

LA JURISDICCION ARBITRAL EN LA CONSTITUCION DE CADIZ

ANTONIO MERCHAN ALVAREZ
Universidad de Sevilla

I. El arbitraje es una institución en virtud de la cual dos o más sujetos contendientes (*partes comprometentes*) nombran a una o varias personas (jueces elegidos por las partes o *árbitros* en un sentido muy amplio), por medio de una declaración de voluntad que reúne determinadas formalidades (acto de constitución del arbitraje o *compromiso*) para que decidan las controversias que entre ellos existen (*objeto del arbitraje*), obligándose al mismo tiempo a cumplir lo que se haya decidido por aquellos (*sentencia arbitral*), como si se tratara de una decisión judicial.

La Constitución de Cádiz en el *título V. De los tribunales y de la administración de justicia en lo civil y lo criminal. Capítulo II. De la administración de justicia en lo civil*, incluye dos artículos en los que se proclama constitucionalmente el Derecho al arbitraje y cuyos contenidos literales son:

Art. 280: «No se podrá privar a ningún español del Derecho de terminar sus diferencias por medio de jueces arbitros, elegidos por las partes».

Art. 281: «La sentencia que dieren los árbitros, se ejecutará, si las partes al hacer el compromiso no se hubieren reservado el derecho de apelar»¹.

II. Ninguno de los estudios realizados hasta hoy sobre la Constitución de Cádiz, tanto de conjunto, como en sus diferentes aspectos —y particularmente los referidos al poder judicial— ha reparado en esta proclamación constitucional del arbitraje². Una atención más o menos incidental se encuentra en nuestro

1. *Constitución de 1812*, edición a cargo de R. GOROFANO, Cádiz 1987.

2. El ejemplo más elocuente, en lo que a trabajos de conjunto se refiere, lo encontramos en M. MARTINEZ SOSPEDRA, *La Constitución de 1812 y el primer liberalismo español*, Valencia, 1978, tal vez la obra en la que más globalmente se estudia la Constitución gaditana; aquí, cada vez que se trata de la administración de justicia, los tribunales y procedimiento se elude el tema del arbitraje: véanse las págs. 176; 260 y ss.; 345. Por lo que afecta a trabajos más concretos podemos citar el de A. CARRETERO PEREZ, *La Administración de justicia desde 1808 a 1833*, en *Revista de Derecho judicial*, n.º 21, Madrid, 1965, en págs. 163 y ss. estudia la administración de justicia en la Constitución de 1812 sin que tampoco aluda para nada a la jurisdicción arbitral. Lo mismo podemos decir de los estudiosos de los catálogos de derechos fundamentales incluidos en las Constituciones: A. PEREZ LUÑO, *Los Derechos fundamentales*

libro sobre el arbitraje, con el que hemos pretendido identificar los dogmas jurídicos de esta institución, tomando como base una larga dimensión histórica³. Después de esta experiencia científica siempre, nos quedó el prurito de volver sobre el tema teniendo como punto de referencia la insólita proclamación constitucional del arbitraje de nuestra ley fundamental gaditana. El frustrado Congreso histórico, que debería conmemorar el 175 aniversario de la Constitución de 1812, representaba para mí una coyuntura inmejorable para replantearme este asunto, con tan buena oportunidad que el eslogan del mismo podría servirnos de punto de partida, y así formularnos hasta qué punto el arbitraje fue «una ilusión constitucional».

III. El Discurso Preliminar de la Constitución de Cádiz motiva la regulación constitucional de la institución del arbitraje con argumentos filosóficos —«el incontrastable principio de la libertad natural»; tradicionalistas— su persistencia histórica desde la monarquía goda; —técnico-jurídicos— el alto respeto de que goza la institución arbitral, por el espíritu de liberalidad y concordia que la inspira⁴.

Ni en las actas de la Comisión de Constitución ni en las del Diario de Sesiones de las Cortes encontramos pronunciamiento alguno sobre los modelos for-

en la Constitución de Cádiz de 1812, en *Anuario de Derechos humanos*, n.º 2, Madrid, 1983, págs. 349-365, quien por otro lado en la pág. 361 nos dice, hablando de la formulación de los derechos fundamentales: «La Constitución de Cádiz recoge así, a un tiempo, la formulación abierta de determinados derechos y junto a ellos el reconocimiento por vía indirecta, de otros igualmente importantes tipificados como instrumentos de defensa (los denominados *abwehrrechte* por la doctrina germana) de los particulares frente a posibles abusos de quienes detentan el poder». ¿Nos encontraremos, por tanto, en el art. 280 ante una formulación estilo *abwehrrecht*? No cabe duda de que del art. 280 se induce un derecho de los particulares a ejercer una jurisdicción civil, la arbitral, que no es la jurisdicción ordinaria y de la cual «no se podrá privar a ningún español». La historiografía buscadora de influencias no ha hecho uso, salvo una excepción, de estos artículos sobre el arbitraje para seguir pistas propias o extrañas: D. SEVILLA ANDRES, *La Constitución española de 1812 y la francesa de 1791*, en *Saitibi*, 1949, vol. VII, n.ºs 34-35, Valencia 1949, págs. 291 y ss.; H. JURETSCHKE, *Los supuestos históricos e ideológicos de las Cortes de Cádiz*, en *Nuestro Tiempo*, 1955, n.º 18, págs. 17 y ss.; F. SUAREZ VERDAGUER, *Sobre las raíces de las reformas de las Cortes de Cádiz*, en *Revista de Estudios Políticos*, n.º 126, Madrid, 1962, págs. 31-68; M. FERNANDEZ ALMAGRO, *Orígenes del régimen constitucional en España*, (Madrid, 1925, 1.ª edic.), reedic. de 1971; *Del Antiguo régimen a las Cortes de Cádiz*, en *Revista de Estudios Políticos*, 26, Madrid, 1962, págs. 9-30; I. SANCHEZ BELLA, *La polémica sobre las fuentes de la Constitución española de 1812*, en *IV Congreso Internacional de Historia de América*, Buenos Aires, 1964, págs. 673-688; M.ª E. MARTINEZ QUINTERO, *En torno al primer constitucionalismo hispano. Estado de la cuestión*, en *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, 1982, págs. 227-241. Tan sólo W. M. DIEM, *Las Fuentes de la Constitución de Cádiz*, en *Estudios sobre las Cortes de Cádiz*, Pamplona, 1967, págs. 351-485, trata muy incidentalmente del arbitraje cuando al cotejar los artículos que él considera copiados de la Constitución francesa de 1793 cita los que tratan del arbitraje en la Constitución de Cádiz.

