceptando la propuesta que se le hacía, que no era más que la de suscribir un contrato preliminar de arbitraje de equidad, opuso la excepción de incompetencia. No había habido formalización del compromiso. La primera instancia rechazó la excepción, la Audiencia también. La demandada recurrió, alegando entre otras razones que no obstante no haberse intentado siquiera por ninguna de las partes la formalización judicial del compromiso, y por consiguiente, sin que exista pronunciamiento alguno del órgano jurisdiccional determinado expresamente por la Ley, la reconvencción formulada al contestar a la demanda inicial es suficiente para estimar pendiente de formalización al compromiso arbitral y despojar de competencia a la jurisdicción ordinaria para conocer y resolver la cuestión planteada. El Tribunal Supremo no admitió el recurso.

(59) VALCARCE, loc. cit., pp. 29 y 30.

allí propuestas a debate sin alcanzar éxito en el expediente o procedimiento de formalización judicial del compromiso, y es claro que esto supuesto, no pueda ahora reproducirse la pretensión en juicio ordinario para conseguir exactamente lo mismo, ya que el párrafo penúltimo del artículo 10 (apartado 5.º) se refiere a la desestimación de la pretensión a que se contrae, o sea, a su totalidad» (60).

No se realiza el estudio detallado de los trámites que establece el artículo 10, ya que ello no presenta, desde el punto de vista de este trabajo, excesivo interés (61). Conviene recordar, sin embargo, algunas de las críticas que la doctrina ha señalado en relación con las facultades que se conceden al Juez en este proceso. ROCA JUAN ha dicho al respecto que a pesar de que en el apartado segundo del artículo 10 se dice que el demandante deberá indicar el nombre del árbitro o árbitros que proponga, tal indicación no es vinculante para el Juez, lo cual es lógico si se considera que en la mayoría de los casos no se llegará a una formalización espontánea del compromiso porque las partes no se pondrán de acuerdo sobre las personas de los árbitros (62). No quedando el Juez vinculado por tal propuesta puede suceder que el compromiso se formalice designando como árbitros a personas que no gocen de la confianza de las partes. Semejante sistema, continúa diciendo ROCA JUAN, implica un atentado a uno de los fundamentos del ar-

(60) *Doña María O A y otros c. don José A.C. y Herederos de don León A.C.* Aranzadi, 1963. T. XXX, vol. I, p. 1.544, núm. 2.461: Se planteaba la determinación del haber en la Sociedad «Aguirre Hermanos, S.R.C.» del socio fallecido don Cirnaco A.C. En el juicio declarativo de mayor cuantía suplicaban los demandantes que se dictara sentencia condenando a los demandados a formalizar judicialmente un arbitraje de equidad. Los demandados se opusieron alegando falta de personalidad en los actores, por no existir entre ellos y los demandados un contrato preliminar de arbitraje. El Juez de Primera Instancia no accedió a la formalización. La apelación confirmó. El Tribunal Supremo rechazó el recurso, sentando la doctrina transcrita.

(61) La doctrina se ha preocupado detenidamente del tema; VALCARCE, loc. cit., pp. 27 y ss.; GUASP, ob. cit., pp. 97 y ss., etc.

(62) ROCA JUAN, loc. cit., pp. 203 y 204. Así parece considerarlo también el Tribunal Supremo en la sentencia de 3 de mayo de 1963, en la que se dice que «en la demanda se omitió la indicación del nombre de árbitro o árbitros que se proponen para solucionar el conflicto que se plantea, requisito exigido por el apartado 2.º del precitado artículo 10 de la Ley especial, dato de gran valor en esta clase de procesos por la posible aceptación de la adversa y, en su caso, del Juez.». (El resumen de los hechos está contenido en la nota número 60.)

bitraje, como es la confianza de los compromitentes en la pericia, condiciones personales e imparcialidad de las personas designadas como árbitros (63). Por el contrario, refiriéndose a la misma cuestión, VALCARCE estima que dada la finalidad de la nueva legislación de dar vitalidad a la cláusula compromisoria no deben causar sorpresa los poderes del Juez para nombrar árbitros, ya que de otro modo la cláusula caería en el vacío como antes (64).

Desde luego, parece que la solución se encuentra o en exigir que en el momento de celebrar el contrato preliminar de arbitraje se designen los árbitros o en conceder tales prerrogativas o poderes al Juez en el procedimiento de formalización. La Ley ha adoptado el segundo sistema y, como es lógico, se sufren los inconvenientes que se han señalado; pero es también la única solución para conseguir la efectividad del contrato preliminar. Por otra parte, el sistema de nombrar a los árbitros en el momento de suscribir el contrato preliminar presenta la ventaja de que entonces las partes, que no están divididas por un litigio, se pondrán con facilidad de acuerdo; pero también tiene inconvenientes, entre ellos el de que puede suceder que desde el momento de celebrar el contrato hasta que surja una controversia haya transcurrido un periodo de tiempo considerable, durante el cual, tal vez, las partes hayan perdido la confianza en los árbitros designados.

Si en el contrato preliminar no se había determinado nada sobre la clase de arbitraje, hay que entender—por aplicación del apartado tercero del artículo 4.º—que «las partes optan por un arbitraje de derecho...»; por consiguiente, el Juez, en el auto de formalización, deberá estatuir tal arbitraje (65), salvo que los contratantes, de común acuerdo, pidieran que el arbitraje fuera de equidad, en cuyo caso parece lógico que se atenga a la voluntad de los mismos.

El Tribunal Supremo, en sentencia de 23 de noviembre de 1960, afirmó que en el auto de formalización no era necesario hacer

(63) ROCA JUAN, loc. cit., p. 203. El autor considera de mayor gravedad la cuestión en el arbitraje de equidad que en el de derecho, ya que en el último el nombramiento habrá de recaer en letrados que ejerzan la profesión (artículo 20-1.º de la Ley), siendo éste un dato a tenerse en cuenta por el Juez al hacer la designación (loc. cit., p. 203).

(64) VALCARCE, loc. cit., pp. 28 y 29.

(65) VALCARCE, loc. cit., p. 28.

constar expresamente la clase de arbitraje que se establecía, ya que por la cláusula compromisoria se sometía a la decisión de árbitros cualquier duda que pudiera suscitarse sobre el cumplimiento del contrato para que tres personas las resolvieran con sujeción «a su leal saber y entender», frase «que revela con toda claridad el tipo de arbitraje a que querían someterse los interesados, y a él tenía que referirse el auto judicial de formalización del compromiso sin necesidad de expresarlo nominalmente» (66). Hay que estimar que en ningún caso hace falta que en el auto de formalización se indique la clase de arbitraje que se establece, ya que si ni en el momento de celebrar el contrato preliminar, ni después, las partes manifiestan su preferencia al respecto, habrá que entender que han optado por el arbitraje de derecho (art. 4.º-3.º).

