

# Determinación indirecta de la prestación en la relación obligatoria

(Notas sobre la determinación al arbitrio de tercero)

POR EL

DR. JUAN ROCA JUAN

Profesor Adjunto de la Facultad de Derecho

\*

Según el artículo 1.089 del Código Civil las obligaciones nacen de la Ley, de los contratos y cuasi contratos y de los actos y omisiones ilícitas o en que intervenga cualquier género de culpa o negligencia; de aquí que, aun siendo el contrato la más principal e importante fuente de la obligación, en cuanto ésta puede originarse por vía no contractual, no puedan conceptualmente confundirse el objeto del contrato y el objeto de la obligación.

En términos exactos el objeto de todo contrato es la *relación obligatoria*, a cuya originación tiende, mientras que el objeto de la relación obligatoria es la *prestación* a que las partes vienen constreñidas, consideración ésta que, en orden a la problemática fundamental del tema que apuntamos, influiría decisivamente si pudiera en la práctica escindirse la obligación contractual en estas dos categorías de objetos. Mas lo que en pura teoría puede predicarse, tropieza con dos importantes factores metodológicos que en la investigación no pueden ser abandonados: El derecho positivo, con el que hemos de operar y la realidad del hecho social. En el primer sentido la Ley dicta sus preceptos relativos al objeto de los contratos refiriéndose al objeto de las obligaciones, a la presta-



ción misma, y dentro de la Sección Segunda del Título II del Libro IV del Código, en relación con el art. 1.261, se fija la trascendencia que, en orden a la existencia del contrato tiene la inexistencia real o legal del objeto de la relación obligatoria: la prestación. Desde el punto de vista de la realidad social no puede negarse que las partes, cuando contratan, no se representan la relación obligatoria, sino la prestación o prestaciones como contenido contractual: Es el objeto *cierto*, materia del contrato, de que nos habla el art. 1.261 del Código.

Ello produce, en realidad, que el objeto de la relación obligatoria contractual—de la que no puede hablarse sino como *consecuencia* de un contrato perfecto y eficaz—sea elemento indispensable a la existencia misma del contrato, de manera que la *prestación* debe estar representada cuando se contrata. Y lo cierto es que, si la relación obligatoria es el objeto del contrato, y sin prestación no hay relación obligatoria, aquella deviene, prácticamente objeto del negocio contractual, y cuanto afecte a la posibilidad material o legal y a su determinación, afecta al negocio jurídico que es fuente de la relación obligatoria.

Sobre esta base, la prestación en la relación obligatoria—para que se constituya en objeto *cierto* materia del contrato—debe estar determinada o, al menos, ser susceptible de determinación, según que el objeto haya sido establecido de un modo exacto o completo por las partes, o solamente hayan fijado las bases que hagan posible tal determinación sin necesidad de un nuevo convenio. En este supuesto puede hablarse de una *indeterminación simplemente relativa del objeto*, lo que constituye una situación intermedia entre la determinación y la *indeterminación absolutas*, que no impide la actuación del vínculo obligatorio. Son casos en que tan sólo hay una *indeterminación actual*, situación que no excluye el carácter de *necessitas* de la relación obligatoria cuando la indeterminación no sea incompatible con la existencia práctica y seria de un *vinculum juris*.

Sin embargo, tales estados de indeterminación relativa del objeto, ofrecen dos características: De una parte, son situaciones meramente provisionales y, de otra que, en el estado de indeterminación relativa existe toda una gama que va, desde una indeterminación mínima—cual ocurre, por ejemplo, en el supuesto de la obligación alternativa y en la llamada obligación facultativa—, hasta una indeterminación máxima, como sucede en el caso de las obligaciones de dar una cosa, determinada, tan sólo, por su pertenencia a un género. La provisionalidad de este estado de indeterminación *actual* del objeto exige que, para que pueda hablarse de la existencia seria de un vínculo obligatorio, sea preciso que las partes prevean el medio de concluir con el estado de indeterminación.

Cuando el medio previsto es insuficiente, o fracasa en la propues-  
ta finalidad de concretar el objeto de la relación obligatoria, puede decirse que  
falta uno de los presupuestos inexcusables para la existencia de la rela-  
ción contractual.

Uno de los medios de que las partes pueden valerse para que la inde-  
terminación relativa del objeto se concrete en una determinación abso-  
luta, que permita la actuación del vínculo jurídico, es remitirla al arbi-  
trio de un tercero, y a él se refieren estas notas.



\* \*

1.—Desde antiguo se ha contemplado el supuesto de que los interesados en una relación contractual, aun conformes en su constitución, dejen al arbitrio de persona no interesada la determinación de su contenido, confiando casi siempre en la pericia de la persona a cuya decisión someten la perfección del negocio, o a la autoridad que a las partes merece su decisión, por estimar de antemano que será objetiva e imparcial. En realidad este fondo psicológico se da en todos los casos en que un tercero es designado para que señale la extensión de las prestaciones en que el negocio consista, y constituye la base en que se apoya, necesariamente, el acto de confianza hacia otro que implica tal designación por las partes, sobre quienes recae el cumplimiento de las prestaciones.

Claro es que, la intervención del tercero en la determinación del contenido de un contrato, ha de quedar reducida, forzosamente, a la determinación del «quantum» de las prestaciones y, en modo alguno podrá alcanzar su decisión a si la prestación en sí debe, o no, cumplirse. Ello afectaría a la existencia misma del negocio. No resulta indiferente que el tercero decida, por ejemplo, la cuantía del precio que el comprador debe abonar en una compraventa, o que su facultad alcance a resolver, incluso, que el comprador no debe abonar precio alguno, pues en este caso, en lugar de determinar el «contenido» del negocio compraventa, habría dejado a éste sin contenido y faltaría la venta misma por la ausencia del precio (1) y quizás fuera más exacto decir que semejante negocio equivaldría, por parte del supuesto vendedor, a facultar al tercero para hacer en su nombre una donación.

(1) *sine pretio nulla est venditio*, ULPIANO, fr., 2, 1, Dig. XVIII, 1.



Así, cuando hablamos del arbitrio de un tercero en la determinación del objeto de una relación obligatoria, consideramos esta facultad concedida sobre la base de un negocio determinado, previamente querido por los interesados en la relación, de tal modo que, a aquel, no le resta otra misión que la de determinar hasta donde debe alcanzar la prestación normal de cada uno en ese negocio. Ello tiene su origen en la necesidad que los interesados experimentan de un criterio unificador sobre la extensión de las prestaciones que constituyen el objeto del negocio y, a primera vista, se ofrece indagar la importante cuestión acerca de si lo que los interesados consienten de antemano es la determinación que el tercero haga de las obligaciones que deben cumplir, o si lo que consienten es que el tercero realice esa determinación, pero subordinando su eficacia a que la fijación de las prestaciones sea aceptada por los interesados.

La distinción es importante porque, en el primer caso, el negocio es querido por las partes en todos sus elementos, incluso en el que es objeto del arbitrio del tercero, ya que la disconformidad se suple por la conformidad en lo que el tercero determine, bastando con que éste cumpla su cometido para que el negocio sea perfecto; en el segundo supuesto la determinación hecha por el tercero no completa el negocio, hasta que los interesados consienten en la fijación que el tercero ha hecho. En ambos casos, la intervención del tercero es necesaria para que el negocio exista: En ambos casos la expresión del arbitrio del tercero entraña el cumplimiento por su parte de un negocio adjunto al negocio principal que es básico para la existencia de éste, mas su eficacia es distinta en uno y otro supuesto: En el primero su determinación es suficiente porque completa el negocio; en el segundo requiere, además, la aceptación por los interesados, que toman la decisión del tercero como módulo de sus propias conveniencias o, en otras palabras, como precisa información para determinarse o no a realizar el negocio, querido con subordinación a que se acepte el resultado del juicio del tercero.