3. A. MERCHAN ALVAREZ, *El arbitraje. Estudio histórico-jurídico*, Sevilla 1981, 356 págs.

4. AGUSTIN DE ARGUELLES, *Discurso Preliminar a la Constitución de 1812*, Introducción de L. SANCHEZ AGESTA, Madrid, 1981, pág. 108.

males que se utilizaron para la redacción de esos dos artículos. En las de la Comisión de Constitución el asunto aparece tratado en la sesión de 20 de septiembre de 1811, y no hay ninguna referencia a deliberación o debate sobre los artículos dedicados al arbitraje, cuya numeración es 276 y 277; tan sólo se dice que se acordaron sin más⁵. En las Actas del Diario de Sesiones los artículos sobre el arbitraje aparecen con la numeración 278 y 279, y los debates que a cada uno de ellos se dedican apenas ocupan una página, sobre todo si se tiene en cuenta que el que se entabla tras la lectura del primer artículo no tiene nada que ver con el tema, como el mismo diputado Sr. Lujan afirma al principio de su intervención. Ambos artículos, propuestos por la Comisión de Constitución, fueron aprobados por las Cortes sin ninguna modificación⁶.

A falta de la declaración expresa sobre el modelo formal lo lógico y usual es recurrir a los modelos constitucionales franceses que le preceden. Cuatro constituciones francesas anteriores a la de Cádiz regulan el arbitraje, concretamente las promulgadas en el siglo XVIII (1791; 1793; 1795; y 1799); en tanto que excluyen su regulación las de 1802 y 1804.

En la Constitución francesa de 1791 se proclama en un sólo artículo el derecho de los ciudadanos a terminar sus litigios por la vía del arbitraje, al tiempo que se establece una cláusula de defensa de este derecho, proclamándose asimismo, por tanto, el que dicho derecho no pueda ser objeto de afección por los actos del poder legislativo⁷. El arbitraje, en consecuencia, según este artículo, es una clara y pura manifestación del poder judicial, por eso se le defiende constitucionalmente del poder legislativo. Pero además se trata de una instancia judicial que se agota en sí misma, de ahí que se trate de un derecho de los ciudadanos a terminar *definitivamente* sus litigios, sin que se aluda para nada a la posibilidad de la apelación o cualquier otro recurso.

Las regulaciones del arbitraje en las constituciones de 1793 y 1795 son factibles de presentarse unificadas, pues salvo pequeñas variantes son prácticamente similares. En ambas hay dos artículos dedicados al arbitraje: uno, que proclama el derecho; otro que se pronuncia sobre el valor de la sentencia arbitral y la consiguiente posibilidad de impugnarla. Tanto una como otra regulación aparecen integradas bajo el epígrafe reservado a la justicia civil, *De la justice civile*, si bien la del 95 lo hace a su vez dentro del título VIII de la Constitución dedicado al *Pouvoir Judiciaire*. Pero las mayores diferencias —desde luego no sustanciales— se aprecian en la regulación del valor de la sentencia arbitral y de la posibilidad de impugnarla: en la Constitución del 93 se declara que la sentencia de los árbitros es definitiva si los ciudadanos no se han reser-

5. M.^a CRISTINA DIZ-LOIS, *Actas de la Comisión de Constitución (1811-1813)*, Madrid, 1976, págs. 186-187.

6. *Diario de las Cortes Generales y Extraordinarias*, tomo III, Madrid 1870, págs. 2378-2379.

7. *Constitución francesa de 1791*, art. 5. (Chapitre V: *Du poivoire judiciaire*): «Le droit des citoyens, de terminer definitivement leurs contestations par la voie de l'arbitrage, ne peut recevoir aucune atteinte par les actes du Povoir legislatif». Edic. JACQUE GODECHOT, *Les constitutions de la France depuis 1789*, Paris 1970, pág. 59.

vado el derecho de reclamar, *droit du reclamer*; en tanto que en la del 95 se establece que no procederá apelación ni recurso de casación contra la sentencia de los árbitros si las partes no se los han reservado expresamente⁸.

En la Constitución de 1799 no se trata propiamente de la regulación del arbitraje sino que solamente se alude al mismo en el artículo dedicado a los jueces de paz; aquí, se establece que la principal función de los mismos es conciliar a las partes que litigan y, en el supuesto de que no sea posible la conciliación, invitarles a que resuelvan sus litigios mediante el juicio de árbitros⁹.

Lo más interesante de todo esto es destacar como el primer constitucionalismo francés, y sobre todo, el más revolucionario, democrático y utópico, se interesó y preocupó por el arbitraje hasta el punto de considerarlo una forma jurisdiccional y en consecuencia una manifestación más del poder judicial que se contraponía al poder legislativo, el cual no lo puede agraviar con sus actos¹⁰.

La Constitución de Cádiz se hizo receptora de estos principios al adoptar las fórmulas constitucionales sobre el arbitraje incluidas en las constituciones francesas del 93 y del 95, como ha puesto de manifiesto W.M. Diem¹¹. Pero esto no significa pura y simplemente la adopción o mera copia de principios extraños a nuestra tradición jurídica; a nuestro entender, a los constituyentes gaditanos no les debió de repugnar la adopción de unas formas y técnicas extranjeras en las que perfectamente se podía incrustar la sustancia de una larga tradición: la del juicio arbitral.

IV. Porque la institución del arbitraje tiene una larga tradición en el Derecho histórico español. De ello se hace eco —como ya hemos visto— don Agustín Arguelles en el *Discurso Preliminar a la Constitución de 1812* al situar su origen en el tiempo de la monarquía goda¹², lo cual fue corroborado y, en cierta medida superado, por nuestra investigación sobre el arbitraje, que detectó normas arbitrales en disposiciones bajoimperiales teodosianas y posteriores

8. *Constitución francesa de 1793. De la Justice civile. Art. 85*: Il ne peut être porté aucune atteinte au droit qu'ont les citoyens de faire prononcer sur les différends par des arbitres de leur choix. *Art. 87*: La décision de ces arbitres est définitive, si les citoyens ne sont pas réservé le droit de reclamer. *Constitución francesa de 1795. Título VIII: Pouvoir judiciaire. De la Justice civile. Art. 210*: Il ne peut être porté atteinte au droit de faire prononcer sur le différends para des arbitres du choix des parties. *Art. 211*: La decisión de ces arbitres est sans appel, et sans recours en cassations, si les parties ne l'ont expresément réservé. Edic. *Ibidem*, págs. 89, 124-125.

9. *Constitución francesa de 1799: Titre V: Des Tribunaux. Art. 60*: Chaque arrondissement communal a un ou plusieurs juge de paix, élus immédiatement par les citoyens pour trois années. Leur principal fonction consiste á concilier les parties, qu'ils invitent, dans le cas de non conciliation, á se faire juger par des arbitres.

10. Véase *supra* nota n.º 7.

11. W.M. DIEM, *Las fuentes de la Constitución de Cádiz*, cit. págs. 401-402. Este autor afirma que se trata de artículos copiados de la Constitución de 1793; a nuestro modo de ver da la impresión de que se tuvieron delante tanto el modelo de la Constitución del 93 como del 95.

12. Ver *supra* nota n.º 4.

incluidas luego en el Breviario de Alarico¹³. Recientemente, nuestra investigación, se ha corregido y aumentado en lo que a remotez se refiere, con el descubrimiento en tierras aragonesas del Bronce de Botorríta o Contrebia, que documenta un litigio entre dos pueblos primitivos resuelto mediante el arbitraje de un tercero en el año 87 a. de C.¹⁴.