El Juez no debe acceder a la formalización cuando la controversia concreta surgida aparezca ligada con una materia indisponible; así hay que entenderlo por aplicación del apartado segundo del artículo 14, en el cual se dice que «en el caso de que una materia disponible aparezca indisolublemente unida a otra que no lo sea, no podrá comprometerse sobre ninguna de las dos.

2) *Plazo para solicitar la formalización.*

La cuestión tiene particular interés en el supuesto de que una parte, haciendo caso omiso del contrato preliminar, demande ante los Tribunales ordinarios, ya que cuando esto no hubiera sucedido no habría ningún problema, puesto que cualquiera de las partes, habiendo surgido una controversia, puede—en cualquier momento—dirigirse al Juez solicitando la formalización. Pero en el supuesto de que una parte haya demandado ante los Tribunales ordinarios, ¿hasta qué momento podrá la otra instar la formalización? No señala la Ley ningún límite temporal al respecto; sin embargo, como el contrato preliminar no tiene virtualidad por sí solo para fundamentar una excepción a fin de sustraer las cuestiones litigiosas al conocimiento de los Tribunales ordinarios, sien-

(66) *Jiménez c. Soler*. El resumen de los hechos está en la nota núm. 33. El recurrente alegaba para fundamentar el recurso, además de otros extremos, que en el auto de formalización del compromiso no se declaraba qué clase de arbitraje se constituía.

do necesario para que se produzca tal efecto que dicho contrato esté por lo menos pendiente de formalización (67), habrá que entender que el límite máximo de tiempo hasta el cual podrá el demandado pedir la formalización vendrá determinado por el plazo señalado para presentar la excepción de compromiso pendiente de formalización. Debiendo, por consiguiente, el demandado solicitar la formalización con tiempo suficiente para poder constituir tal excepción dentro del plazo que la Ley le señala para hacerla valer. ¿Cuál es ese plazo?

El artículo 19, refiriéndose a la invocación del compromiso mediante la correspondiente excepción, dice que ésta «tendrá carácter previo en aquellos procedimientos que admitan defensas de esta clase». Este mismo precepto hay que entenderlo aplicable al supuesto de que se invoque el compromiso pendiente de formalización (art. 11, final). VALCARCE dice que en los procedimientos que permitan la referida clase de artículos previos existe dispersión obligada, no pudiéndose discutir y resolver a la vez las excepciones de fondo y la de incompetencia; «ésta es un "prius" lógico y procedimental, que elimina, mientras, toda otra controversia en el mayor cuantía» (68). Siendo así, el demandado dispondrá del tiempo que la Ley de Enjuiciamiento civil le concede para proponer las excepciones dilatorias para poder pedir la formalización y presentar la correspondiente excepción. En el juicio de menor cuantía como no hay artículos de previo pronunciamiento en cuanto al examen de las excepciones dilatorias (art. 687 de la Ley de Enjuiciamiento civil) se dará el principio de concentración, pero aun así el Juez deberá considerar con prioridad la excepción de incompetencia (69). Por tanto, el demandado, en la misma contestación a la demanda, podrá proponer la excepción de compromiso pendiente de formalización. Resumiendo, puede decirse que el plazo para pedir la formalización viene determinado por el marcado para presentar la excepción; si se ha agotado el tiempo para ésta ya no podrá pedirse la formalización. En un momento posterior no tiene sentido el juicio de formalización, pues ya no va

(67) Vid. *infra*, pp. 47 y ss.

(68) VALCARCE, *loc. cit.*, pp. 54 y 55. Sobre la naturaleza de la excepción derivada de compromiso o de compromiso pendiente de formalización, vid. *infra*, pp. 39 y ss.

(69) VALCARCE, *loc. cit.*, p. 55.

a ser posible hacer valer su resultado y conseguir la exclusión de los Tribunales ordinarios.

3) *¿Es necesario el otorgamiento de escritura pública?*

Diciendo el artículo 16 de la Ley que el compromiso «habrá de formalizarse en escritura pública», cabe plantearse la cuestión de si este requisito habrá de cumplirse también en el supuesto de formalización judicial. Parece lo más lógico dar una solución negativa a la cuestión planteada (70), ya que la resolución judicial cumple por sí sola la garantía de autenticidad que motiva la exigencia de escritura pública. OGAYAR Y AYLLON señala, sin embargo, que el Juez «debe llenar el requisito de escritura pública que exige el artículo 16 y a tal fin, en el mismo auto, debe acordarse o el otorgamiento de la misma, o la protocolización de dicha resolución» (71).

El Tribunal Supremo, en las sentencias de 6 de febrero de 1962 y 20 de noviembre de 1963, ha señalado que en el supuesto de formalización judicial no se requiere el otorgamiento de escritura pública. La primera de tales sentencias dice que «cuando es la autoridad judicial la que interviene coactivamente, para la determinación o fijación de todos aquellos extremos necesarios para la formalización del compromiso, la garantía de autenticidad arranca de la propia resolución judicial, que acuerda por sí e integra la formalización del compromiso en su modalidad judicial, sin que la Ley aluda al regular este proceso que haya de tener una fase posterior ejecutiva complementaria, con el otorgamiento de la escritura, cuyo contenido sería una reproducción de la resolución judicial en su parte dispositiva, lo que resulta absolutamente innecesario...» (72).

(70) En este sentido, VALCARCE, loc. cit., p. 26.

(71) OGAYAR Y AYLLON, loc. cit., p. 29.

(72) Don José S. A. c. la «Compañía General de los Ferrocarriles Catalanes, S. A.». Aranzadi, 1962, t. XXIX, vol. I; p. 425, núm. 669. El demandante pretendía que la Compañía reconociera como ciertas las circunstancias sobre representación de los obligacionistas que debían formar parte del Consejo de Administración, etc. No habiendo acuerdo en el acto de conciliación, las cuestiones planteadas debían de resolverse en arbitraje de derecho conforme al artículo 16 del Convenio, en relación con la Ley de 22 de diciembre de 1953. El demandante pidió la formalización judicial del compromiso. Se accedió

4) *Medios de impugnación.*

El apartado 5.º del artículo 10 dice, refiriéndose a la resolución judicial que pone fin al procedimiento de formalización del compromiso, que contra la misma «no se dará recurso alguno, pero su criterio no prejuzgará definitivamente la validez del contrato preliminar» (73). Las consecuencias de esta afirmación se desarrollan en el párrafo segundo del mismo apartado 5.º, distinguiendo en primer lugar el supuesto de que el Juez no haya accedido a la formalización, en cuyo caso—como ya se indicaba anteriormente—«la petición podrá ser reproducida en juicio ordinario»; por el contrario, si se concede la formalización, «sólo podrá atacarse la validez del contrato preliminar mediante los recursos establecidos para la impugnación del laudo».