Reducido nuestro trabajo al primero de los supuestos, es decir, aquel en que el tercero, por su sola determinación perfecciona el negocio, se plantea como cuestión fundamental la de si las partes, que se obligaron a pasar por lo que otro determinara en orden al contenido de un contrato, han de conformarse con la decisión del tercero en todo supuesto, aun cuando la determinación de las prestaciones de tal modo realizada encierre para alguna de ellas una desproporcionada lesión: En otros términos, si el negocio así concluído es perfecto y obligatorio para las partes con la simple expresión de su arbitrio por el tercero, o si ese arbitrio ha de estar condicionado de algún modo, aun cuando las partes no lo hayan hecho constar expresamente.

La cuestión encierra, a su vez, otras de distinta índole: Así la naturaleza del negocio cuyo contenido queda al arbitrio del tercero; el carácter con que éste actúa; las posibilidades de impugnación y, en fin, si la intervención del tercero con la misión de determinar el contenido de un contrato puede ser admitida en general o solamente para los supuestos en que la Ley expresamente lo sanciona.

El tema no ha dejado de ser tratado por los autores, si bien casi siempre con referencia a aquellos supuestos típicos en los que la intervención del tercero está prevista: Así en la compraventa, con referencia a la determinación del precio, y en el contrato de sociedad, cuando los socios confían a un tercero la designación de la parte de cada uno en las ganancias y pérdidas, cuyos supuestos recoge el Código Civil patrio en sus artículos 1.447 y 1.690, respectivamente.

2.—En el Derecho Romano la intervención del arbitrio del tercero fué admitida con referencia a diversos negocios, si bien, en un principio, no hubo unanimidad sobre su aceptación: Ya GAIO (2) relata cómo la venta convenida por el precio que estime un tercero, según LABEÓN era ineficaz (3), mientras, que según OFILIO, era válida, opinión compartida por PROCULO (4). A esta disputa se refiere, sin duda, JUSTINIANO cuando expresa que «super rebus verrundandis, si quis rem ita comparaverit, ut res vendita esset, quanti Titius aestimaverit, magna dubitatio exorta est multis antiquae prudentiae cultoribus» (5). Mas la cuestión fué resuelta a favor de la validez «sub conditione» (6) de que, efectivamente, llegare a fijar el precio el tercero que fué designado.

Con este carácter condicional se admitió el arbitrio del tercero en otros negocios: Así respecto del arrendamiento (7) y de la sociedad (8): FERRINI (9) cita un texto (10) referente al legado hecho por el padre a su hija de la dote para un futuro matrimonio, que debía constituirse

(2) Inst. III-140.

(3) Idem. *Labeo negavit ullam vim hoc negotium habere.*

(4) Idem. *Ofilius et eam emptionem et venditionem esse putavit: cuius opinionem Proculus seculus est.*

(5) Cod. l. IV, XXXVIII-15.

(6) Idem, *sub hac conditione stare venditionem...* También ULPIANO, Dig. XVIII, 1-37: «...videtur quasi sine pretio facta venditio; ideoque similis erit sub conditione factae venditioni, quae nula est si conditio defecerit.

(7) Dig. XIX-II-25: *Si merces promissa sit generaliter alieno arbitrio, locatio et conductio contrahi non videtur; sin autem quanti Titius aestimaverit, sub hac conditione stare locationem.*

(8) Dig. XVII-II, 75. *Pro socio: si coita sit societas ex his partibus, quas Titius arbitratus fuerit, si Titius antequam arbitraretur, decesserit, nihil agitur; nam id ipsum actum est, ne aliter societas sit, quam ut Titius arbitratus sit.*

(9) Opere di CONTARDO FERRINI. Milano, 1929: *Saggi in torno ad alcuni giuriscosulti romani.* Vol. II, pág. 35, n.º 38.

(10) Dig. XXXII, Tit. único, 43: *Si filiae pater dotem arbitrato tutorum dari iussisset Tubero perinde habendum ait, ac si viri boni arbitrato legatum sit... etc.*

«arbitratu tutorum», en cuyo texto se expresan las bases en que debía moverse el arbitrio del tutor para la determinación, tales, según LABEÓN habían de ser la dignidad, las facultades, y el número de hijos del que hace el testamento (11).

En general el Derecho Romano admitió la intervención del tercero para la determinación indirecta del «quantum» de las prestaciones e, incluso, en supuestos de negocios jurídicos no contractuales, como el que expresa el texto anteriormente citado; en cambio se mostró contrario, en principio, a que la determinación fuera hecha por una de las partes en los negocios contractuales (12), si bien se ha tratado de demostrar que, aunque el Derecho Romano clásico consideró nula la obligación en que el objeto estuviera subordinado a la determinación de un contratante, el Derecho justiniano salvó la validez de esta obligación poniendo al mismo tiempo al arbitrio del contratante un freno: Que la determinación del objeto fuera el resultado de una valoración no caprichosa, sino consciente, y que la consideración del egoísta interés personal sea sacrificada para poner en su lugar la equitativa consideración de los dos intereses contrapuestos (13), llegando a la conclusión general, sobre la base de algunos textos (14) de que en el cumplimiento de las obligaciones se admitió un arbitrio «boni viri» del deudor, aunque no un «arbitrium merum» (15).

Mas, con referencia a la determinación de las prestaciones por arbitrio de un tercero, PACCHIONI (16) entiende que, en la práctica, las partes no podían tener la voluntad de someterse a ojos cerrados a la determinación, sino cuando el tercero llegara a ella sobre la base de ciertos criterios, y pone de relieve cómo el mismo PROCULO—favorable a la admisión de la venta a precio determinado por un tercero—tenía la plena y clara consciencia de la necesidad de distinguir el que las partes hubieran querido, o no, someterse absolutamente al arbitrio de otra persona.

Ello aparece confirmado en varios pasajes de PROCULO, en el Digesto, relativos a la sociedad; especialmente XVII, II, 76, en el que se distingue si los socios lo son por las participaciones que el tercero *haya esta-*

(11) Dig. Idem.: *Labeo quaerit quemadmodum apparet quantam dotemiusque filiae boni viri arbitratu constitui oportet? Ait, id non esse difficile ex dignitate, ex facultatibus, ex numero liberorum testamentum facientis aestimare.* También Dig. XXXI, 1, p. 1: *Legatum in alterius arbitrium collatum pro viri boni arbitrio accipit.*

(12) VINNIO, Comnt. anotado por Heinccio, T. II, Barcelona, 1847, cita diversos textos en apoyo de esta conclusión. Lib. III, Tit. XXIV.

(13) ALBERTARIO, *La nullità dell'obbligazione per indeterminatezza delle prestazioni*, en *Studi di Diritto Romano*, Vol. terzo, Obligazioni.

(14) Dig. XXIII, III, 69, 4; Dig. XXXII-43; Dig. XXIII, III, 60; Cod. V-11-1.

(15) ALBERTARIO, *L'arbitrium boni viri del debitore nelle determinazione delle prestazioni*. Loc. cit., Vol. III, pág. 295.

(16) *arbitrium merum e arbitrium boni viri*, en Riv. Dir. Comm., 1911, vol. II, pág. 369.

blecido, o por las que hubiera *debido establecer un buen varón* (17), distinguiendo así dos géneros de árbitros: Aquellos cuyo juicio debe ser acatado sea justo o injusto (18) y aquellos que han de sujetarse al arbitrio de buen varón (19).

El *arbitrium boni viri* obligaba al tercero a decidir dentro de los límites de la equidad, y su concepto estaba dominado—según COCLILO (20) por la idea del «tipo medio», es decir, como resolvería un «hombre medio en aquellas dadas circunstancias de hecho».

FURNO (21) valora la distinción entre «*arbitrium merum*» y «*arbitrium boni viri*» con agudo criterio: En su opinión la distinción fué creada a fin de justificar en ciertos casos la inadmisibilidad de un control o impugnación de la decisión arbitral, pero que en cuanto al valor práctico de ella no hay acuerdo en la doctrina, ya que algunos entienden que el «*arbitrium merum*» no es más que un *arbitrium* «boni viri» inapelable. Entiende que tanto en uno, como en otro caso, se trata del «*arbitrium*» de un «vir», determinado no solamente por su «bonitas»—que es cualidad de un número indeterminado de personas—sino por peculiares cualidades personales que le procuran una ilimitada fiducia de los contratantes.