Esta vetusta institución tiene en el Derecho troncal hispánico, es decir, el Derecho castellano leonés, un hilo conductor que cristaliza sucesivamente: en los libros jurídicos más representativos del Derecho local altomedieval (Soria, Sepúlveda, Salamanca, Ledesma, Zamora, Fuero Juzgo, Fuero Real, etc...), donde encontramos una regulación muy heterogénea, parva y a veces llamativamente silenciosa¹⁵; en algunos cuerpos del Derecho comarcal, como el Fuero Viejo de Castilla donde resalta la relativa extensión reguladora y ciertos detalles de tecnicismo jurídico; en los proyectos del Derecho territorial, como es el caso del Espéculo, cuya regulación resulta interesante por lo que tiene de conservación de lo tradicional local, tanto en aspectos técnicos como terminológicos. El gran código del Derecho territorial, Las Partidas, nos presentan una extensa regulación de la institución en la que se produce una síntesis, entre el sistema tradicional y las novedades de la recepción del Derecho Común. En la Edad Moderna el cuadro institucional diseñado por las Partidas se somete a importantes modificaciones, hasta el punto de que a partir de ellas se puede hablar de una desvirtuación del sistema. Las modificaciones más importantes hacen referencia a los aspectos vitales de la institución como son el valor de la sentencia arbitral y la posibilidad de recurrirla en apelación, los cuales se encuentran regulados en un conjunto de disposiciones que refundidamente se conocen con el nombre de Ley de Madrid¹⁶. Sobre estos puntos, verdaderamente neurálgicos, en el diseño de la institución se va a pronunciar la Constitución de 1812.

V. Dice don Agustín Argüelles en el *Discurso Preliminar* que es «El espíritu de concordia y liberalidad (el) que hace tan respetable la institución de los jueces árbitros»¹⁷. Se trata de una argumentación mediante la que conecta con uno de los fundamentos funcionales de la institución: el intento de alcanzar una

13. A. MERCHAN ALVAREZ, *El arbitraje*, cit., pág. 19 y sig.

14. A. D'ORS, *Las fórmulas procesales del Bronce de Contrebia*, en *Anuario de Historia del Derecho Español*, 50, Madrid 1980, págs. 1 y ss.; J.L. MURGA GENER, *El Iudicium cum addicione del Bronce de Contrebia*, en *Cuadernos de Historia de Jerónimo Zurita*, n.ºs 43-44, Zaragoza, 1982, págs. 7-93; *La addictio del Gobernador en los litigios provinciales*, en *Revue Internationale des Droits de L'Antiquité*, 3.ª serie tomo XXX, Bruxelles 1983, págs. 151-183.

15. A. MERCHAN ALVAREZ, *La Alcaldía de avenencia como forma de justicia municipal en el Derecho de León y Castilla*, en *Estudios en Homenaje a Don Claudio Sánchez Albornoz en sus 90 años*, III, Buenos Aires 1985, págs. 263-391, especialmente 265 y 290.

16. *Ordenanzas dadas por don Fernando y doña Isabel en Madrid en 1502, cap. 45 y las dictadas por don Carlos y doña Juana en las Cortes de Toledo de 1529*; = *Nueva Recopilación*, IV, 21, 4; = *Novísima Recopilación* XI, 17, 4.

17. AGUSTÍN DE ARGUELLES, *Discurso Preliminar*, cit., pág. 108.

solución de las controversias jurídicas más pacífica y amigable que en el proceso oficial. Porque el arbitraje es una solución para la contención, pero que, por el hecho de intervenir un juez elegido por las partes, produce un cierto mecanismo de conciliación entre los contendientes que no existe cuando estos se enfrentan en un proceso normal; pues parece como si se presumiera que la celebración del proceso normal es una solución con subsiguiente enemistad para las partes, a diferencia del arbitraje que es la solución de las controversias que lleva aparejada paz y concordia entre los contendientes. De ahí que las Partidas definan la *avenencia* —terminología castellana para denominar el arbitraje— como «cosa que los omes deben mucho cobdiciar entre sí, e mayor mente aquellos que han pleyto, o contienda sobre alguna razón en que cuidan aver derecho (III,4,26); y por eso según la Ley de Madrid «acaesce, que las partes por bien de paz e concordia... acuerdan poner y comprometen los tales pleytos y contiendas en manos de jueces arbitros...».

Pero hay otra función fundamental que también cumple el arbitraje, cual es sustituir el proceso oficial por otro privado a fin de eludir determinados defectos técnicos propios del proceso oficial, como son: el exceso de gastos, la lentitud en la producción de los momentos procesales, el gran número de formalidades o la inconveniencia técnica de los que juzgan. Se trata de una función que se encuentra explicitada desde los documentos más antiguos que se conocen de nuestro Derecho histórico, como por ejemplo uno de 1.º de febrero de 1302, datado en Puebla de Salas, en el que se materializa una sentencia arbitral dictada sobre un pleito en un estado procesal muy avanzado, pues se encontraba pendiente de sentencia, pero que a pesar de ello la partes decidieron someter a arbitraje, «...para esquitar costas, e dapmnos, e perdidas, e males que se siguen e suelen seguir de los plietos...»¹⁸. Hasta tal punto serían frecuentes estos inconvenientes que las leyes de la Edad Moderna no tienen inconveniente en reconocerlos y así la Ley de Madrid en su exposición de motivos dice que las partes suelen acordar celebrar el arbitraje: «por evitar costas y pleytos y contiendas». Verdaderamente ejemplificadoras en este sentido, son las Ordenanzas de Bilbao de 1737 que motivan el arbitraje «forzoso» entre los socios de la compañía mercantil con el argumento de evitar «pleytos largos y costosos, capaces de arruinar a todos como la experiencia ha mostrado...»¹⁹.

VI. En la institución del arbitraje se aprecian simultáneamente dos tipos de caracteres diversos: unos propios del derecho privado, derivados de su origen contractual (pues como sabemos el arbitraje surge como consecuencia de un acuerdo de voluntades); y otros propios del derecho procesal, provenientes de la existencia de una controversia, de la resolución de la misma por un tercero imparcial, del procedimiento y efectos de la resolución, que recuerdan a los efectos jurisdiccionales. ¿Cuáles de esas características son las predominantes? ¿Los jurídico-privados y entonces lógico será pensar que nos encontramos

18. A. MERCHAN ALVAREZ, *El arbitraje*, cit., pág. 304.

19. A. MERCHAN ALVAREZ, *El arbitraje*, cit., pág. 145.

ante una institución del derecho de obligaciones? ¿Los procesales y entonces nos hallamos fundamentalmente ante una figura jurisdiccional? o ¿Existe un equilibrio entre ambas características?

Después de nuestra investigación, con pretensiones globalizadoras realizada sobre la institución, estamos en condiciones de afirmar que los caracteres predominantes en el arbitraje histórico hispánico son los jurisdiccionales.