Por consiguiente, en el supuesto de que el Juez acceda a la formalización (74), habrá que esperar para impugnar la validez del contrato preliminar—contra el auto de formalización no se concede ningún recurso (75)—a que se dicte laudo, pudiendo entonces atacarse mediante los recursos establecidos para la impugnación del mismo (76). Tales recursos son diferentes según se trate de

a la formalización. Los árbitros dictaron laudo y la Compañía interpuso recurso de casación por infracción de Ley, alegando entre otros motivos que el compromiso debía haberse otorgado en escritura pública. El Tribunal Supremo no admitió el recurso. La sentencia de 20 de noviembre de 1963 reproduce la misma doctrina que la de 6 de febrero de 1962. El resumen de los hechos de la de 20 de noviembre de 1963 puede verse en la nota número 47. El recurrente sostenía que, por no haberse formalizado el compromiso en escritura pública, los árbitros de equidad carecían de poder para resolver las cuestiones por los mismos decididas.

(73) La razón por la cual el criterio del Juez no prejuzga definitivamente la validez del contrato preliminar se encuentra—según PRIETO CASTRO—en que «su actuación jurisdiccional tiene carácter de mera ejecución, no de calificación del fondo del negocio». (*Derecho Procesal Civil*, t. II. Madrid 1956, p. 300.)

(74) La posibilidad de reproducir la petición en juicio ordinario, cuando en el procedimiento del artículo 10 no se acceda a la formalización, ha sido ya examinada. Vid., supra, pp. 29 y 30

(75) La sentencia de 6 de febrero de 1962 dice que la resolución del Juez accediendo a la formalización del compromiso «únicamente puede ser combatida al presente al amparo del párrafo penúltimo del artículo 10 de la Ley de arbitraje...». Don José S. A. c, la «Compañía General de los Ferrocarriles Catalanes, S. A.». En el recurso se discutía el auto del Juez de Primera Instancia que accedía a la formalización. (El resumen de hechos de esta sentencia está contenido en la nota núm. 72)

(76) Así lo interpreta la doctrina; se dice, en efecto, que el auto no es directamente recurrible. «aunque quepa discutirlo *más tarde*, en las hipótesis que la

arbitraje de derecho o de equidad. En el primer supuesto procederá sólo el recurso de casación por infracción de Ley o quebrantamiento de forma ante la Sala primera del Tribunal Supremo (art. 28); en el segundo, esto es, en el arbitraje de equidad, sólo es posible el recurso de nulidad ante la misma Sala primera, por los motivos que se establecen en el número 3.º del artículo 1.691 de la Ley de Enjuiciamiento civil (art. 30).

Si, en general, puede criticarse a la Ley de 1953 por no haber adaptado el sistema de recursos de la Ley de Enjuiciamiento civil a la especialidad que presenta el arbitraje (77), tales críticas pueden intensificarse en relación con la posibilidad establecida de atacar la validez del contrato preliminar, ya que el artículo 10-5.º párrafo segundo se limita a remitirse a los recursos establecidos para la impugnación del laudo; pero ni aquí, ni en otro lugar, la Ley dice si la cuestión de la validez del contrato preliminar se considera como un motivo nuevo en el cual se pueda fundamentar ya el recurso de casación, ya el de nulidad, o si, por el contrario, el problema habrá de resolverse introduciendo la cuestión de la validez, más o menos forzosamente, en alguno de los motivos que taxativamente señala la Ley de Enjuiciamiento civil para fundamentar tales recursos.

El problema apuntado, que puede solucionarse con facilidad en el arbitraje de derecho, dada la mayor amplitud del recurso que se concede, es especialmente grave en el arbitraje de equidad, ya que en el apartado 3.º del artículo 1.691 de la Ley de Enjuiciamiento civil, al que hay que atenerse para determinar los motivos en que puede fundamentarse el recurso de nulidad, lo limita a los tres supuestos siguientes: 1) haber dictado el laudo fuera del plazo señalado en el compromiso; 2) haber resuelto puntos no sometidos a la decisión de los amigables compondores; 3) haber resuelto sobre puntos que no fueran de índole civil o estuvieran comprendidos en las excepciones consignadas en el párrafo 2.º del artículo 487.

FERNÁNDEZ SERRANO se ha planteado la cuestión de si el recurso extraordinario de nulidad debe limitarse a los motivos señalados

propia Ley establece». (MANRESA Y NAVARRO, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, 7.ª ed., t. IV. Madrid 1955, p. 287.)

(77) GUASP, ob. cit., p. 168; PRIETO CASTRO, ob. cit., t. II, p. 419.

por el apartado 3.º del artículo 1.691 o si cabe entender que otros supuestos no mencionados en la literalidad de dicho apartado deben, sin embargo, estimarse comprendidos en él. Inclinandose por la interpretación amplia señala que habría que incluir dentro de tal recurso todos los supuestos en que, por haberse infringido la Ley, el compromiso o el laudo fueran nulos de pleno derecho (78).

El Tribunal Supremo—salvo algunas excepciones—ha interpretado restrictivamente el apartado 3.º del artículo 1.691, no admitiendo el recurso más que en los supuestos taxativamente expresados (79). Consecuencia de esta interpretación restrictiva es que haya estimado que las imprecisas frases que emplea el número 5 del artículo 10 de la Ley de 22 de diciembre de 1953 no pueden referirse al arbitraje de equidad, porque se opone a ello el único recurso concedido en su artículo 30, en relación con el número 3.º del artículo 1.691 de la Ley Procesal (80). Con más claridad, en la sentencia de 27 de noviembre de 1963, después de recordar que la validez del contrato preliminar sólo podrá atacarse mediante los recursos establecidos para la impugnación del laudo, pone de manifiesto que si el laudo «recae en un arbitraje de equidad, el texto limitativo del artículo 30 impedirá que tal cuestión pueda ser viable...». En esta misma sentencia se afirma que el recurso de nulidad no se puede fundamentar en el hecho de que los puntos de la controversia no cabían dentro de los términos de la cláusula, diciéndose que «como tales extremos controvertidos, sobre los que había de recaer el laudo, fueron judicialmente señalados, el concreto aspecto en que el recurso se plantea el tema de la adecuación refiriéndose no a la resuelta por el árbitro en relación al encargo que se le confió, sino a lo acordado por el Juzgado a la vista de la cláusula compromisoria, envuelve un problema ajeno a la materia propia del recurso, que por lo dicho anteriormente sólo podía plantearse de modo eficaz en el procedimiento adecuado

(78) FERNÁNDEZ SERRANO, *Sobre los arbitrajes de Derecho Privado*. «Revista Jurídica de Cataluña», 1954 (julio-agosto), p. 336.