Por ello, y precisamente por ese único fin que FURNO asigna a la distinción, debe admitirse la afirmación de PACCHIONI referente a que uno u otro modo de intervenir el árbitro depende de que las partes hubieran querido, o no, someterse *absolutamente* al arbitrio del tercero, porque la distinción no está en que una y otra especie de árbitro reúna especiales condiciones de «bonitas», sino en que las partes hayan «querido», o no, hacer inapelable su arbitrio. De ese mayor o menor sometimiento deriva que el tercero actúe «*merum arbitrium*» o a «*arbitrium boni viri*».

Lo que sucedió es que, en ocasiones, la falta de expresa constancia de la voluntad de las partes en orden a la manera de intervenir el tercero, era suplida por el Ordenamiento, fijando límites a su actuación, o sea, estableciendo el *arbitrium boni viri*, como claramente se deriva de algunos textos relativos a la sociedad (22) y en general para todos los contra-

(17) *Existimo autem melius te quaesitum fuisse, utrum ex his partibus socii essemus quas is constituisset an ex his, quam virum bonum constituere oportuisset.*

(18) *Idem, «...urum eiusmodi ut sive aequum sit sive iniquum, parere debeamus.*

(19) *Idem, «...ut ad boni viri arbitrium redigi debeat...».*

(20) *Il bonus pater familias e l'arbitrium boni viri.* En *Scritti varii di Diritto privato.* Vol. II, pág. 152, Torino, 1917.

(21) *Sul regime d'impugnazioni degli arbitrati liberi.* En *Riv. Dir. Priv.*, Vol. IX-1939. Parte seconda.

(22) *Dig. XVII, II, 78: «...in proposita autem quaestione arbitrium viri boni existimo sequendum esse eo magis, quod iudicium pro socio bonae fidei est.—Dig. Idem., 79: Unde Nervae arbitrium ita pravum est ut manifesta iniquitas eius appareat, corrigi potest per iudicium bonae fidei.—Dig. Idem. 80: Quid enim si Nerea constituisset ut alter ex millesima parte alter ex duabus millesimis partibus socius esse? Illud potest conveniens esse viri boni arbitrio ut non utique ex aequalibus partibus.*

tos de buena fe (23), criterio latente, además, en otros textos: «Fides bona exigit, ut arbitrium tale prestetur, quale viro bono convenit» (24).

Como resumen y antecedente, bien puede en consecuencia afirmarse que el Derecho Romano nos legó, como uno de los modos de determinación indirecta del contenido de los negocios jurídicos, la intervención de un tercero, a cuyo arbitrio queda la fijación de las prestaciones que las partes deben cumplir, cuyos caracteres pueden ser centrados:

a) El negocio afectado de este modo indirecto de determinación del objeto, tenía la naturaleza de un negocio condicional (*sub conditione factae venditioni—sub conditione stare locationem*), pendiente de que el tercero hiciera o no la determinación.

b) No aparece delimitada la naturaleza del encargo conferido al tercero.

c) Se distinguió entre el «merum arbitrium» («ut sive aequum ut sive iniquum, parere debeamus»), y el «arbitrium boni viri» («ut ad boni viri arbitrium redigi debeat»), cuya distinción depende de la intención de las partes y no de especiales cualidades del tercero y cuyo alcance está en los límites en que el tercero han de desenvolverse y

d) La intervención del tercero era «ad arbitrium boni viri» en la sociedad y, en general, en los contratos de buena fe, no determinando la fuerza vinculante de la decisión del tercero en la compraventa y en los demás supuestos.

3.—La mera observación de lo anteriormente expuesto nos descubre los problemas que quedaron planteados en orden a la completa delimitación de la figura de ese tercero a cuyo arbitrio queda la determinación del contenido de un contrato: El Derecho Romano creó la figura del tercero y la desdobló en dos de distinta condición, pero no delimitó la naturaleza de la relación por la que aparece ligado a las partes intervinientes en el negocio, puesto que él interviene como «tercero» y no como «parte»; sugiere que el tercero intervenía siempre a arbitrio de buen varón en la sociedad, en los contratos de buena fe en general y cuando interviene «arbitratu tutorum» fijando la cuantía de la dote, pero nada concretó acerca de su modo de intervenir en los demás supuestos que contempla, como en la compraventa («ut res vendita esse, quanti Titius aestimaverit») o en el arrendamiento («si merces promissa sit generaliter, alieno arbitrio»), dudas que quedan en pie, aun para nuestro tiempo, y fueron materia de discusión entre los antiguos juristas del Derecho Común: Así de la cuestión relativa a la posibilidad de im-

(23) Dig. XVII, II, 38.

(24) Dig. locati, XIX, 24, 2.

pugnación de la determinación hecha por el tercero, cuando interviene fijando el precio en la compraventa, se ocuparon ACCURSIO (24 bis), CUJACIO (25), VINNIO (26), entre otros. BARTOLO (27) trata de delimitar los conceptos del verdadero árbitro y del que no interviene en tal condición, y en fin las cuestiones quedan planteadas en torno a la intervención del tercero en la determinación del precio en la compraventa, quizás porque respecto a ese supuesto específicamente contemplado, las fuentes no fijaron un criterio como lo habían hecho para la sociedad y para los contratos de buena fe.

Mas los autores del Derecho Común llegan a la conclusión de que debe presumirse, también para los negocios distintos de la sociedad, que el tercero interviene determinando según arbitrio de buen varón. VINNIO, lo razonaba del modo siguiente para la compraventa: «...aunque el estimador Ticio hubiese estimado la cosa en mucho más o en mucho menos de lo que vale, deberá decirse que es válido el contrato, aunque si el arbitraje de Ticio fuese tan injusto que su *iniquidad* apareciere manifiestamente, podrá corregirse por el arbitrio de un buen varón» y cree que «el Juez, en virtud de su oficio podrá, manifestada la iniquidad, moderar el precio por la cláusula de buena fe» (28). En todo caso, consideraron aplicable la rescisión en el supuesto de lesión *ultra dimidium*. CUJACIO (29) cita la Ley 79, Dig. pro socio, XVII-2, en apoyo de ese criterio y la cuestión de si el tercero es un árbitro, o un «hombre bueno» encargado de dar un simple parecer, fué tratado por DONELLO (30) creyendo que se trata de un perito o persona proba y experta que no determine un precio absurdo y muy diverso del valor de la cosa, pues las partes no pudieron obligarse a aceptar un arbitraje irracional o contrario a la equidad, como opinaban VOET (31) y DELVINCOURT (32).

El hecho es que la intervención de un tercero en la designación del precio en la compraventa fué frecuente, incluso la legislación estatutaria estableció la presunción, según BESTA, de que, cuando el precio no fuera indicado, debía entenderse que el vendedor se remitía al precio corriente o a la determinación de un tercero, que podían ser los «*aestimatoris communis*» (33). Mas la intervención del tercero debía ser entendida ad *arbitrium boni viri*.

(24 bis) Ad leg. 12 Cod. de contr. empt.

(25) Ad leg. 2, 1, Cod.

(26) Inst. de emptio et venditione, n.º 5. *Omnimodo secundum ejus aestimationem.*

(27) Comm. De receptis arbitris, y Dig. 1, 76, 77, 78. Pro socio, XVII, 2.

(28) Loc. cit., n.º 5.

(29) Loc. cit.

(30) Opera, Vol. III, Comm. in Cod. Inst. II, 783, 11, 12.

(31) Contr. empt. n.º 33.

(32) III, 65, nota 8.

(33) BESTA, *le obbligazioni nella storia del Diritto italiano*, C. E. D. A. M., Padova, 1936,

El criterio aparece confirmado en los antiguos juristas hispánicos: en CALDAS PEREYRA (34), en YÁÑEZ DE PARLADORIO (35), en GONZÁLEZ DE SALZEDO (36) y otros.