Ciertamente en el derecho visigodo del *Liber* se inicia una tradición judicialista del arbitraje que llega hasta la Constitución de 1812. Para el *Liber Iudiciorum* han recibido potestad para juzgar, *los iudicium ex consensu partium*, y por ello deben tener el nombre, los derechos y las responsabilidades de los otros jueces; y además su sentencia es ejecutiva como la de los otros jueces. Se trata de una tradición que se recogió sin modificaciones en el Fuero Juzgo²⁰.

En el derecho municipal, si bien difuminadamente, se refleja este predominio, que venimos defendiendo, de los caracteres judiciales sobre los obligacionales. Por eso si la institución posee una denominación propia, presenta cierta connotación judicial, *Del alcaldía de abenencia, De avenencia d'alcaldes*; para referirse a los árbitros usa términos que son propios de los sujetos que desempeñan una función judicial, *alcaldes abenidores, iuyz entre mi e ti, alcaldes de conveniencia*, etc...; la sentencia tiene fuerza ejecutiva y caracter de cosa juzgada; y si el fuero municipal tiene la más mínima sistemática el parágrafo referente a los árbitros está incluido en la sede de los protagonistas de la función judicial²¹.

Este último detalle, que tiene como fundamento la sistemática del legislador, salta a la vista con gran facilidad en los cuerpos normativos que tienden a la superación del localismo jurídico, como el Fuero Real, en el que las normas sobre el arbitraje se ubican en el libro I, título VII, *Del officio de los alcaldes* y en el libro II, dedicado al procedimiento en general; o en los cuerpos normativos declaradamente territoriales, como el Espéculo, que regula la institución en el libro IV, título II, *De los alcaldes*, y en el libro V, sobre el procedimiento. Igual podemos decir de las Partidas, donde el meollo de la regulación se encuentra en la Partida III, título IV, *De los jueces e de las cosas que deven fazer guardar*.

Pero además de estos cuerpos normativos se deduce una considerable equiparación entre la figura del árbitro y la figura del juez, es decir, que podemos afirmar que los árbitros, en líneas generales, se tienen en la mente del legislador como unos jueces más. Así en el Fuero Real sólo tienen capacidad para juzgar los alcaldes indiferentemente de que hayan sido puestos por el rey o por avenencia de las partes²². En el Espéculo y las Partidas junto a los jueces pue-

20. *Liber Iudiciorum* II,1,27 (= *Fuero Juzgo*, II,1,1); *Liber Iudiciorum*, II,1,18 (= *Fuero Juzgo*, II,1,16). Cfr. A. MERCHAN, *El arbitraje*, cit., pág. 39.

21. A. MERCHAN ALVAREZ, *El arbitraje*, cit., págs. 39-40.

22. *Fuero Real*, I,7,2: «Que home ninguno non sea osado de juzgar: salvo aquel que tuviere officio de Alcalde... Ningun home sea osado de juzgar pleytos, si no fuese alcalde puesto por el Rey, o a placer de amas las partes, que lo tomen por avenencia, para juzgar algun pleyto...».

tos por el rey (de los que se realiza una larga enumeración) hay otros que son puestos por las partes²³.

Por eso cuando el Maestro Jacobo en su Doctrinal nos habla «De los jueces ordinarios et quantas maneras son de judgadores» afirma «que son tres maneras dellos. La primera es de los ordinarios. Et la segunda de los delegados. E la terçera de los arbitros...» (I,2,único); y esta «terçera manera de judgadores... son los arbitros a que dicen en latin (debe decir: romance) juez de abenencias...» (I,4,1).

VII. De la Constitución de 1812, a tenor de sus artículos 280 y 281, podemos inducir la siguiente definición de la institución del *arbitraje*: un *derecho*, reconocido constitucionalmente, del cual *no se puede privar a ningún español*, en virtud del cual es posible dirimir o *terminar*, los litigios o *diferencias*, por medio de *jueces árbítrros*, *elegidos por ambas partes* contendientes, que se formaliza en un *compromiso*, cuyo objetivo es provocar la solución de las diferencias mediante una *sentencia dada por los árbítrros*; y que será definitiva o *se ejecutará si las partes* al hacer el compromiso *no se hubieren reservado el derecho de apelar*.

En la Constitución de Cádiz nos encontramos, por tanto, con un diseño de la institución del arbitraje bastante conseguido, desde el punto de vista técnico-jurídico, en función de sus aspectos dogmáticos fundamentales. *Los elementos subjetivos: las partes litigantes* que pueden ser cualesquiera españoles; el elemento juzgador, o *jueces árbítrros*, elegidos por ambas partes, *El elemento objetivo o diferencias* o asuntos litigiosos que se quieren someter a arbitraje. *El elemento formal o compromiso*, es decir el acto jurídico en virtud del cual las partes litigantes eligen a un tercero, el juez árbitro, para que decida sobre la cuestión controvertida existente entre ellas; y la *sentencia* o acto resolutorio que adoptan los árbítrros acerca del objeto del arbitraje a ellos sometido, el cual resulta más o menos definitivo en función de la actitud que se haya adoptado en el compromiso sobre el derecho de apelar la sentencia arbitral.

23. *Espéculo*, IV,2, Pr.: «...Aun y a otros alcalles a que llaman de avenencia. E estos pueden ser puestos con plazer de amas las partes...»; *Partidas*, III,4,1: «...E sin todos aquestos (los que son puestos por el Rey), y ha aun otros (jueces), que son llamados en latin árbítrros; que muestra tanto como judgadores de alvedrio, que son escogidos, para librar algun pleyto señalado con otorgamiento de ambas partes...»; *Partidas*, III,4,2: «...(ha citado los jueces puestos por el rey)... Mas los otros jueces de alvedrio non pueden ser puestos, si non por avenencias de ambas las partes, así como suso es dicho». Como apoyo a nuestra tesis favorable al predominio de una tradición judicialista en la naturaleza del arbitraje, pueden servirnos las conclusiones de J.M. PEREZ-PRENDES, *Facer justicia. Notas sobre la actuación gubernativa medieval*, en *Moneda y Crédito*, 129, Madrid 1974, págs. 31-33 y 50-58, de las que se deduce que los jueces puestos por las partes o «alcaldes que llaman de avenencia», «fazen justicia judgando», es decir desempeñan una auténtica función jurisdiccional desde el punto de vista material.

VIII. La Constitución de 1812 se pronuncia de forma más o menos implícita sobre aspectos de la institución que presentan interés para su configuración: de un lado, el objeto o asuntos que se pueden someter a arbitraje; y de otro, la naturaleza jurídica de la institución.

Por lo que se refiere al objeto, a tenor de la sistemática que se sigue en la Ley fundamental para ubicar la institución —inclusión en el título V. Capítulo II. De la administración de justicia en lo civil, y no en el Capítulo III. De la administración de justicia en lo criminal— hay que entender, de modo general y programático, que el arbitraje es una institución pensada para las causas civiles y no para las criminales. Ahora bien, el hecho de que el oficio de conciliador desempeñado por el alcalde del pueblo —institución que se regula en los artículos situados inmediatamente después de la regulación del arbitraje (arts. 282 y ss.)—²⁴ pueda ejercerse sobre demandas instadas por negocios civiles o por injurias, nos hace pensar sobre la posibilidad de que estos delitos también entraran dentro de los límites objetivos de esas *diferencias* que se pueden terminar por medio de jueces árbitros. De ser así se contemplaría una tradición de nuestro derecho histórico, en virtud de la cual las causas criminales que no dan lugar a penas que satisfacen la *vindicta pública*, como los delitos de injurias o las calumnias y en general los delitos que merecen penas pecuniarias, pueden ser sometidos a arbitraje²⁵. En cualquier caso lo que si está claro es que la Constitución no establece ningún límite cuantitativo a las diferencias objeto de arbitraje.