(79) FERNÁNDEZ SERRANO, loc. cit., pp. 337 y ss. PRIETO CASTRO recoge sentencias del Tribunal Supremo en las que se realiza una interpretación extensiva del artículo 1.691, apartado 3.º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil. (Ob. cit., t. II, página 422.)

(80) *Don Felipe B.L. c. don Alfonso B.A.* Para el resumen de hechos, ver la nota núm. 47. A través del recurso se quería combatir la validez del compromiso.

para ello, consideración que por sí sola ha de ocasionar la desestimación del motivo que se examina» (81).

Finalmente, dentro de esta misma línea de interpretación restrictiva, en la sentencia de 27 de octubre de 1961 se dice que las cuestiones que afectan a la validez del compromiso por imperativo del número 3.º del artículo 1.691 no caben en este recurso de nulidad, «toda vez que al presuponer el laudo la existencia de un compromiso válido, pues sin éste los árbitros no pueden actuar con eficacia, no puede atacarse al laudo impugnando la legalidad de la formalización judicial del compromiso, legalidad que no puede discutirse en este recurso, cual ya tenía declarado esta Sala en sentencias de 21 de octubre de 1943 y 14 de octubre de 1947, doctrina que es aplicable a la regulación vigente, por lo que al fundarse este motivo en causas no comprendidas en el artículo 30 de la Ley de Arbitraje es obligada su desestimación» (82).

(81) *Don Angel A. C. c. don Juan A. C.*, socios de «Confecciones Giral, S. A.». Ver nota núm. 38. El recurso de nulidad se fundaba en que en el laudo arbitral se resolvían cuestiones extrañas a la cláusula compromisoria. El recurrente no se había opuesto en el procedimiento de formalización a que ésta tuviera lugar.

(82) *Bombi Calbeto c. «Gradulux, S. A.»*. Jurispr. Civ. 1961 (edic. of.), t. 102, página 746. «Gradulux» había concedido, mediante contrato de 20 de diciembre de 1954, la organización de las ventas de las persianas por ella producidas a don Joaquín Bombi. En el contrato había una cláusula compromisoria que sometía las cuestiones a arbitraje de equidad. El Juzgado, mediante auto dictado a instancia del señor Bombi, declaró que había lugar a la formalización del compromiso. Formalizado, se dictó laudo, que en gran parte daba la razón a «Gradulux». Don Joaquín interpuso recurso de nulidad tal como lo permite el artículo 30 de la Ley de 1953. Al amparo de la causa 3.ª del artículo 1.691 se denuncia exceso de poder por haber nombrado la autoridad judicial a un árbitro no propuesto por las partes, ser inhábil otro de los designados y no existir cuestión pendiente.

CAPÍTULO III

EFECTOS NEGATIVOS: EXCLUSION DE LOS TRIBUNALES ORDINARIOS

A) NATURALEZA DE LA EXCEPCIÓN FUNDADA EN UN PACTO COMPROMISORIO.

Se ha dicho respecto del compromiso que frente al proceso opera con el carácter de excepción procesal (83). En efecto, si una de las partes ligadas por un compromiso o por un contrato preliminar en una cierta fase de su desarrollo acude a los Tribunales ordinarios, la otra puede oponer una excepción. La cuestión que se presenta es la de la naturaleza de tal excepción. Este problema ha preocupado a la doctrina. Se trata de una cuestión difícil cuya solución tiene «que venir impuesta por construcciones jurídicas anteriores: según se conciba el proceso, la jurisdicción, el acto procesal, etc., así se responderá al interrogante abierto» (84).

Cabe registrar al respecto dos posiciones doctrinales; para aquellos que consideran que el arbitraje no puede calificarse como ejercicio de una actividad jurisdiccional no es posible pensar en conflictos de competencia entre la autoridad judicial y los árbitros. La excepción de compromiso constituiría una excepción prejudicial de improponibilidad, tendente a hacer valer la renuncia de las partes al procedimiento de cognición judicial. Por el contrario, para los que consideran que el arbitraje constituye un procedimiento jurisdiccional se trataría de una excepción de incompetencia de jurisdicción (85).

Es fácil encontrar opiniones doctrinales en cualquiera de los sentidos indicados; sin embargo, cabría señalar una cierta pre-

(83) DE DIEGO LORA, *Soluciones extrajurisdiccionales de conflictos intersubjetivos*. «Anuario de Derecho Civil», IV, fasc. III, 1951, p. 1.030.

(84) LÓPEZ ORTIZ, Luis, *Los contratos procesales* (separata de la «Revista General de Legislación y Jurisprudencia»). Madrid 1954, p. 23.

(85) BIAONTI, loc. cit., p. 925.

ferencia en la doctrina y jurisprudencia tendente a configurar los conflictos entre jueces ordinarios y arbitrales como conflictos de competencia; por ello, REDENTI dice que se trata de un error tan generalizado y enraizado que es prácticamente inútil reaccionar (86).

En Derecho español se habla por algunos autores de excepción de incompetencia (87). El Tribunal Supremo, tanto antes de la Ley de 1953 como después, viene hablando en el caso de compromiso de excepción de incompetencia. Baste recordar, a título de ejemplo, que en la sentencia de 31 de mayo de 1958 se dice que la cláusula compromisoria vincula a las partes a la conclusión del compromiso para eliminar la competencia de los órganos jurisdiccionales del Estado.

No obstante, algún sector doctrinal patrio manifiesta una cierta repugnancia a configurar esta excepción como de incompetencia. Así, LÓPEZ ORTIZ, que, después de explicar el hecho de que los Tribunales la calificaran como excepción de incompetencia por razones de tipo práctico, señala que tras el artículo 19 de la Ley de 1953 ya ha surgido la excepción típica y, desde luego, previa. «Con esto—continúa diciendo—es lógico pensar que desaparecerá la utilización de la incompetencia» (88).

No siendo una excepción de incompetencia cabe preguntarse a qué clase o tipo de excepción pertenece. Se ha hablado de la excepción arbitraria (89). Pero lo cierto es que no encontrándose una solución clara al problema se recurre a una ficción y se dice que «a falta de otra excepción expresamente denominada y mencionada en la Ley de Enjuiciamiento civil, hay que aplicar la de incompetencia de jurisdicción, porque si el compromiso tiene como finalidad excluir la actuación de la jurisdicción ordinaria, a la parte que, con olvido de lo pactado, acude a la misma, debe obligársele a que cumpla su compromiso mediante la correspondiente excepción, la que, lógicamente, debe ser la que sirva para hacer eficaz la exclusión de la justicia estatal, y como ésta, por voluntad de los interesados, aceptada por la Ley, está apartada del conoci-

(86) REDENTI, loc. cit., p. 792.