El Derecho Romano había distinguido entre el verdadero arbitraje seguido de compromiso y el tercero que, a su arbitrio, determina un elemento contractual, cuya actuación podía conformarse a un «arbitrium boni viri» o a «merum arbitrium»: Mas el juicio á arbitrio de buen varón se estableció con referencia a la participación de los socios en la sociedad; luego, este modo de arbitrio se extendió, según hemos visto, a los contratos de buena fe, en general. El Derecho Común hizo el resto estableciéndolo también para la compraventa y, como COGLIOLLO (37) pone de relieve, del supuesto de la sociedad, en el que ya consideró el Derecho Romano impugnabile la decisión del tercero, en caso de iniquidad, se pasó a admitir en general la «querela iniquitatis» no sólo para anular la determinación de cuotas sociales o divisorias, sino también del precio (en caso de compraventa, arrendamiento, honorarios, etc), cuando fuese fijado faltando a la equidad.

En nuestro Derecho, las Partidas habían aceptado ya, claramente, el criterio de que la intervención del tercero en la determinación del precio en la compraventa, debía presumirse a arbitrio de buen varón: «E si este en cuya mano lo meten, señalasse el precio desaguissadamente, mucho mayor o menor de lo que vale la cosa, estonce deue ser endereçado el precio segunt aludedrio de omes buenos» (38).

Entre los grandes romanistas franceses del siglo XVIII, DOMAT (39), se limita, con referencia a la compraventa, a afirmar que puede suceder que el precio sea «incierto», como si se remite a un tercero el regularlo, agregando que en éste y otros casos semejantes, el precio será cierto por la estimación u otro evento que lo fijará.

POTHIER (40) trata el problema más ampliamente y, recogiendo el

pág. 207. Cita como de este carácter la llamada en Nápoles *venta a la voz* y la llamada *composición corsa*, que exigían la determinación de los precios por la autoridad y se empleó generalmente para los géneros de primera necesidad. Contra la primera de ellas, que en Sicilia se aplicaba a la venta de frutos por anticipado, y consistía en la necesidad de que el precio se fijara conforme al que alcanzaran los frutos al tiempo de la recolección, el abate GALIANI publicó su obra titulada *Della libertà dei prezzi ossia della necessità di abolire i contratti alla voce per tutti i contratti in questo Reyno*. Vid. Degni, ob. cit.

(34) *Annaliticus commentarius sive ad Typum instrumenti emptionis et venditionis tractatus*. Cap. XVIII, n.º 16, coimbre, 1616.

(35) *Quotidia. differen. Inter arbitrium et arbitratores differentia*. 43-1. Matriti MDCLIII, núms. 4, 5 y ss.

(36) *Analecta iuris sive ad Hispania leges... etc*. Commentaria ad Nov. 11. Recopilationis, L. 3, Tit. XIV, Lib. III, núms. 9, 13, 14, 18.

(37) Loc. cit.

(38) Ley 9.ª, Tit. V, Partida V.

(39) *Les lois civiles... Du contrat de Vente*, T. I, pág. 41-IV. Paris, 1767.

(40) *Oeuvres, Vente*, T. deuxième, Paris, 1835, pág. 11.

criterio tradicional, afirma que, cuando el tercero haya hecho una estimación inicua, no habrá venta, pues es tanto como si no la hubiera hecho, ya que los contratantes han querido, no una estimación puramente arbitraria sino «*tanquam boni viri*», una estimación justa. Admite la impugnación por el contratante que crea inicua la estimación hecha por el tercero, pudiendo demandar el que se haga nueva estimación por peritos designados por el Juez, quienes si comprueban que la estimación fué inicua, ello dará lugar a que la venta *sea nula*. Con esto señala ya POTHIER la función de completar el negocio que se asigna a la determinación hecha por el tercero, ya que de la iniquidad de su arbitrio deriva la «nulidad» de la venta, y adopta expresamente una posición contraria a la de DESPEISSES quien, fundado en la regla «*omnimodo secundum aestimationem praetium solvatur*» se inclinó al *merum arbitrium* para la compraventa, al afirmar que los contratantes habían de atenerse a la estimación hecha por el tercero.

El Código de Napoleón sancionó la admisión del arbitrio del tercero en la determinación del precio en la compraventa (41) y en lo relativo a la participación de los socios en el contrato de sociedad (42) y los juristas franceses no dejaron de discutir el precepto, si bien la cuestión giró principalmente en torno a si el tercero había de ser designado, precisamente, al celebrarse el contrato o podían reservarse el derecho a su designación posterior, y a si el Juez podía suplir a las partes en la designación del árbitro (43), en este caso.

El Código italiano adoptó igualmente la admisión del arbitrio del tercero con referencia a la determinación del precio en la compraventa y al contrato de sociedad (43 bis) y así lo hace también el nuestro, que incorpora la regla a los artículos 1.447 y 1.690, también con referencia a esos contratos, y recogiendo expresamente el *arbitrium boni viri* en el de sociedad, al admitir la impugnación de la determinación hecha por el tercero, cuando haya faltado evidentemente a la equidad, sin hacer esta misma salvedad cuando se refiere a la compraventa en el art. 1.447.

No incurrió en esta omisión el Código alemán, pues de un modo general sancionó la regla, afirmando, en el § 317, que si la determinación es hecha por el tercero, en la duda debe entenderse que debe ser hecha según la equidad. Con ello no se excluye la posibilidad de que las partes pacten un mero arbitrio inatacable, pero, salvo este caso, la intervención se presume ad *arbitrium boni viri* y su juicio según equidad.

(41) Artículo 1.592.

(42) Artículo 1.854.

(43) Así TROPLONG, *VENTE*, 156 y ss.—DUVERGIER, *VENTE*, 162 y ss. AUBRY y RAU, p<sup>o</sup> 349, nota 32, etc.

(43 bis) Artículos 1.454 y 1.718.

Mas en los Ordenamientos de tipo latino, modelados según el patrón del Código francés, y concretamente en el nuestro, la intervención del tercero en la determinación del contenido de un negocio da lugar a diversas proposiciones que la Ley no resuelve explícitamente, y en consecuencia cabe preguntarse:

a) Si la designación por las partes de una persona determinada para que a su arbitrio concrete la extensión del objeto de un contrato puede ser admitida en general, o solamente en los contratos de compraventa y sociedad, que son los supuestos legales.

b) Si pueden las partes remitir al tercero la determinación de cualquier elemento contractual.

c) Cual sea la naturaleza del negocio cuya perfección queda pendiente de la determinación de alguno de sus elementos, realizada por un tercero, a su arbitrio, mientras éste no cumple su cometido, y cual la naturaleza de la relación entre el tercero y las partes.

d) Si fuera del contrato de sociedad, y aunque expresamente no conste en el contrato, deberá entenderse que el tercero debe hacer la determinación según equidad, o sea, a arbitrio de buen varón.

e) Supuestos de impugnación de la determinación hecha por el tercero: Sus efectos y quien puede pedirla.

\* \* \*

A) El hecho de que la intervención del tercero sea contemplada en la Ley en sólo dos supuestos, con la misión de concretar el objeto, no debe excluir la posibilidad de que se recurra al arbitrio del tercero en supuestos distintos. La opinión favorable a este criterio fué ya sostenida por DERNBURG (44) y en general la doctrina científica lo ha aceptado. GIORGI (45) lo admite con ciertas reservas pues, al tratar de la determinación del objeto en las obligaciones, cree que, admitida la designación hecha por el tercero con referencia a la venta, no puede aplicarse este artículo a los demás contratos, sino teniendo en cuenta la varia naturaleza de los mismos.

En realidad ello implica, al parecer, la no admisión del arbitrio del tercero más que en aquellos negocios que por su naturaleza requieren el que por las partes se llegue a una estimación pecuniaria, cuya estimación pueden dejar al arbitrio de otro. Pero sin embargo, el hecho es que hay margen suficiente en la Ley para sostener el criterio favorable a la admisión en general de este modo de determinación con referencia al objeto: En efecto, la actuación del tercero no es sino, como TRABUCCHI advierte (46), un medio de determinación *indirecto* del objeto, limitándose a resolver por sí mismo una controversia puramente económica (47), y

(44) Pandette, *Obbligazioni*, pfo. 15.

(45) *Teoría de las obligaciones*, Vol. III, págs. 450 y ss. Madrid, 1910.

(46) *Argomenti delle lezioni di Diritto Civile nella compravendita*, C.E.D.A.M., Padova, 1936.