Sobre la naturaleza jurídica de la institución del arbitraje también podemos inducir conclusiones de interés. A nuestro entender nos encontramos ante un supuesto de reproducción de la naturaleza judicialista del arbitraje. Al igual que sucede en el derecho tradicional, al que hemos tenido acceso, la institución del arbitraje en la Constitución de 1812, se enmarca en la sede normativa propia de los jueces y de la administración de justicia: concretamente, en el título V. *De los tribunales y de la administración de justicia en lo civil y criminal*. Pero además el lenguaje que se utiliza en la Constitución de Cádiz es claramente judicialista: el elemento dirimente se denomina *jueces árbitros*; la solución a la controversia, *sentencia*; y la reclamación sobre la misma, *derecho de apelar*.

IX. Dos aspectos de la institución presentan una especial trascendencia a la hora de valorar su funcionalidad: los que hacen referencia al valor de la sentencia arbitral y consiguientemente al derecho a impugnarla. En estos asuntos la regulación constitucional tuvo una notable incidencia sobre el sistema anterior vigente y la literatura jurídica comentó con cierto detenimiento y polémica los pormenores de la misma. Para llegar a comprender el verdadero significado

24. Véase J. MONTERO AROCA, *Bosquejo histórico de la conciliación hasta la Ley de Enjuiciamiento civil de 1855*, en *Revista de Derecho Procesal Iberoamericano*, Madrid 1971, n.º 4, págs. 869-74 estudia las Cortes de Cádiz y la conciliación, con especial referencia a la regulación constitucional.

25. A. MERCHAN ALVAREZ, *El arbitraje*, cit., pág. 134.

de la repercusión de la Constitución de Cádiz en estos puntos, veamos en primer lugar cuál era la situación antes de su promulgación y a continuación los detalles concretos de los efectos de su vigencia en estos campos.

Las ordenanzas de Madrid de 1502 y ciertas disposiciones de las Cortes de Toledo de 1529, conocidas unas y otras como *Ley de Madrid*, e incluidas en la Nueva Recopilación IV,21,4, y Novísima Recopilación, XI,17,4, establecieron un nuevo sistema en lo que se refiere al valor de la sentencia arbitral, de gran trascendencia en el cuadro general de la institución, representado fundamentalmente hasta entonces por el sistema normativo de la Partidas. A partir de la Ley de Madrid las sentencias dictadas por los *jueces de avenencias*, tanto árbitros como arbitradores, por el mero hecho de ser dictadas causaban ejecutoria, es decir, las sentencias dictadas por los jueces de avenencia pasaban a tener fuerza ejecutiva, independientemente de que fueren dictadas por árbitros de derecho o amigables componedores, y lo mismo ocurría si se pactó pena liberatoria en el compromiso como si no se pactó²⁶. Con ello se producía una revalorización de la sentencia de los jueces de avenencia (árbitros y arbitradores) que tenía como motivación legal evitar que los procedimientos arbitrales perdieran su funcionalidad mediante los recursos a los que podían ser sometidos las sentencias arbitrales, como eran el de nulidad, el de reducción a albedrío de buen varón (exclusivamente diseñado para las sentencias de los arbitradores), y sobre todo un nuevo recurso, hasta entonces inexistente a nivel legal —que luego trataremos—, y que precisamente alcanza naturaleza legal por virtud de esta Ley de Madrid: el recurso de apelación²⁷.

Para la ejecución de la sentencia la Ley de Madrid establecía unos requisitos que eran simplemente los siguientes: la presentación de la carta de compromiso y de la sentencia arbitral otorgada ante el escribano público; la verificación por el juez ejecutor de que la sentencia se dió dentro del plazo establecido en el compromiso sobre el objeto en él determinado; y la satisfacción por la parte que insta la ejecución de las fianzas pertinentes para el caso de que sea recurrida la sentencia y esta se revocare²⁸.

26. *Ley de Madrid*: «Porque acaesce que las partes... acuerdan de poner y comprometer los tales pleytos y contiendas en manos de jueces arbitros iuris... o de jueces amigos, arbitros arbitradores, y prometen de estar por la sentencia que dieren, y de no reclamar della so cierta pena; y los jueces arbitros, y jueces arbitradores, usando la facultad que les fue dada, dentro del término que les fue dado, y sobre aquellas cosas sobre que fue comprometido, dan sentencia, ...mandamos, que luego que la tal sentencia arbitraria fuese dada de que la parte pidiere execución, se ejecute libremente...».

27. *Ley de Madrid*: «...los jueces arbitros y jueces arbitradores, usando de la facultad que les fue dada, dentro del término que les fue dado, y sobre aquellas cosas sobre que fue comprometido, dan sentencia, de la qual una de las partes acaesce que reclama y pide della reducción a albedrío de buen varón, o hacen contra ella nulidad o por otro remedio; así que, comienza el pleyto de nuevo, y se alarga y dilata mas que si prosiguiera por tela de juicio...».

28. *Ley de Madrid*: «...mandamos, que luego que tal sentencia arbitraria fuese dada de que la parte pidiere execución, se ejecute libremente, pareciendo y presentandose el compromiso y sentencia signada del Escribano público, y pareciendo que fue dada dentro del término del compromiso, y sobre las cosas que fue comprometido; y que la parte sea satisfecha de

Para algunos autores la fuerza ejecutiva concedida por la Ley de Madrid a las sentencias arbitrales no consentidas ni pasadas en autoridad de cosa juzgada, constituyó un privilegio inmotivado, pues según una buena lógica jurídica sólo las sentencias consentidas o ejecutoriadas deberían gozar de tal virtud. Además tampoco se considera razonable que fuera ejecutiva la sentencia arbitral sometida a recurso y no la sentencia de un juez de primera instancia sujeta a la misma situación de revisión²⁹.

El arbitraje, como ya hemos señalado, es una institución que tiene como función fundamental propiciar la economía procesal. Por eso lógicamente debe basarse en unos principios que restrinjan lo más posible los actos que signifiquen un alargamiento del proceso y que vayan en perjuicio de la rápida consecución de la sentencia definitiva. Esto explica que en su regulación, desde el punto de vista diacrónico, predominen planteamientos que rechacen las revisiones de las sentencias arbitrales o segundas instancias, es decir, la concesión a la parte que no esté de acuerdo con la sentencia de una nueva oportunidad de someter al objeto del arbitraje a otro tribunal.

Esta coherente regla general de la inapelabilidad de la sentencia arbitral se proclamó en las Partidas, confirmándose por la excepción del recurso de albedrio de buen varón contra las sentencias de los arbitradores³⁰.