(87) VALCARCE, loc. cit., p. 54.

(88) LÓPEZ ORTIZ, loc. cit., p. 25, nota 32.

(89) ROCA JUAN, loc. cit., pp. 196 y 197.

miento de la controversia, es indudable que para la misma no tiene competencia» (90).

Desde luego, caben hacerse ciertos reparos a la idea de que las partes signatarias de un compromiso puedan provocar la incompetencia de los Tribunales ordinarios (91).

Por ello, no puede admitirse la identificación de la excepción fundada en la existencia de un compromiso con la de incompetencia, lo cual no impide que entre ambas exista cierta analogía, derivada de la semejanza existente entre la auténtica situación de incompetencia y la que nace del pacto compromisorio que motiva, si se le hace valer, que los jueces ordinarios no puedan conocer de las materias en él comprendidas.

En consecuencia, puede decirse que no es la excepción fundada en la sumisión a árbitros una excepción de incompetencia, pero no existe inconveniente en que se le aplique—en lo que sea posible; por la razón de la analogía existente entre ambas—la misma reglamentación que establece la Ley de Enjuiciamiento civil para la de incompetencia. Así, en el supuesto de arbitraje no se pueden utilizar los medios establecidos por el artículo 72 de la Ley de Enjuiciamiento civil para promover las cuestiones de competencia, ya que el Tribunal arbitral carece de facultades para requerir a los Tribunales ordinarios (92).

En caso de que los Tribunales ordinarios desestimasen indebidamente una excepción basada en un compromiso, parece que por razones prácticas se puede admitir el recurso de casación fundado en el número 6.º del artículo 1.692. Esta solución puede fundarse en una razón de reciprocidad, ya que, si los árbitros de derecho deciden sobre cuestiones no comprendidas en el compromiso, se podrá fundamentar el recurso de casación en dicho apartado del artículo 1.692 (art. 28 de la Ley).

La asimilación de la excepción de compromiso a la de incompetencia puede fundamentarse también en el hecho de que el artículo 19 de la Ley parece concebirla como dilatoria, al decir que

(90) OGAYAR Y AYLLON, loc. cit., p. 42. PRIETO CASTRO parece estimar que el mecanismo de la excepción de incompetencia contenido en el artículo 533-1.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil es aplicable a falta de otra defensa «expresamente denominada y mencionada». (Ob. cit., t. II, p. 280)

(91) DE DIEGO LORA, loc. cit., p. 1.028.

(92) LÓPEZ ORTIZ, loc. cit., p. 25.

tendrá «carácter previo» y de todas las excepciones dilatorias reguladas en la Ley de Enjuiciamiento civil la más análoga parece ser la del apartado 1.º del artículo 533.

Dada la analogía existente entre la excepción fundada en un pacto compromisorio y la de incompetencia, en adelante se designará—en ciertas ocasiones—a la primera bajo la denominación de excepción de incompetencia. Aunque desde el punto de vista técnico tal denominación no sea apropiada presenta la ventaja de ser comúnmente utilizada.

B) VIRTUALIDAD DEL CONTRATO PRELIMINAR DE ARBITRAJE PARA EXCLUIR A LOS TRIBUNALES ORDINARIOS.

Siendo el contrato preliminar de arbitraje la fase preparatoria o inicial de un fenómeno más complejo que, de desarrollarse totalmente, desembocará en un arbitraje, es interesante preguntarse qué efecto puede tener para excluir la competencia de los Tribunales ordinarios. Esta cuestión encierra un problema previo consistente en determinar si basta el acuerdo de las partes de sumisión al arbitraje para que los Tribunales del Estado sean excluidos o si, por el contrario, se requiere no sólo eso, sino también que los árbitros estén nombrados e incluso que hayan aceptado y esté constituido el Tribunal arbitral.

a) *Doctrinas al respecto.*

En la doctrina se han mantenido las opiniones más diversas. CARNELUTTI ha señalado que el presupuesto de la pérdida de la competencia de los jueces ordinarios se halla en el nombramiento de los árbitros; por ello, las partes no pueden obtener la derogación de la competencia de los Tribunales si no designan a los árbitros. Esto quiere decir que un simple acuerdo negativo sobre la incompetencia de los jueces estatales no tiene ninguna eficacia (93).

(93) CARNELUTTI, *Pactum de compromittendo?* «Rivista di Diritto Processuale Civile». Vol XI, parte II, año 1934, p. 97.

En la doctrina española, VALCARCE, refiriéndose a la Ley de 22 de diciembre de 1953, afirma que, estando la institución del arbitraje integrada por el compromiso, la dación y recepción del árbitro y el procedimiento arbitral, se precisa la notificación y aceptación de los árbitros para que el demandado ante los Tribunales ordinarios pueda alegar con éxito la excepción de incompetencia. «Antes de la aceptación no hay Tribunal constituido en el cual pueda declinarse la competencia, denunciada en su desviación» (94). Por ello, en el terreno puramente doctrinal estima que la cláusula compromisoria por sí sola no tiene fuerza para excluir la intervención del Juez ordinario, pues éste no puede declinar su competencia en un Tribunal todavía no formado. Considera que las teorías que atribuyen a la cláusula compromisoria la virtualidad de producir la incompetencia del Juez, la confunden con el compromiso rectamente formado «y no cabe identificar la causa con el efecto, el embrión con el ser ya desarrollado en la esfera vital, y más cuando podía resultar problemática la formalización del compromiso ya en sí, ya respecto a la fijación de los problemas controvertidos» (95). Sin embargo, este autor rectifica las afirmaciones anteriores cuando interpretando el artículo 11 de la Ley de 1953 llega a la conclusión de que, estando pendiente de formalización judicial, el contrato preliminar puede excluir, si una parte lo alega, el proceso judicial sobre las cuestiones a que hace referencia. Argumentando en este último sentido afirma que la cláusula compromisoria no está por el momento «inerte», ya que se halla luchando judicialmente para adquirir plena viabilidad y constituir el órgano privado competente, que es su sede privativa por voluntad de las partes (96).

ROCA JUAN estima que el contrato preliminar de arbitraje no constituye por sí mismo una excepción, pues «es una etapa menos firme que el compromiso, en cuanto éste, al estar revestido de las formalidades exigidas, produce el doble efecto de instituir el arbitraje y constituir la excepción de inadmisibilidad del proceso, cuyos efectos se niegan al simple pacto compromisorio» (97). El

(94) VALCARCE, loc. cit., pp. 55-56.

(95) VALCARCE, loc. cit., p. 20.

(96) VALCARCE, loc. cit., pp. 31-32.