(47) La sentencia de 15 de febrero de 1938, de la Corte di Appello di Torino, publicada en *Riv. dir. Priv.*, IX, 1939-2, págs. 26 y ss., sostiene idéntico criterio, declarando que el tercero hace una simple determinación indirecta de un elemento del contrato, de otro modo ya concluido entre las partes.



en la Ley queda prevista la validez de los contratos aunque el objeto sea indeterminado en la cantidad, con tal de que sea posible determinarlo sin necesidad de nuevo convenio (48). Nada impide, por tanto, que en virtud de la libertad de pacto que nuestro Derecho reconoce (49), las partes convengan que la determinación de alguna de las prestaciones, querida en sí, sea cuantitativamente cumplida al arbitrio de una tercera persona, pues ello no roza el triple límite legal, ético y de público modo de sentir; teniendo en cuenta que lo que el tercero realiza no es sino venir a completar por vía indirecta, mediante su determinación de uno de los elementos, el negocio que, por ello, deviene perfecto (con lo que cumple una mera delegación de los propios interesados), su actuación estará siempre limitada por las normas generales de los contratos y las restricciones impuestas a la libertad de contratación (50).

Creemos, por ello, que no existe obstáculo que impida admitir la intervención del arbitrio del tercero en la determinación del objeto de otros negocios que no sean, precisamente, la venta o la participación de los socios en la sociedad.

B) Admitida la posibilidad de que el objeto de las obligaciones nacidas de los negocios contractuales pueda, en general, ser determinado indirectamente al arbitrio de una tercera persona, la segunda cuestión planteada es la relativa a si esa indirecta determinación puede recaer solamente sobre el elemento objeto o también sobre cualquier otro elemento negocial. En nuestra opinión es preciso distinguir la cualidad de los elementos negociales: Creemos que no puede dejarse al arbitrio de tercera persona la facultad de consentir en el negocio, como facultad *delegada de ambas partes*, pues además de problemas de otra índole, que no son del caso, faltaría el «consentir», esa unión de la oferta y la aceptación precisa a la formación del consentimiento, de que habla el artículo 1.262; el negocio ha de ser «querido» por los interesados aunque se deje al arbitrio de un tercero el determinar la extensión de su contenido.

(48) Artículo 1.273. Cod. Civ. esp.

(49) Artículo 1.255 Cod. Civ. esp.

(50) Los autores citan el contrato llamado *de firma en blanco*, en el que MINOZZI asigna a los interesados una voluntad de transigir o de comprometer, pero ello sería nulo—según creo—porque el compromiso está sujeto a específicas formas. En cambio GAECO cree que encierra para el tercero encargado de llenar sus cláusulas un arbitraje libre.—GIORGI, con DEMOTOMBE, distingue que el papel en blanco haya sido, o no, recibido por un tercero de buena fe y destaca el peligro del posible abuso. En nuestra opinión, si el documento en blanco fué entregado a un tercero para que lo llene consignando cualquier clase de contrato, ello no sería admisible porque excedería los límites de las facultades del árbitro, que tiene que actuar sobre la base de ciertos datos de hechos suministrados por las partes en orden a su voluntad de realizar un determinado negocio. Si la firma en blanco se entrega al tercero, a fin de que redacte el documento según instrucciones recibidas, si se excede de éstas, su conducta será abusiva y caerá en muchos casos bajo el ámbito penal.

En cuanto al consentimiento, la función del tercero sólo es admisible limitándose a emitir un simple parecer o consejo a las partes acerca de si deben consentir o no, mas, en todo caso, es preciso el consentimiento de éstas.

Tampoco puede admitirse la remisión al tercero del elemento causa, porque ello afecta a la naturaleza misma del negocio que no puede ser querido por las partes sino en contemplación de la causa precisamente. El elemento forma puede ser remitido a un tercero tan sólo en los supuestos en que la forma del negocio no sea esencial, pues en otro caso, al no quedar al arbitrio de las partes la observancia de este requisito, preciso para dar por existente el negocio, mal pueden las partes delegar la decisión de adoptar o no la forma al arbitrio de un tercero.

Puede, pues, afirmarse que el límite del parecer del tercero está en que no alcance su misión a los elementos fundamentales del negocio a excepción del objeto.

No quiere esto decir que las partes puedan remitir al arbitrio del tercero solamente el determinar la extensión del elemento objeto: Contrariamente, la propia Ley concede margen suficiente para admitir ese arbitrio con referencia a la determinación de elementos accidentales, como hace el artículo 1.115 del Código Civil español, cuando establece que si el cumplimiento de las obligaciones dependiese de la voluntad de un tercero, la obligación surtirá todos sus efectos.

Ciertamente que este supuesto difiere del arbitrio del tercero referido a la determinación del objeto, puesto que la condición suspensiva cuyo cumplimiento dependa de la voluntad de un tercero, deja al arbitrio de éste nada menos que la suspensión indefinida de los efectos del negocio, pero éste resulta completo desde el momento de su constitución; por el contrario, cuando la determinación del objeto por el tercero aun no ha sido hecha, el negocio no está concluído por falta de un elemento esencial. Es por ésto por lo que no creemos, frente a un gran sector de la doctrina, que el negocio en que la determinación del objeto queda al arbitrio de un tercero, sea un negocio condicional propiamente dicho.

En nuestra opinión la determinación de un elemento contractual dejada al arbitrio de un tercero, sólo puede ser admitida con referencia a la extensión del objeto, o a la fijación de elementos accidentales del negocio, mas no en cuanto a los demás elementos esenciales: La objeción relativa a que también el objeto es esencial al negocio, queda inoperante con la sola consideración de que las partes están conformes en cuanto al objeto en sí, y al tercero no alcanza otra misión que la de determinar su alcance.

C) La naturaleza que deba asignarse a estos negocios en que la de-

terminación del objeto queda al arbitrio de un tercero fué ya cuestionada desde antiguo. El Derecho Romano consideró estos negocios como condicionales («...sub conditione stare venditione...») y ésta es, al parecer, la opinión dominante. Pero en realidad la cuestión queda desdoblada en dos: De una parte la naturaleza atribuible al negocio en su conjunto y, de otra, la naturaleza de las relaciones entre el tercero y las partes que lo han designado.

Respecto a la primera cuestión pueden señalarse tres distintos criterios: a) el negocio cuya determinación del objeto queda al arbitrio de un tercero, es condicional, afectado de una condición suspensiva; b) o innominado y c) la función del tercero actúa como un complemento del consentimiento.

La tesis del negocio condicional ha sido tradicionalmente aceptada: Así DOMAT (51), LAURENT (52), BAUDRY-LACANTINERIE (53), GUILLOUARD (54), BEUDANT (55), etc. y, en general, los autores franceses salvo alguna excepción, como HUC (56) y HAMEL (57), que rechaza netamente el carácter condicional para la venta y PLANIOL-RIPERT (58) que, con referencia a este contrato, estiman que, hasta la determinación del precio hecha por el tercero, no hay compraventa, sino un contrato innominado.

También se manifiestan con criterio favorable al negocio condicional GASCA (58 bis), RICCI (59) y otros. En nuestros autores es la opinión general (60). ENNCCERUS-LEHMANN (61) opinan que la determinación por terceros no es, en esencia, sino un complemento de la voluntad de las partes y en el mismo sentido sus anotadores PÉREZ y ALGUER (62).

La tesis del contrato innominado que impone a las partes la obligación de concluir el negocio en el precio fijado por el tercero (o la obligación previa de designar a éste), fué ya rechazada por POTHIER (63) cuando al recoger esta opinión de algunos intérpretes (64), oponía que no lo era verdaderamente y, además, que estas sutiles distinciones no son ad-

(51) Ob. cit., 26-XI.

(52) T. XXIV, n.º 74.

(53) VENTE, n.º 135.

(54) I, núms. 105 y 106.

(55) Cours... 2.ª ed., T. XI, n.º 117.

(56) TXI, n.º 37.

(57) *Les contrats civils*, T. X, n.º 38.

(58) *Trat. prat.*, T. X, núms. 37 y 38.

(58 bis) *Trat. della compravendita...* 2.ª ed., Vol. I, Torino, 1914, n.º 433.

(59) Derecho Civil, trad. La España moderna. Vol. XII.