La Ley de Madrid significó una importante modificación en orden a la impugnabilidad de la sentencia arbitral, pues a partir de entonces se derogó el principio general de la inapelabilidad dispuesto en las Partidas y se estableció como regla general la apelabilidad de la sentencia de los jueces de avenencia, independientemente de que fueran arbitros o arbitradores. En breves palabras se invirtió el principio general.

Esta inversión y en consecuencia proclamación legal del principio general de la posibilidad de apelación de la sentencia arbitral parece responder a una práctica *contra legem*. Existen muchos detalles en este sentido: múltiples documentos anteriores a la Ley de Madrid contienen la estipulación de no apelar bajo pena, lo cual hubiere sido innecesario de ser eficaz la ley de Partidas III,4,35 que prohibía la apelación; las mismas Partidas en dicha Ley se hacen eco de esta práctica: «Despaganse a las vegadas algunas de las partes del juyzio que dan los jugadores de avenencia contra ellas, e alçanse cuydando que lo

aquello, sobre que fue sentenciado en su favor, haciendo obligación, y dando fianzas llanas y abonadas ante el juez o jueces, ante quien se pidiere, o hobiere de executar la sentencia, de tornar y restituir lo que hobiere rescibido por virtud de la tal sentencia, con los frutos y rentas, según que fuere condenado, si la tal sentencia fuere revocada...».

29. Véase SAINZ DE ANDINO, *Arbitraje*, en *Enciclopedia española de Derecho y Administración*, t. III, Madrid, 1850, pág. 450.

30. Cfr. A. MERCHAN ALVAREZ, *El arbitraje*, cit., págs. 259-263. El principio se enuncia en Partidas III,23,17; y III,4,35. Esta inimpugnabilidad de la sentencia arbitral no quiere decir que el arbitraje al igual que cualquier acto jurídico no pueda ser recurrido cuando adolezca de algún defecto o vicio en sus elementos constitutivos, es decir, cuando falte alguno de los requisitos esenciales sin los cuales la ley entiende que no existe un verdadero juicio arbitral, procediendo entonces el recurso de nulidad. Véase *ibidem*, págs. 263-266.

pueden fazer. E por ende dezimos que ninguno non puede tomar alçada del juyzio destes...». Pero es más, la misma Ley de Madrid parece presentarse como una solución a la frecuente práctica de la apelabilidad, como una ley que transforme la tolerancia de la apelación en regulación positiva de la misma³¹.

¿Pero es sólo esto lo que se pretende con esta Ley de Madrid? A nuestro entender, para comprender bien la inversión del principio general, no debemos de dejar de tener en cuenta determinados elementos extrajurídicos que tal vez expliquen esta descarada intromisión de los órganos de administración de justicia en la actividad de los jueces elegidos por los particulares: la irresistible tendencia hacia la formación del estado moderno, titular de un poder cada vez menos compartido, con una administración de justicia cada vez mejor organizada. En este contexto, la Ley de Madrid de principios del siglo XVI, constituye un instrumento, en gran medida disimulado, de reconducción a la administración de justicia estatal a la actividad judicial administrada por los particulares. Por eso es interesante recordar que, cuando un siglo después se admite la apelación de las sentencias arbitrales en Francia, el motivo no sería otro que: «parce que si cette convention (c'est-a-dire la convention d'exclure l'appel avoit lieu, il seroit libre a de particuliers de doner une autorité souveraine a d'autres qu'a ceux que le Roi a choisis pour juger a sa place»³².

A partir de la Ley de Madrid, por tanto, a nuestro modo de ver la institución del arbitraje entró en una situación crítica, que heredan casi todos los cuerpos normativos que posteriormente la regulan, pues el arbitraje como manifestación de justicia administrada por los particulares pierde su auténtica naturaleza como institución, aparte de las consecuencias tan importantes que, en el principio de economía procesal habría de tener la vigencia del principio general de la apelabilidad de las sentencias arbitrales.

¿Cuál fue la incidencia de la Constitución de 1812 en el sistema de valoración e impugnación de las sentencias arbitrales estatuido por la Ley de Madrid?

La respuesta la hallamos en el artículo 281 de la Constitución, sobre el cual —a diferencia del que lo precede, el 280— si encontramos en las Actas de las

31. *Ley de Madrid*: «...Las partes por bien de paz e concordia, y por evitar costas y pleytos y contiendas... acuerdan de poner y comprometer los tales pleytos y contiendas en manos de jueces arbitros iuris... y prometen estar por la sentencia que dieren y de no reclamar della... y los jueces arbitros y jueces arbitros arbitradores, usando de la facultad que le fue dada... dan sentencia, de la qual una de las partes acaesce que reclama y pide della reducción a albedrío de buen varon, o hacen contra ella nulidad o por otro remedio; asi que, comienza el pleyto de nuevo, y se alarga y dilata más que si prosiguiera por tela de juicio...».

32. *Dictionnaire universel François et Latin, vulgairment appellee Dictionnaire de Trevoux*, Paris 1743, t. I, pág. 613; la cita la he tomado de W.F. LEEMANS, *Juge ne peut accepter arbitrage*, en *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis - Revue d'Histoire du Droit*, 46 (1978), págs. 100-116, concretamente de la pág. 108, nota 52. Aquí incidentalmente trata de la apelación de las sentencias arbitrales. La disposición francesa semejante a la Ley de Madrid se encuentra en los *Privileges et libertez* dados por el Principe Felipe Guillermo, en cuyo art. 50 trata de los mismos asuntos que la Ley de Madrid (ejecución y apelación de las sentencias arbitrales), a las que recuerda textualmente; véase la nota núm. 48 del citado trabajo de Leemans.

Sesiones de Cortes un breve debate sobre su contenido³³. Así, el diputado Vázquez Canga, reprochó a la redacción propuesta por la Comisión de Constitución —en la cual dicho sea de paso se aprobó sin enmiendas— falta de claridad, pues tras leerlo quedaba duda sobre si las sentencias dadas por los árbitros debían ser ejecutivas o no, y si debían serlo aun en el caso de que las partes se hubieren reservado el derecho de apelar. El diputado Sr. Polo criticó la utilización del término *apelar*, pues consideraba que no le parecía propio respecto de una sentencia puramente arbitral y proponía como alternativa utilizar el término *reclamar*. Intervino seguidamente el Sr. Villanueva, quien proclamó la auténtica naturaleza de la sentencia arbitral, es decir, la judicial, pues es «sentencia verdadera» y en consecuencia «está bien puesta la palabra *apelar*»; por demás, dijo Villanueva que «creía que la mente de la Comisión era que la sentencia debía tener carácter de ejecutoria».

El diputado Sr. Creus hizo referencia a un punto sobre el que luego la doctrina discutiría abundantemente: la relación entre el carácter ejecutivo de la sentencia arbitral y el ejercicio del derecho a apelarla. Para Creus hay que conjugar dos realidades jurídicas: de un lado, la naturaleza ejecutiva de la sentencia de los árbitros y de otro el carácter de derecho natural que posee el derecho a apelar cualquier sentencia («juicio»), del cual no puede despojarse a las partes que se comprometen, a menos que ellas mismas hubiesen renunciado espontáneamente a ese derecho. Por ello propone una nueva redacción del artículo cuyo contenido literal sería el siguiente: «La sentencia que dieren los árbitros se ejecutará si las partes al hacer el compromiso hubiesen renunciado al derecho de reclamar».