(97) ROCA JUAN, loc. cit., p. 197.

pacto de preparación del arbitraje no instituye el arbitraje, ni constituye excepción procesal hasta que se formaliza (98). La expresión «quedará sin efecto» si no se formaliza, que el artículo 11 emplea, sólo puede referirse a que sin la formalización del compromiso no puede utilizarse el simple pacto compromisorio como excepción (art. 19), lo cual implica que «la llamada formalización no es simple solemnización del pacto compromisorio, sino constitución del compromiso—art. 10-4.º—y con ello constitución de una excepción arbitratoria» (99).

En la época anterior a la Ley de 1953, si una de las partes que había pactado la cláusula acudía a los Tribunales ordinarios sin haber intentado previamente la ejecución del compromiso, la jurisprudencia se pronunciaba en el sentido de que la cláusula compromisoria era suficiente para fundar una excepción capaz de impedir que los Tribunales decidieran sobre el fondo de las cuestiones planteadas (100). Esto era así siempre que antes no se hubiera requerido al contrario para el otorgamiento del compromiso, pues si se le había requerido sin resultado, como la Ley no ofrecía medios de coerción para obligar al otorgamiento, la cláusula compromisoria quedaba sin efecto y la jurisdicción ordinaria volvía a tener competencia plena (101). El sistema resultaba complicado y poco práctico, pues «la cláusula, como es lógico, se había consignado con el fin de evitar el pleito y economizar tiempo y gastos en la solución del posible litigio; y si una de las partes obra de mala fe, la otra, en vez de conseguir el fin propuesto, debe litigar primero para obtener la condena del contumaz y evitar que si demanda directamente sobre la cuestión de fondo pueda el otro oponer la excepción de incompetencia; luego, una vez ha vencido, puede presentar la demanda principal, complicada además con la

(98) ROCA JUAN, loc. cit., p. 198. La misma posición parece adoptar GUASP cuando señala que el contrato preliminar de arbitraje no produce los efectos negativos propios del compromiso, por los cuales cada una de las partes puede rehusar el ser llevada por la contraria ante los Tribunales de Justicia. (Ob. cit., páginas 97 y 98.)

(99) ROCA JUAN, loc. cit., p. 200.

(100) CARRERAS, *Contribución al estudio del arbitraje*. «Revista del Instituto de Derecho Comparado». Barcelona, núm. 1, 1953 (julio-diciembre), p. 127; Díez PICAZO, loc. cit., pp. 1.170-1.171.

(101) Díez PICAZO, loc. cit., p. 1.171.

reclamación de daños y perjuicios. El resultado no puede ser más incongruente con el fin» (102).

En general, todas las legislaciones reconocen a la cláusula virtualidad para impedir que los Tribunales decidan sobre el fondo de las cuestiones a que hace referencia (103). En Derecho francés la cláusula produce la incompetencia de los Tribunales ordinarios; siendo una incompetencia de carácter relativo, debe ser propuesta en el comienzo del proceso (104). En Derecho italiano se asimilan en este punto compromiso y cláusula compromisoria, considerándose que de ambos surge una excepción relativa que debe hacerse valer ante la autoridad judicial «in limine litis» (105).

A la vista de las doctrinas anteriores puede llegarse a la conclusión de que caben cuatro posibles soluciones a la cuestión planteada sobre la eficacia de la cláusula compromisoria para excluir a los Tribunales del Estado:

a') Aquella que partiendo de la consideración de que la incompetencia de los Tribunales ordinarios sólo surge cuando los árbitros han sido nombrados y han aceptado el encargo, niega a la cláusula el efecto de constituir por sí sola una excepción capaz de provocar la incompetencia de los jueces ordinarios.

b') El compromiso tiene virtualidad para provocar la inadmisibilidad del juicio ante los jueces ordinarios, la cláusula compromisoria no tiene la suficiente fuerza para ello; sin embargo, la puede adquirir mediante la formalización.

c') No sólo estando ya formalizada, sino también pendiente de formalización, la cláusula compromisoria puede fundamentar una excepción encaminada a provocar la incompetencia de los jueces ordinarios.

(102) CARRERAS, *Contribución al estudio...*, cit., p. 129.

(103) CARRERAS, *Contribución al estudio...*, cit., p. 127.

(104) HAMONIC, G., *A propos de la clause compromissoire*. «La Gazette du Palais», 1951, primer semestre (doctrina), p. 54. MOREL, René, *Compromis-clause compromissoire*. «Encyclopédie Dalloz. Répertoire de Droit Civil», t. I. París 1951, página 925. Sin embargo, la casación francesa ha sostenido en varias decisiones que la excepción derivada de la cláusula compromisoria constituye una declinatoria de competencia por razón de la materia, pudiendo hacerse valer en cualquier estado del proceso. (HEBRAUD *Cronique de Procédure civile*. «Révue Trimestrielle de Droit Civil», 1958, p. 661.

(105) REDENTI, loc. cit., p. 792; BIAMONTI, loc. cit., pp. 925-926; SCHITZ-ROTT, ob. cit., pp. 111-112.

d') La sola cláusula compromisaria, sin necesidad de más requisitos, es suficiente para sustraer las cuestiones a que se refiere a los Tribunales ordinarios.

b) *Examen de la cuestión en la Ley española de 1953.*

No es fácil juzgar sobre la conveniencia de una solución o sobre los inconvenientes de otra. Por otra parte, la eficacia que en este punto se atribuye a la cláusula compromisoria está dependiendo no sólo de la concepción que de la misma se tenga, sino también de la que merezca el arbitraje en su conjunto; por ello, no se puede en abstracto declarar una preferencia. Sin embargo, sí que es posible ante un sistema concreto determinar la solución que adopta y valorar si tal solución es o no la más apropiada dentro de tal sistema. Dada la finalidad de este estudio, será conveniente determinar concretamente cuál es la solución adoptada por la Ley española de 1953. Como se ha visto anteriormente, la doctrina parece dar la preferencia a la solución consistente en estimar que en dicha Ley la cláusula sólo puede fundamentar una excepción cuando ha habido formalización (ROCA JUAN), o cuando por lo menos está pendiente de formalización (VALCARCE, PRIETO CASTRO, etcétera). No obstante, también se han defendido otros criterios; así, poco después de promulgarse la nueva Ley sobre arbitraje, algún jurista sostuvo que no modificando el régimen existente en materia de excepciones procesales y si bien expresamente sólo reconocía a una de ellas, la fundada en el compromiso, lo cierto es que la Ley no contenía prohibición alguna respecto a las otras, con lo cual debía continuar vigente la doctrina jurisprudencial que consideraba fundamento suficiente de la excepción de incompetencia la existencia de una cláusula compromisoria (106). En la actualidad, el análisis de la jurisprudencia permite observar que no ha seguido tal dirección, sino que, por el contrario, influenciada por la Ley ha modificado los criterios que había mantenido hasta 1953.