(60) Vid. CASTÁN, Derecho Civil, T. II, Vol. II, 1940; SCARVOLLA, T. XXIII, pág. 289;

MANRESA, T. IV, pág. 47, etc., etc.

(61) *Trat. T. II-1.º Obligaciones*, págs. 25 y ss.

(62) Notas II-1.º, págs. 29 y ss.

(63) Ob. cit., pág. 11.

(64) Según los cuales se trata de un contrato innominado que imita la venta y que da lugar a la actio prescriptis verbis.

misibles en Derecho francés ni tienen uso en la práctica. PLANIOL-RIPERT admiten, sin embargo, la tesis del contrato condicional para el supuesto de que las partes convengan la determinación hecha por un tercero que será designado posteriormente, lo cual, por encerrar una condición puramente potestativa de las partes, debe producir la anulación del contrato (65), pero BEUDANT (66) no cree que sea potestativa porque el mandato hecho al tercero es irrevocable. Creemos, por nuestra parte, que el carácter potestativo está, no en la revocación de la designación realizada, sino, precisamente en que las partes designen o no al tercero, y en este sentido la objeción no es exacta.

En cuanto a que la determinación hecha por el tercero es un complemento de la voluntad de las partes, a ello cabe oponer que el tercero tiene una misión más objetiva: Las partes quieren el negocio en todos sus elementos, limitándose el tercero a determinar a su arbitrio uno de los elementos previamente querido. Aunque prácticamente las partes no prestan su consentimiento en la contemplación aislada de cada uno de los elementos del negocio, sino en su conjunto, no es menos cierto que la indeterminación del objeto hace referencia a un elemento del contrato tan esencial como el consentimiento mismo, el cual es ya completo cuando el tercero interviene. Es más, del pleno consentimiento de las partes en la constitución del negocio, dejando al arbitrio del tercero la determinación de la extensión del objeto, se deriva, precisamente, la facultad de aquel para hacer tal determinación.

¿Debemos entonces aceptar que las partes, al dejar al arbitrio de un tercero la determinación cuantitativa del objeto, tengan la finalidad de constituir un negocio sujeto a condición suspensiva? Creemos que el contestar esta pregunta exige examinar primeramente el carácter de las relaciones entre las *partes* en el negocio y el *tercero*.

La naturaleza de la misión confiada al tercero ha sido objeto de discusión. Es común la opinión de que no actúa como un verdadero «árbitro» en sentido técnico, puesto que no resuelve un litigio; ni su designación es una transacción de las partes, porque ello no implica el que las partes se hagan recíprocas concesiones. Los tratadistas del Derecho Común asignaban al tercero el carácter de un «perito» (67) y esta opinión la vemos recogida en algún autor moderno (68), habiendo quien, como GASCA (69) cree que el tercero realiza una operación de carácter mixto, que tiene de pericia y de arbitraje.

(65) Ob. cit., nota 1, pág. 33.

(66) Ob. cit., T. X, n.º 38.

(67) DONELLO, loc. cit.

(68) PLANIOL-RIPERT, loc. cit., n.º 39.

(69) Loc. cit., n.º 431.

Por el momento, nos interesa destacar que la mayor parte de los autores estiman que el tercero actúa en cumplimiento de un *mandato* que las partes le han conferido: Tal es la opinión de BEUDANT (70) para quien el tercero es un mandatario que recibe la misión, irrevocable, de completar el negocio; y de DECNI (71), y de GASCA (72), en cuanto contempla el supuesto de que la persona designada no acepte el «mandato»; en el mismo sentido DE PAGE (73) y, en fin, es la tesis de la Jurisprudencia francesa (74), que es aceptada por PLANIOL-RIPERT (75).

STOLFI (76) se muestra contrario a esta opinión y estima que la figura del mandato debe ser desechada, alegando que el tercero expresa su voluntad y no las de sus representados, y SCIALOJA (77) para el que, considerada la voluntad de las partes, no como mandato, sino como «intención», la decisión del tercero no tiene una naturaleza intrínseca diversa de cualquier otra declaración de voluntad productora de efectos jurídicos.

No vemos inconveniente, en nuestra opinión, en aceptar la tesis de que la relación jurídica entre las partes y el tercero sea la de mandato, no obstante la objeción de STOLFI, o el carácter de mera declaración de voluntad productora de efectos jurídicos, que SCIALOJA asigna a la actuación del tercero, y ello teniendo en cuenta que el hecho de que el tercero exprese su propia voluntad (78), no excluye la figura del mandato con representación directa, como tampoco es obstáculo el que la misión a realizar por el tercero, en su calidad de mandatario sea, precisamente, el emitir una declaración de voluntad recepticia.

Admitido así que el tercero actúe como un mandatario, según la opinión dominante, lo que ya no resulta tan admisible, en nuestra opinión, es que el cumplimiento por el tercero del mandato que se le ha conferido, actúe como «condición suspensiva» en relación al negocio principal, según la tesis más generalmente admitida, pues, como COVIELLO (79) advierte, la indeterminación del objeto constituye falta de uno de los elementos esenciales del negocio que, sólo desde que está comple-

(70) Loc. cit.

(71) *Lezioni di Diritto Civile, La co pravendita*. Padova, 1930, pág. 77.

(72) Loc. cit., n.º 432, pág. 645.

(73) *Traité élémentaire*, T. cuatrieme, pág. 78.

(74) Vid. FUZIER-HERMANN, *Code Civil annoté*, Nouvelle ed., Tome cinquieme (arts. 1.387-1.707), 1940, pág. 517: «La comisión confiada a los terceros de fijar el precio de una compraventa de terrenos debe ser considerada como un verdadero mandato para completar la convención de venta que deviene entonces perfecta».

(75) Loc. cit., n.º 37.

(76) *Diritto Civile, Contratti speciali*, Vol. IV, Torino,, 1934, n.º 410.

(77) *Gli arbitrati liberi*, Riv. Dir. Comm., 1922-I, págs. 492 y ss.

(78) Lo que, por otra parte, no entendió así la propia Jurisprudencia italiana. La sentencia citada de 15 de febrero de 1938, de la Corte de Appello de Torino, declaró que *las partes aceptan el juicio del tercero como expresión delegada de su propia voluntad*.

(79) *Del caso fortuito in rapporto all'estinzione delle obbligazioni*, Cap. IV, pfo. 10, Lanciano, 1895.

to, producirá todos sus efectos. Si se observan objetivamente las opiniones sustentadas por los partidarios del negocio condicional, se aprecia que incurren en una evidente contradicción, a nuestro parecer, pues también opinan que hasta que el tercero hace su determinación el negocio está incompleto por falta de uno de sus elementos, lo cual es opuesto a la consideración del negocio condicional, que implica un negocio completo aunque tiene suspendida su eficacia hasta que la condición—simple elemento accidental—esté cumplida.

DE PAGE (80) se pregunta si, en realidad, la opinión tradicional no tendrá otro valor que el de una mera explicación técnica que, quizás, no esté conforme con la verdadera intención de las partes. Es decir, si las partes han *querido* realmente una venta bajo «condición suspensiva», o más bien un negocio puro y simple con convención relativa a la determinación del precio, cuya consecuencia normal es que, si esta convención no obtiene resultado, no habrá venta por falta de precio, y no porque la condición sea déficit.

En nuestra opinión, cuando las partes dejan al arbitrio de un tercero la determinación de un elemento negocial, la ineficacia hasta que el tercero determine no es debida a una «suspensión» de los efectos del negocio, sino a que éste está incompleto hasta que el tercero, mediante una manifestación de voluntad, agregue al negocio el elemento ausente, con lo que habrá nacido un negocio puro. Y no hay inconveniente en cualificar la actuación del tercero en el tipo del mandato adjunto al negocio, puesto que las partes han convenido—y este convenio tiene todos los caracteres precisos a su perfección—encargar al tercero que les sustituya en la determinación del elemento que al negocio falta para que surta sus efectos.

Hay, pues, dos negocios: Uno principal, al que falta un elemento que habrá de completarse con el resultado de otro: el mandato conferido al tercero para que lo complete mediante una manifestación de voluntad.