Intervino a continuación el abogado y miembro de la Comisión de Constitución don Mariano Mendiola³⁴, cuya opinión resulta en principio especialmente autorizada para penetrar en la intelección del artículo. Mendiola matiza, en primer lugar, el diferente origen de la fuerza de las sentencias, según fueran de árbitros o de jueces ordinarios: en el primer caso, dice, nacen del «expreso y voluntario contrato de las partes», y en el segundo de «un cuasi contrato, la supuesta interpretada voluntad de los pueblos para que los jueces sean nombrados por el poder ejecutivo». Una matización, que según Mendiola, explicaría la licitud de la estipulación en virtud de la cual se prohibiese el derecho de apelar la sentencia arbitral, pues es «justo que todos cumplan lo que solemnemente prometieron». Para él, por tanto, según el art. 281, «no se podrá apelar sino cuando se hubieren reservado las partes este derecho (de no apelar) en

33. *Diario de Sesiones de las Cortes Generales y Extraordinarias*, tomo III, Sesión de 6 de diciembre de 1811, págs. 2378-2379.

34. M.^a CRISTINA DIZ-LOIS, en su *Estudio Preliminar*, a las *Actas de la Comisión de Constitución (1811-1813)*, págs. 20-21 y 26 nos dice que se incorporó tardíamente como representante de las provincias americanas en la Comisión de Constitución, concretamente de la de Méjico; en general poco conocido y que como abogado formó parte de muchas comisiones; su principal actuación en Cortes fue en relación con las provincias americanas. Políticamente aunque SEVILLA ANDRES lo cataloga entre los realistas, M.^a CRISTINA DIZ-LOIS dice que no se significó ni en un sentido ni en otro (realista o liberal).

su mismo compromiso, en cuyo caso no obraran contra su solemne promesa». Para Mendiola esta apelación —que él identifica con la reducción al arbitrio de un buen varón (con lo que parece desconocer la Ley de Madrid)— no puede ser un recurso de primera instancia ante el juez inferior, «porque disponiendo el derecho público que los pleitos se terminen por tres instancias y no pudiendo los particulares alterar esta forma, vendría a suceder que en lugar de las tres instancias estaría en el arbitrio de las partes introducir cuatro...». Mendiola —dice el Acta de Sesiones— concluyó pidiendo que se aprobase el artículo tal y como se había propuesto por la Comisión. Por último intervino el Sr. Dou quien apoyó lo expuesto por el Sr. Creus y pidió que se redactase el artículo de forma «que siempre quedase a las partes a salvo el Derecho natural de reclamar, siempre que no hayan renunciado a él».

Puesto a votación el artículo, quedó aprobado en los términos de la propuesta realizada por la Comisión de Constitución:

«La sentencia que dieren los árbitros se ejecutará si las partes al hacer el compromiso no se hubieren reservado el derecho de apelar».

Si hacemos una recapitulación del contenido de este debate sobre el artículo 281 de la Constitución es muy poco y muy inconcreto lo que podemos entresacar: ciertas dudas sobre el significado de la redacción; algunas reticencias acerca de la naturaleza judicialista de la sentencia arbitral —concretamente las del diputado Polo, que por ello propone cambiar «apelar» por «reclamar»—, expresamente neutralizadas por las demás intervenciones que consideran, como Villanueva, a la sentencia de los árbitros «una sentencia verdadera»; y unas no muy precisas argumentaciones del miembro de la Comisión de Constitución Sr. Mendiola acerca de la procedencia del derecho a apelar y su consiguiente trascendencia en el valor de la sentencia que se impugna.

Estas inconcreciones y ambigüedades tuvieron su reflejo en la doctrina de la práctica forense, pues no hay que olvidar que el artículo 281 de la Constitución de Cádiz se declaró subsistente «en todo su vigor, por ahora, como leyes y hasta que las que se dieren determinen otra cosa...» al igual que «todas las disposiciones contenidas en el título quinto de la Constitución de 1812 que no hayan sido derogadas o modificadas por la Constitución de 1837» de conformidad con el Decreto de Cortes de 16 de septiembre de 1837³⁵.

35. *Decreto de 16 de Setiembre declarando subsistentes el título 5.º de la Constitución de 1812.* Doña Isabel II por la gracia de Dios y por la Constitución de la Monarquía española Reina de las Españas, y durante su menor edad la Reina viuda doña María Cristina de Borbón, su augusta Madre, como Gobernadora del Reino, a todos los que las presentes vieren y entendieren, sabed: Que las Cortes han decretado y Nos sancionamos lo siguiente:

Las Cortes en uso de sus facultades han decretado:

Se declaran subsistentes en todo su vigor, por ahora, como leyes y hasta que las que se dieren determinen otra cosa, todas las disposiciones contenidas en el título quinto de la Constitución de 1812 que no hayan sido derogadas o modificadas por la Constitución de 1837. Palacio de las Cortes 7 de Setiembre de 1837. Juan de Muguero, vicepresidente. José Feliu y Miralles, diputado secretario. Cristóbal de Pascual, diputado secretario.

La Constitución de 1812, por tanto, —como ya hemos dicho— supuso un cambio importante en la valoración de la sentencia arbitral, pues con su artículo 281 se derogó la fuerza ejecutiva general que la Ley de Madrid concedió a las sentencias arbitrales, al establecerse que la sentencia que dieren los árbitros sólo se ejecutaría si las partes al hacer el compromiso no se hubieren reservado el derecho de apelar. A partir de entonces, en consecuencia, si contra la sentencia arbitral procedía el recurso de apelación y este se ejercitaba dentro del término legal, quedaba aquella privada de la fuerza ejecutiva que antes poseía por virtud de la Ley de Madrid.

Por otro lado, la mayoría de los autores (representados por Goyena y Aguirre, Ortiz de Zúñiga, Gomez de la Serna, Sainz de Andino) interpretó, tomando como base el artículo 281, que la apelación únicamente podía admitirse cuando las partes se hubieren reservado en el compromiso el derecho de apelar³⁶. Es decir, se introduce con la vigencia de este artículo un sistema diferente al de la Ley de Madrid, en base al cual, como ya vimos la apelación no sólo era posible cuando las partes se reservaban el derecho de apelar, sino también cuando nada se estipulaba sobre ello.

Los argumentos que emplearon los autores citados para mantener esta opinión fueron, fundamentalmente, los siguientes³⁷: evitar abusar de la buena fé de los compromitentes y en consecuencia que sean sorprendidos por apelaciones no pactadas; la innecesariedad de la apelación en un juicio —como el de árbitros— en el que los litigantes han escogido a sus jueces; que así se deduce del debate parlamentario ad hoc; que sólo así las sentencias arbitrales adquirirían mayor fuerza, de conformidad con la voluntad de los constituyentes.