Antes de examinar la evolución jurisprudencial conviene estudiar detenidamente algunas de las doctrinas que se han soste-

(106) CARRERAS, *Estudio comparativo...*, cit., p. 111.

nido en relación con la eficacia del contrato preliminar de arbitraje, tal como lo regula la Ley de 1953, para provocar la exclusión de los Tribunales ordinarios.

1) *Tesis que considera que la demanda ante los jueces ordinarios priva de eficacia al contrato preliminar.*

Desde luego, relacionando los artículos 11 y 19 de la Ley de 1953, resulta que el contrato preliminar sólo excluirá a los Tribunales ordinarios estando formalizado o pendiente de formalización. El problema se centra en la determinación del momento hasta el cual es posible provocar la pendencia de formalización. En efecto, si se piensa, como ROCA JUAN, que «el límite de la eficacia de la situación interina derivada del pacto compromisorio, no se encuentra en la no formalización, sino en el hecho de que una de las partes acuda a los Tribunales antes de que la otra haya pedido la formalización del compromiso y se da la circunstancia de que, de la misma manera que el compromiso excluye la actuación judicial, la actuación judicial excluye la situación derivada del pacto compromisorio» (107), se tiene como consecuencia que si la parte que quiere excluir el arbitraje presenta la demanda antes de que la otra haya pedido la formalización ésta sólo podrá oponer la excepción con base en el contrato preliminar, excepción que no prosperaría. Siendo esto así, las partes se ven inmersas «en una verdadera carrera de velocidad a fin de hacer valer sus respectivos propósitos, máxime si se considera que el pacto compromisorio sólo exige una determinación «de principio» de lo que ha de ser objeto de la resolución arbitral, de manera que al concretarse la controversia, es el momento en el cual, la parte que quiere eludir el pacto compromisorio puede acudir a los Tribunales directamente y la otra no podrá evitarlo, ya que el compromiso opera en vía de excepción, una vez formalizado» (108).

Siguiendo semejante interpretación resulta que el propósito del legislador de dar al contrato preliminar «una eficacia positiva y específica» a través de la formalización judicial (109), queda des-

(107) ROCA JUAN, loc. cit., p. 201.

(108) ROCA JUAN, loc. cit., p. 201.

(109) Exposición de Motivos de la Ley de 1953.

virtuado por el camino excesivamente estrecho establecido para conseguir la formalización, la cual será imposible en cuanto una parte haya propuesto la demanda antes de que la otra haya hecho uso del artículo 10 de la Ley.

2) *Solución propuesta por CARRERAS.*

CARRERAS ha tratado de superar los inconvenientes derivados de la falta de eficacia que para excluir a los Tribunales ordinarios parece atribuir la Ley de 1953 al contrato preliminar de arbitraje. En este sentido ha señalado que, si se permite la formalización judicial del contrato preliminar, hay que atribuirle también el efecto de poder provocar la exclusión de los Tribunales ordinarios, pues de lo contrario el pacto será de una eficacia ilusoria en muchos casos (110). La argumentación es de una lógica aplastante, pero no puede fundamentarse en la Ley, pues resulta evidente que lo que en ésta se establece es que para que el contrato preliminar llegue a producir efectos debe haberse formalizado o estar pendiente de formalización judicial (art. 11 de la Ley), de manera que sólo dándose alguna de estas circunstancias permite la Ley que produzca el efecto que el artículo 19 atribuye al otorgamiento del compromiso, esto es, impedir que los Jueces y Tribunales conozcan de la controversia sometida al fallo arbitral.

3) *Interpretación del Tribunal Supremo.*

El Tribunal Supremo, cambiando la dirección que había mantenido antes de 1953, parece que actualmente considera que el contrato preliminar por si solo no es suficiente para fundamentar una excepción encaminada a sustraer las cuestiones a que se refiere del conocimiento de los Tribunales ordinarios. Así, en la sentencia de 31 de mayo de 1958 afirma categóricamente «que la cláusula compromisoria estipulada en el contrato privado de 5 de mayo de 1950, reconocido expresamente por las partes, no tiene más alcance que el de vincular jurídicamente a éstas a la conclusión futura del compromiso, con el fin de eliminar la competencia de

(110) CARRERAS, *Estudio comparativo...*, cit., p. 111.

los órganos jurisdiccionales del Estado para conocer de las divergencias surgidas entre ellas sobre la concreta relación de derecho sustancial a que se contrae dicho pacto...» (111).

La sentencia de 24 de mayo de 1961, después de decir que compromiso y contrato preliminar de arbitraje son figuras muy distintas, afirma que «... es evidente que no habiendo sido otorgada la escritura de compromiso de ninguna de las dos formas enumeradas, quedó sin efecto el contrato preliminar de arbitraje de la cláusula 20 y libre y expedita la vía judicial para la resolución de las divergencias entre los socios, como ordena el artículo 11 de la misma Ley y decae el motivo de casación estudiado» (112).

La sentencia de 17 de mayo de 1962 señala que la eficacia del contrato preliminar de arbitraje no se extiende, caso de desacuerdo de las partes, «sino a la facultad de ejercitar el derecho que concede el párrafo segundo del artículo 9.º de la Ley de 22 de diciembre de 1953...» (113).

Por consiguiente, el Tribunal Supremo, en las ocasiones que, con posterioridad a la Ley de 1953, ha tenido que manifestarse en relación con la eficacia del contrato preliminar de arbitraje para excluir a los Tribunales ordinarios, ha considerado que dicha Ley no le confiere fuerza suficiente para provocar una tal exclusión. Semejante orientación jurisprudencial es más significativa si se considera que, con anterioridad a la promulgación de la Ley, el criterio del Tribunal Supremo era contrario y admitía que la cláusula compromisoria producía la exclusión de los Tribunales ordinarios.

(111) *Palacin Balcell c. «Puche Hermanos y Compañía»*. Resumen de hechos contenido en la nota núm. 45.

(112) *Quiles Antón c. Quiles Boix*. Jurispr. Civ. 1961 (edic. of.), t. 99, pp. 723 y siguientes. Se discutía la validez de los acuerdos de disolución y liquidación de la Sociedad «Hijos de J. Quiles S.L.», de la cual tanto los actores como los demandados eran socios. El acuerdo de disolución lo habían tomado sólo los demandados. Los demandados alegaban en la contestación a la demanda la excepción de incompetencia de jurisdicción por deber ser sometida la cuestión planteada a amigables componedores, según se establecía en el artículo 20 de los estatutos de la Sociedad. El Juzgado de Elche se declaró incompetente. La Audiencia de Valencia no estimó la excepción de incompetencia y sentenció sobre el fondo. El Tribunal Supremo no admitió el recurso de casación.