Este mandato tiene el carácter de irrevocable para cada parte por separado, y la irrevocabilidad deriva, no del mandato en sí, sino de que, con referencia a otro negocio, las partes están constreñidas a no revocarlo; de lo contrario, el cumplimiento del negocio principal quedaría al arbitrio de una de las partes, que podría eludir el cumplimiento con sólo revocar el mandato.

Mas la irrevocabilidad de este mandato no es tan absoluta que impida el que las partes lo dejen sin efecto de común acuerdo, haciendo por sí mismas la determinación que habían encargado al tercero.

D) Aceptada la tesis del mandato en la misión al tercero confiada,

(80) Loc. cit., pág. 78.

aun queda en pie otra cuestión: La del carácter de este mandatario especial cuya gestión consiste en la expresión de su arbitrio en orden a la determinación de un elemento de otro negocio y los límites en que debe desenvolverse.

En realidad, no puede afirmarse que el tercero haya de cumplir su misión como un perito, puesto que esta cualidad puede, o no, recaer en la persona designada. Del tercero se exige una determinación—no forzosamente sujeta a un juicio pericial—. Mas si no puede exigirse en el tercero que emita un juicio como un experto. ¿Qué garantía puede ofrecer a las partes el resultado de su arbitrio? En otras palabras, importa averiguar el carácter con que el tercero cumple su mandato, porque de él deriva el que su juicio, en orden al elemento negocial que determina, deba estar informado según ciertos criterios, o pueda ser libremente formado cualquiera que fuese su resultado.

La Ley impone tan sólo un límite, cuando con referencia al contrato de sociedad, el artículo 1.690, admite la impugnación de la manifestación de voluntad del tercero, si fuese manifiestamente contraria a la equidad, lo que tanto quiere decir como imponer al tercero una manifestación equitativa conforme a un «arbitrium boni viri». Mas no hace lo mismo en el otro supuesto legal, el de la determinación del precio en la compraventa, dejando el arbitrio del tercero sin señalar el camino de la impugnación, y la duda queda en pie para este supuesto y para los demás en que la intervención del tercero sea admisible. ¿Obrará el tercero en estos casos según arbitrio de equidad, o *merae voluntatis*?

El criterio es vacilante en punto tan esencial a raíz de la expresa incorporación al Código francés del precepto relativo al precio en la compraventa, que luego fué transplantado al italiano y al español, porque con anterioridad, el criterio de los juristas fué siempre favorable a entender que la actuación del tercero debía ser según arbitrio de equidad. Prueba de ello la tenemos en la observación de LAURENT (81) y AUBRY y RAU (82) quienes, discrepando de la opinión de POTHIER y DOMAT—que se pronunciaron por el arbitrio de equidad, según hemos visto—afirman que razonaban cuando el Código no estaba vigente, pero que ahora, frente al artículo 1.592 del Código de Napoleón, no es tan lícito entender que las partes puedan impugnar la determinación hecha por el árbitro. Estas dudas no se plantearon con el Código alemán por su explícito precepto que manda entender que la determinación del tercero debe ser hecha según la equidad (83).

(81) T. XXIV, n.º 78.

(82) T. IV, pág. 338.

(83) 317, apdo. primero.

La opinión más reciente (84) en orden al modo de intervenir el tercero es la que debe constar expresamente si las partes han querido con fiarse a un *arbitrium merum* del tercero, pues no es posible presumir fácilmente que las partes hayan querido renunciar a hacer valer ante el Juez sus razones. STOLFI (85) cree que el tercero debe decidir según *arbitrium boni viri*, salvo que se hubiese pactado expresamente lo contrario, y GASCA, que cree admisible la impugnación si el juicio no fuera razonable, puesto que las partes no podían someterse al juicio de un idiota.

Contrariamente, COLIN y CAPITANT (86) observan que, no existiendo en Derecho francés, regla análoga a la del Código alemán, la estimación hecha por el árbitro obliga a las partes que han aceptado de antemano su apreciación.

En nuestra patria, CASTÁN (87) cree que como el Código, a diferencia de la Legislación de Partidas, no autoriza expresamente la impugnación, no será lícita más que en casos particulares, como el que se demuestre haber procedido con error, dolo, o haber faltado el árbitro a las instrucciones que las partes le marcaron. MANRESA (88) sólo estima impugnabile la decisión del tercero en los dos primeros casos del artículo 1.291, y que no habrá lugar fuera de estos casos, conforme al artículo 1.293.

SÁNCHEZ ROMÁN (89), tras de citar la Ley 9.<sup>a</sup>, Tít. V, Partida V, expone de modo sugerente que, en general, la buena fe, el uso y la Ley, en cuanto a la perfección de los contratos, son los cuatro puntos en que se deben comprender sus consecuencias, evitando que la interpretación fuera tan estricta que solamente lo estipulado pueda servir de base de determinación, dejando incompletos los desarrollos lógicos del contrato mismo. Creemos por nuestra parte que, en verdad esos límites genéricos de la buena fe, el uso y la Ley, que el Código consagra, ejercen una indudable influencia limitativa para el supuesto que estamos contemplando.

Sostiene COGLIOLO (90) que el límite que el Código establece para el contrato de sociedad, contiene un principio general aplicable a los demás casos en los cuales se puede remitir a un tercero el determinar uno de los elementos contractuales, opinión que vemos confirmada para nuestro Derecho en los anotadores de ENNECCERUS-LEHMANN (91), que se

(84) Así DEGNI, loc. cit., pág. 77; TRABUCCHI, loc. cit.

(85) Loc. cit., n.º 411.

(86) Curso, T. IV, Madrid, 1949.

(87) Loc. cit., pág. 25.

(88) Ob. cit. pág. 49.

(89) Derecho Civil, parte especial, II.

(90) Loc. cit.

(91) Loc. cit.

pronuncian por la presunción del arbitrio de equidad por analogía con el artículo 1.690 del Código referente al contrato de sociedad, criterio sostenido también por DEGNI (92) para el Derecho italiano.

PLANIOL-RIPERT, tras de aceptar el criterio de la Jurisprudencia francesa, que considera cumplimiento de un mandato conferido por las partes, la actuación del tercero, estiman como una de las causas de impugnación, que el tercero se haya excedido de los límites de su misión, por extralimitación del mandato, opinión semejante a la sustentada por DE PAGE (93), quien entiende que, aun para los casos de error, dolo o abuso de mandato por el tercero, lo que se habrá violado son las reglas del mandato, causas que, de hecho, demuestran que el mandato no ha sido realizado.

Mas, precisamente, la cuestión estriba en discriminar cuáles sean los límites del mandato especialmente conferido al tercero para estos fines, o aun más concretamente, si existen esos límites y cuáles sean éstos, lo que equivale a determinar si el tercero obra *merum arbitrium* o a arbitrio de buen varón, y a concretar así las causas de posible impugnación.

Creemos que el tercero interviene *arbitrium boni viri* en todos los casos en que expresamente no hayan pactado las partes el sometimiento absoluto al mero arbitrio del tercero, y ello fundándonos, para nuestro Derecho, además de la tradición recogida en nuestra legislación de Partidas, en la razón de analogía con el artículo 1.690 del Código, ya que no existe razón para que los demás negocios sean de peor condición que el de sociedad, que expresamente lo establece. Hoy todos los negocios son de buena fe (94), en cuyo ámbito han de encontrar sus lógicos desarrollos, cualquiera que sea su modalidad.

En todo supuesto, el tercero ha de encontrar en ese principio de la buena fe un límite genérico a su actuación. Es más, aun en el supuesto de que las partes hayan convenido expresamente el sometimiento al mero arbitrio del tercero, ello no ha de interpretarse de modo tan absoluto que se entienda que no es posible la impugnación, pues creemos que hay casos específicos en que podrá ser lograda. Lo que ocurre es que la actuación del tercero a arbitrio de buen varón da posibilidades de impugnación más amplias que en el caso de someterse al mero arbitrio, sólo impugnables por causas específicas.

Lo que está confiado al tercero es, en todo supuesto, como SCIALOJA advierte (95) un acto de voluntad cuyo contenido es un juicio lógico que concurre a perfeccionar un negocio jurídico. Consecuencia de ello es

(92) Loc. cit.