Por su parte Sanpots, Martí de Eixalá y Ferrer Subirana, sin menospreciar dichas razones, llaman la atención en el sentido de que las mismas no son convincentes en algunos de sus puntos³⁸: a) Porque en la suposición de que fuesen apelables legalmente las sentencias arbitrales en el caso propuesto en el art. 281, es decir, cuando las partes no se hubieren reservado el derecho de apelar,

Por tanto mandamos a todos los tribunales, justicias, jefes, gobernadores y demás autoridades, asi civiles como militares y eclesiásticas, de cualquiera clase y dignidad, que guarden y hagan guardar, cumplir y ejecutar la presente ley en todas sus partes. Tendreislo entendido para su cumplimiento, y dispondreis se imprima, publique y circule. Yo la Reina Gobernadora. Está rubricado de la Real mano. En Palacio a 16 de Setiembre de 1837. A.D. Ramón Salvato. Editado en *Recopilación Legislativa de España*, tomo II, Granada 1859, págs. 270-271.

36. GOYENA Y AGUIRRE en el tomo V, pág. 146 de su *Febrero*; M. ORTIZ DE ZUÑIGA, *Elementos de práctica forense*, t. I, tit. 6, cap. 3, Madrid 1841; P. GOMEZ DE LA SERNA, *Elementos de Derecho civil y penal de España*, t. III, lib. 1, tit. 2, sección 6.ª, Madrid 1843; SAINZ DE ANDINO, *Arbitraje*, en *Enciclopedia Española de Derecho*, cit., pág. 454.

37. Así se relacionan en Sanpots et alii, *Las Siete Partidas del Sabio Rey don Alfonso el IX, con las variantes de más interés y con la glosa del lic. Gregorio Lopez... vertida al castellano y extensamente adicionada con nuevas notas y comentarios y unas tablas signópticas comparativas, sobre la legislación española, antigua y moderna hasta su estado actual*, Barcelona, 1843; véase concretamente las *Adiciones a Partidas III,4,35*, pág. 133.

38. Sanpots et alii, *Ibidem*, págs. 133-134.

ninguno de los compromitentes podría resultar engañado, tratándose de ejercer un derecho que la ley en aquella hipótesis concedería. b) Porque aún dando por sentado que el derecho de apelar en los juicios ordinarios se funda en la circunstancia de ser forzoso a los litigantes acudir a un juez determinado, al ser los árbitros de libre elección, hubiera debido ser un motivo también para prohibir a los compromitentes, el reservarse expresamente aquel derecho, porque también en este caso obraría idéntica razón, y sin embargo las leyes autorizan semejante reserva o al menos nadie duda de su validez y eficacia. c) Porque no quedó formalmente bien consignado en la discusión del artículo 281 en las Cortes que el espíritu de la Comisión de Constitución hubiere sido dar a las sentencias arbitrales fuerza ejecutoria; y aún así, tampoco se puede afirmar que el Congreso hubiere tenido igual intención al aprobar el artículo 281, puesto que la letra del mismo no excluye sino que antes bien favorece la opinión contraria. d) Porque, ni el artículo 280 revela en los autores de la Constitución la intención de dar a los fallos compromisales más fuerza de la que tenían al publicarse aquella, ni el favor con que en ella se miran los juicios de árbitros al efecto de terminar los pleitos, arguiría que las Cortes constituyentes no hubieren querido limitarse a recordar las disposiciones ya bastante favorables de las leyes recopiladas. e) Porque es tan notable y significativa la clausula que acostumbra a incluirse en los compromisos de renunciar las partes expresamente al recurso de apelación, que parece no puede dudarse que con ella quieren los que comprometen dar a su recíproca obligación mayor fuerza de la que sin aquella cláusula tendría. Igualmente, al reservarse expresamente dicha dificultad de apelar parecen tratar de reservarsela en toda su plenitud, y además que renuncian a las leyes que en beneficio de las mismas partes dan a las sentencias arbitrales fuerza ejecutiva. Mas la expresada renuncia sería completamente inútil y sin objeto si aún sin ella causarían las sentencias arbitrales ejecutoria; en cuyo caso, se daría tanta fuerza a un compromiso en que nada se hubiere dicho sobre los recursos, como en aquel en el que se hubiere renunciado expresamente a estos.

Para los citados autores, por tanto, teniendo en cuenta las antedichas razones, lo que se desprende clara y terminantemente de la letra del citado art. 281 es lo siguiente: 1.º) Que la sentencia arbitral es ejecutiva (esto es, debe ejecutarse) cuando las partes en el compromiso no se hubieren reservado el derecho de apelar, el cual sin embargo pueden utilizar en dicho caso sin perjuicio de la ejecución. 2.º) Que si las partes se han reservado expresamente el derecho de apelar la sentencia no es ejecutiva, sino apelable en los dos efectos (suspensivo y devolutivo). 3.º) Que cuando las partes han renunciado expresamente al derecho de apelación se entiende la sentencia arbitral *ejecutoriada*, es decir, tiene carácter de resolución que ha adquirido autoridad de cosa juzgada.

X. Conclusiones:

1.º) La Constitución de Cádiz, dentro del título dedicado a los tribunales y a la administración de justicia, proclama el derecho de cualquier español al arbitraje civil.

2.º) Este Derecho constitucional, que no ha vuelto a ser proclamado por ninguna otra ley fundamental española, no ha despertado la menor atención en la historiografía jurídica en lo que se refiere a su estudio y significado.

3.º) El modelo formal que se tuvo en cuenta para redactar este derecho se encuentra en el constitucionalismo francés de la revolución, fundamentalmente, en las Constituciones de 1793 y 1795.

4.º) El modelo sustancial que se proclama se puede apoyar con bastante consistencia en la larga tradición arbitral hispánica que se encuentra científicamente documentada desde los primeros siglos de la época hispanorromana.

5.º) Dicho modelo sustancial fue reproducido en la Constitución de 1812 y se caracteriza por tratarse de un arbitraje fundamentalmente civil y sin limitaciones cuantitativas, en lo que al objeto se refiere; de naturaleza claramente judicial; y declaradamente restrictivo en lo que acontece a la posibilidad de apelación de la sentencia arbitral y en consecuencia relevantemente respetuoso y estimativo de las sentencias dictadas por los árbitros.

6.º) La proclamación del derecho al arbitraje en la Constitución de Cádiz representa una solución técnica al hecho —determinado por la tradición arbitral hispánica y el modelo francés que se tiene en cuenta— de la existencia de la titularidad de un poder jurisdiccional de los particulares, que se ejerce cuando eligen a un tercero, arbitro, para que dirima sus diferencias civiles. Un poder, que, como dicen las Constituciones francesas, no puede ser lesionado por los actos del poder legislativo.

7.º) La normativa constitucional gaditana sobre el arbitraje no fue solo una «ilusión constitucional», pues un Decreto de Cortes de principios del segundo tercio del siglo XIX, la declaró subsistente «en todo su vigor como ley» con lo que se marcaron nuevas pautas en las sucesivas leyes procesales y se generó por demás un interesante debate doctrinal sobre el valor de la sentencia arbitral.