(113) «*Unión Española de Explosivos, S.A.*», c. la «*Empresa Nacional Bazán de Construcciones Navales Militares, S.A.*». Resumen de hechos contenido en la nota núm. 58.

4) *Constitución «a posteriori» de la excepción de compromiso pendiente de formalización.*

El sistema legal de no conceder al contrato preliminar eficacia para excluir a los Tribunales ordinarios, si tiene una razón de ser en el hecho de que tal contrato es sólo una preparación del arbitraje, pero no implica la institución del mismo, interpretado rigurosamente, puede ser causa de que, al privar a la cláusula de su efecto negativo (exclusión de los Tribunales ordinarios), se la prive también en muchos casos, del efecto positivo (formalización), con lo cual la situación sería prácticamente igual a la anterior a la reforma (114).

El único resquicio que ofrece la Ley para superar tales inconvenientes se encuentra en la determinación del momento hasta el cual es posible provocar la pendencia de formalización. No parece aceptable el criterio de que la actuación judicial excluya la situación derivada del pacto compromisorio, de manera que una vez presentada la demanda ya no sea posible pedir la formalización. Ninguna razón se opone a que el demandado acuda al Juez competente para pedir la formalización y a continuación, ante el mismo Juez o ante el que conozca de la demanda sobre el fondo, pueda presentar la excepción de compromiso pendiente de formalización. El proceso sobre el fondo deberá ser suspendido y sólo podrá reanudarse si no se accede a la formalización.

La formalización puede pedirla el demandado hasta el momento en que pueda presentar la excepción (115); esta solución es más práctica que la que limita el plazo a la presentación de la demanda; cierto que la Ley no dice nada al respecto, pero dada la orientación general de la misma tendente a dar eficacia a la cláusula compromisoria, hay que rechazar cualquier interpretación que, sin un fundamento legal, conduzca a una solución contraria a su espíritu, como sucede admitiendo la tesis de que la actuación judicial excluye la situación derivada del pacto compromisorio.

La Ley lo que quiere es que sólo prospere la excepción cuando existan garantías de que la jurisdicción ordinaria vaya a ser sustituida por la de los árbitros. Tales garantías no existen si la ex-

(114) CARRERAS, *Estudio comparativo...*, cit., pp. 110-111.

(115) Vid. *supra*, pp. 32 y ss.

cepción se ha fundamentado sólo en el contrato preliminar, pues podría darse la situación absurda de que, admitida la excepción, el demandado se negara a formalizar, viéndose obligada la parte que no quiere el arbitraje a pedir la formalización o a repetir la demanda. La simple preparación del arbitraje no es suficiente para excluir a los Tribunales ordinarios; para que tal exclusión llegue a producirse se requiere que el acuerdo de preparación esté en vías de cristalizar en la institución del arbitraje, esto es, que esté pendiente de formalización, pues sólo así existen garantías de que el arbitraje llegue a efecto.

No se puede objetar que presentada la demanda sobre el fondo ya no se puede pedir la formalización del contrato preliminar por razón de litispendencia, ya que, como es bien sabido, la excepción de litispendencia trata de impedir la coexistencia de dos o más relaciones procesales sobre un mismo objeto (116); sin embargo, el objeto de la demanda sobre el fondo y el de la demanda de formalización son distintos, no dándose el supuesto de dos o más relaciones procesales sobre un mismo objeto, sino que existen dos relaciones procesales con objetos distintos.

La razón por la cual se suspende la demanda sobre el fondo se encuentra en el efecto que la formalización del compromiso tendrá, en caso de producirse, sobre la jurisdicción ordinaria, pues —como dice el artículo 19 de la Ley de 1953— «el otorgamiento del compromiso impedirá a los Jueces y Tribunales conocer de la controversia sometida al fallo arbitral...». Es lógico que, estando pendiente la formalización, se suspenda el proceso ante los jueces del Estado hasta determinar si tal proceso será definitivamente excluido, como sucederá en el caso de que se produzca la formalización, o si renacerá, como acontecerá en el caso de no prosperar tal formalización.

La solución aquí propuesta de admitir que el demandado pida la formalización y oponga la excepción de compromiso pendiente de formalización es calificada por CARRERAS de aparente, pues estima que el artículo 11 de la Ley no puede interpretarse en el sentido de que el contrato surta todos los efectos del compromiso por el solo hecho de haberse solicitado la formalización judicial,

(116) DE LA PLAZA. *Derecho Procesal civil español*, vol. II, primera parte, 3.ª edición. Madrid 1955, p. 149.

sino «que la pendencia debe entenderse producida desde el momento en que el Juez *da lugar a la formalización*, hasta el en que haga las declaraciones necesarias, previstas en la regla cuarta del artículo 10» (117). Por consiguiente, su pensamiento parece consistir en estimar que la pendencia empieza cuando el Juez resuelve, por medio de auto, si accede o no a la formalización, subsistiendo tal pendencia hasta que hace las declaraciones en las que nombra árbitros y fija las cuestiones a resolver. Si esto es así, puede suceder muy bien, como el mismo autor señala, que «entre tanto se llega a dicha formalización, haya pasado ya el período procesal de alegaciones en que el demandado puede formular las excepciones que crea oportunas» (118). Parece más lógico pensar que la pendencia empieza desde que el interesado se dirige al Juez pidiendo la formalización, pues desde entonces está dependiendo de la decisión judicial; sin embargo, el momento señalado por CARRERAS como comienzo de la pendencia más bien parece su final, ya que en tal momento el Juez da lugar a la formalización; que después deba hacer unas declaraciones no significa que subsista la pendencia, pues ya es seguro que la formalización del compromiso se realiza.

Es acertada, sin embargo, la idea que mueve a dicho autor a llegar a tales conclusiones; en efecto, estando pendiente de formalización, el compromiso no surtirá, a pesar del artículo 11, todos los efectos que le están atribuidos por la Ley, ya que todavía no se sabe si habrá o no formalización; pero ello no puede llevar al extremo de estimar que la pendencia empieza cuando el Juez da lugar a la formalización. Lo que sucede propiamente es que los efectos que se producen estando pendiente la formalización están también *pendientes*, y en esto se diferencian de los producidos cuando el compromiso se ha otorgado ya, pues en tal caso la exclusión de los Tribunales ordinarios es definitiva, mientras que en estado de pendencia de formalización es sólo provisional, pendiente de que la formalización tenga o no lugar.

O. VICENTE TORRALBA SORIANO.

(117) CARRERAS, *Estudio comparativo...*, cit., p. 112, nota 5.

(118) CARRERAS, *Estudio comparativo...*, cit., p. 110.