(93) Loc. cit.

(94) Artículo 1.258. Cod. Civ. esp.

(95) Loc. cit.

que, en cuanto manifestación de voluntad, puede estar afectada de los vicios comunes a éstas, y en cuanto tiende a perfeccionar un contrato, los límites establecidos a la libertad de contratación son los límites en que el tercero debe moverse; teniendo en cuenta que el convenio de las partes, de dejar al arbitrio de un tercero la determinación de un elemento del negocio, supone hacerse substituir por el tercero en la determinación de sus elementos, no podrá el tercero sobrepasar los límites de la voluntad individual que lo designa y confiere el encargo, porque de ellas, precisamente, recibe tal facultad. Lo que a las partes no sería lícito hacer, no puede ser lícito al tercero que las substituye.

En consecuencia, cualquiera que sea la forma de arbitrio a que las partes se sometan, la decisión del tercero podrá ser impugnada por haber incurrido en dolo hacia una de las partes, violencia o error esencial (96); a ello agregan PLANIOL-RIPERT que cuando las partes hayan fijado expresamente en el convenio los límites en que el tercero debe actuar, su decisión es impugnabile si se excede de los límites de su misión, por extralimitación del mandato.

Los vicios son comunes tanto al *merum arbitrio* (porque vician la voluntad del tercero como habrían viciado la voluntad de las partes), como al *arbitrium boni viri*, con mayor razón en este caso en que la decisión del tercero debe ser conforme a la equidad.

Mas la diferencia entre una y otra clase de arbitrio está en que el arbitrio *merae voluntatis* sólo puede ser impugnado por esas específicas causas, mientras que el arbitrio de buen varón podrá ser impugnado, además, si hubiere faltado manifiestamente a la equidad.

Quizás el concepto de la equidad con que el tercero debe desenvolverse, esté aún latente en el viejo principio de la «acquitias» del período romano-helénico: «norma que no ha devenido *ius*, pero que la conciencia social exige que devenga» (97). Algo que es sentido socialmente, que no es norma positiva, pero que resulta herido ante un proceder en desacuerdo, o no correspondiente, con las circunstancias que lo determinan, ante la «iniquidad».

Traemos no en vano ese concepto, porque si tratamos de buscar el punto de discriminación entre la actuación equitativa e inicua del tercero, en orden a la determinación del contenido de un negocio, habrá que partir de algo positivo y real con referencia a lo cual el arbitrio del tercero deba conformarse. El pensamiento está latente en los juristas: GUILLOUARD, con referencia a la compraventa, opina que el tercero debe

(96) GUILLOUARD, I, n.º 107, sólo menciona el dolo.

(97) ALBERTARIO, *la crisis del metodo interpolacionistico*. En *Studi in onore di Pietro Bonfante*, Milano, 1930, pág. 642.

tener en cuenta para designar el precio, el «valor» del objeto en la época del contrato; TRABUCCHI, considera impugnabile el arbitrio en el caso de «excesiva» valoración, manifiestamente contraria a la equidad y, en general, la idea de la desproporción está implícitamente recogida, como ocurre cuando la prueba de la iniquidad es dejada a la comprobación del juicio de peritos, así POTHIER (98); o «segunt aluedrio de omes buenos», así las Partidas; o explícitamente expresada, como hacen ENNECCERUS-LEHMANN, al indicar que el arbitrio de equidad no será obligatorio para las partes cuando la decisión sea abiertamente injusta («o sea, cuya injusticia sea considerable y no ofrezca duda a los peritos aun sin culpa del tercero». La razón es obvia, puesto que el acto de voluntad que se encarga al tercero entraña un juicio lógico que necesita de una premisa real.

Sin embargo, si bien ese elemento real, con referencia al cual debe el tercero hacer su determinación, debe ser el «valor» de la cosa cuando se trate de la determinación del precio en la compraventa, la base objetiva y real puede ser mudable y por ello nos parece más flexible decir que la determinación debe ser hecha conforme a ciertas bases objetivas en que resulte fundado el arbitrio de equidad.

En primer término, en cuanto del juicio emitido por el tercero resulta la perfección de un negocio del que emanan consecuencias para las partes, debe ser un juicio de buena fe, lo que encuentra su apoyo en el precepto del artículo 1.258 del Código Civil, teniendo en cuenta la intención evidente de las partes (civ. 1.281).

En segundo término, deberá ser emitido el juicio del tercero guardando la debida proporción entre su decisión y los elementos de hecho que constituyen las circunstancias que rodean el negocio en la época de su constitución. La manifiesta desproporción entre el resultado y los elementos de hecho no puede ser la determinación de «un hombre medio en aquellas circunstancias», es decir, no puede ser el juicio de un «bonus vir».

Como resumen de cuanto llevamos dicho, puede concluirse:

a) Que la intervención del tercero en la determinación de un elemento del negocio puede tener lugar a arbitrio de buen varón o a su mero arbitrio, mas esta segunda forma de arbitrar, no condicionada, exige el pacto expreso de las partes. En la duda debe interpretarse que el tercero debió actuar según arbitrio de equidad.

b) Que en todo caso, en cuanto la decisión del tercero implica una manifestación de voluntad recepticia, es impugnabile de estar viciada por dolo, error o intimidación.

(98) Loc. cit., pág. 11.

c) Que el arbitrio de equidad puede ser impugnado cuando manifiestamente se haya faltado a ella. Así, cuando la determinación hecha por el tercero está en manifiesta desproporción con las circunstancias de hecho y la intención de las partes, que constituyen las bases objetivas en que debe estar fundado un juicio de buena fe, y

d) Cuando las partes hayan convenido expresamente someterse al mero arbitrio del tercero, no podrá ser impugnada la determinación, a no resultar probado que el tercero había actuado con dolo, error o intimidación.



\* \* \* \*

Por último una breve referencia a la cuestión relativa a quien corresponde pedir la impugnación, cuando proceda, y los efectos que produce.

En primer término, en cuanto admitimos que las partes convienen conferir mandato a un tercero para que haga la determinación del contenido de un negocio, es evidente, por las razones que atrás dejamos expuestas, que no podrá ser revocado por una sola de las partes, mas no hay obstáculo en que éstas, de común acuerdo, modifiquen o corrijan la decisión del tercero, puesto que el negocio primitivo puede modificarse conforme al número primero del artículo 1.203 del Código Civil.

GASCA, ha sostenido que, sometidas las partes a la decisión del tercero, aunque éste incurra en causa de impugnación, no puede ser lograda por una sola de las partes, que no pueden juzgar el error, porque no pueden discutir ni hacer substituir por su propio criterio, el del árbitro nombrado por mutuo acuerdo.

Contrariamente, ENNECCERUS-LEHMANN, creen que, aun en el supuesto de intimidación, engaño o error, la facultad de impugnar corresponde a la parte cuya voluntad vendría de esta manera completada, produciéndole un daño. Y DE PAGE, partiendo de que el mandato es común de las partes, éstas, o cualquiera de ellas, podrá deducir las consecuencias que les conciernan, puesto que, de hecho, habrán sido violadas las reglas del mandato.

En nuestra opinión, el criterio que debe acogerse está en razón directa de la consideración del efecto que produce la impugnación del acto del tercero, que no es otro que dejar incompleto el negocio por falta de determinación de un elemento, ya que la decisión judicial que dé lugar a la impugnación, no puede ir más lejos que a declarar que el acto de



voluntad del tercero está afectado de un vicio que lo invalida, o es inícuo, sin poder corregirlo ni substituirlo por otro, ya que esta facultad está reservada a las partes obrando de común acuerdo.

Consecuentemente, no hay porqué negar a las partes la facultad de impugnación, puesto que, en lugar de «substituir», como dice GASCA, el criterio del tercero por el suyo, en orden a la determinación del elemento del negocio a que afecta, lo que habrá conseguido, de probar el vicio o la iniquidad, es dejarlo ineficaz por falta de ese elemento, a no ser que las partes convengan designar a otra persona o hagan la determinación por sí mismas, mediante nuevo convenio, lo que supone la realización de un negocio nuevo.

Quede aquí, por ahora, apuntado el tema que es susceptible de más amplio desenvolvimiento.