

1. INTRODUCCIÓN

Dice Aristóteles en su retórica que, mientras que el juez se fija en el Derecho, el árbitro lo hace en la ética, de tal modo que el arbitraje se introduce para que la ética pueda prevalecer, en determinados casos, sobre la ley². Esta ética se caracteriza como la justicia del caso concreto, frente a la generalidad de la ley³. Estas dos ideas aristotélicas parecen indicar que, desde antiguo, los seres humanos hemos buscado la forma de escapar de las rigideces de la ley general, mediante sistemas alternativos de solución de controversias donde, al margen, o junto con la ley, prima el sentido común y el caso concreto importa más que las generalidades. Esta justicia arbitral, se impone, más que por la coacción, por el peso de sus argumentos.

Ahora bien, nos preguntamos, ¿qué respondería Aristóteles en una situación donde el Derecho, o la justicia del caso concreto, demandasen no solamente la declaración de la responsabilidad de una de las partes, sino la necesidad de que ésta realizase un determinado acto? Es posible que Aristóteles nos dirigiese hacia la justicia ordinaria en un caso semejante, pues el carácter coactivo parece casar mal con una justicia que se impone por el peso del sentido común.

Los argumentos anteriores no se encuentran tan desfasados como puedan parecer. Una cosa sigue siendo cierta en el arbitraje: a diferencia de los tribunales ordinarios, el tribunal arbitral no forma parte del sistema regular de administración de justicia⁴, y carece de vías para compeler la voluntad de las partes, por lo que sus órdenes descansan, en última instancia, en la coerción judicial. Todo ello hace que la soltura con que se tratan las condenas pecuniarias se transforme en desasosiego y desorientación con la sola mención de mandatos, órdenes de cumplimiento, en general, remedios no pecuniarios⁵.

¹ Este artículo obtuvo el I Premio de Arbitraje Internacional, organizado por el Centro Internacional de Arbitraje, Mediación y Negociación (CIAMEN) del Instituto Universitario de Estudios Europeos.

² ARISTÓTELES. *Retórica*. Madrid: Gredos, 1999, Libro 1, Capítulo 13.

³ ARISTÓTELES. *Ética Nicomáquea – Ética eudemia*. Madrid: Gredos, 1985, Libro V, Capítulo 10.

⁴ Por el contrario, deriva su competencia de la cláusula arbitral, y carece, en la mayoría de los casos, de carácter permanente. Esta es la postura mantenida, casi unánimemente, en la actualidad. No obstante, en el pasado la denominada “teoría jurisdiccional” consideraba que los árbitros debían ser considerados como una suerte de “jueces privados”, cuya autoridad dimanaba, al igual que en el caso de los jueces ordinarios, del Derecho estatal. La “teoría jurisdiccional” es opuesta a la “teoría contractual”, en virtud de la cual los tribunales arbitrales derivan su autoridad del convenio arbitral pero, además, el laudo arbitral posee también la naturaleza de un contrato. En la actualidad las posturas han evolucionado hacia una posición mixta, donde el tribunal derivaría su competencia del convenio arbitral, pero el Derecho interno tendría, a través principalmente de la *lex arbitri*, un papel rector del proceso. Ver LEW, Julian. *Applicable law in International Commercial Arbitration*. New York: Oceana, Dobbs Ferry, 1978 p. 51 y ss.; LEW, Julian; MISTELIS, Loukas; KROLL, Stefan. *Comparative International Commercial Arbitration* London, The Hague: Kluwer Law International (2003), § 5-10, p. 75 y ss.

⁵ Esta sensación resulta mucho más acusada si tenemos en cuenta que, en los ordenamientos de corte anglosajón, promotores de la mayoría del volumen del arbitraje nacional e internacional, el cumplimiento específico se considera como un remedio excepcional. DOBBS, Dan. *Remedies. Equity, Damages, Restitution*. St. Paul: West Publishing Co. (Hornbook Series) 1993, p. 101; JONES, Gareth; GOODHART, William. *“Specific Performance”*. London: Butterworths, 1996, p. 7-9. Esta consideración se debe, en su mayor parte, a la evolución del sistema inglés de administración de justicia. En un principio, la justicia real se administraba por los tribunales ordinarios, o de *common law*. Con el tiempo, la rigidez de sus procedimientos supuso que cada vez fueran más las partes desamparadas por meros tecnicismos legales o burocráticos. De ahí que, cada vez fuesen más los que acudían al Rey para que, en ejercicio de su gracia, administrara justicia en el caso concreto. El rey no se encontraba solo en esta tarea, sino que contaba con los órganos conciliares reales, como la *Curia Regis*. Dentro de ella, el personaje más importante era el Canciller, el cual, además de las funciones conciliares, era el primer ministro del Rey, y custodio del Gran Sello (*Great Seal*) con el que debían estamparse los documentos (*forms of action*) que servían para iniciar los diversos procedimientos. Lo que comenzó siendo una función de buenos oficios, de canalización de peticiones hacia el Rey, desembocó en el ejercicio de funciones jurisdiccionales por el Canciller; el cual, paulatinamente, se fue convirtiendo en un pilar del sistema de administración de justicia, dando la vuelta a numerosos problemas que los tribunales ordinarios no habían resuelto, lo que, a su vez, condujo a la institucionalización de sus funciones jurisdiccionales, mediante la creación del Tribunal de Chancillería. HOLDSWORTH, Sir William *History of English Law*, Vol II London: Sweet & Maxwell, p. 399; MAITLAND, F.W. *Equity. A Course of Lectures*. Revised by John Brunyate, M.A. Cambridge: University Press, 1936, reprinted 1969, p. 3-4. Al constituir una jurisdicción separada, la Chancillería no podía juzgar

Así y todo, el papel del arbitraje en la sociedad moderna debe enfrentarse a problemas mucho más complejos que los que existían en la Grecia helenística. Las relaciones mercantiles actuales comportan un enorme grado de complejidad, y no siempre la controversia puede saldarse mediante la imposición de una condena pecuniaria. Por ello, el presente estudio plantea, primeramente, la importancia del estudio de la potestad arbitral para dictar órdenes de cumplimiento. En segundo lugar, en tres apartados separados, examina las diversas fuentes de ese poder, así como sus límites. Finalmente, se hace referencia a las cuestiones que, más allá de la orden de cumplimiento, son susceptibles de plantear problemas en el futuro.

2. ¿TIENE SENTIDO PREOCUPARSE DEL PODER ARBITRAL PARA ORDENAR EL CUMPLIMIENTO?

2.1. Premisa

Al hablar del estudio del poder de los tribunales arbitrales para ordenar el cumplimiento estamos, sin quererlo, partiendo de una premisa, cuya veracidad aún no ha sido demostrada. Tal premisa entendería que el análisis de la orden de cumplimiento en el arbitraje (así como de otros remedios no pecuniarios) depende de los poderes del tribunal arbitral. En otras palabras, que la orden de cumplimiento constituye una potestad del tribunal, y no un derecho de la parte perjudicada o, mejor aún, un problema procesal, más que una cuestión de naturaleza sustantiva. Si los remedios no pecuniarios (como el cumplimiento forzoso) constituyeran un problema sustantivo, su otorgamiento dependería de la ley aplicable al fondo del asunto, y no se cuestionaría la potestad del tribunal para ordenar el cumplimiento, salvo en lo relativo a su potestad para seleccionar y aplicar el Derecho.

La premisa acerca de la naturaleza procesal de los remedios no pecuniarios, no obstante, se encuentra lejos de ser indiscutida. En los apartados siguientes podremos comprobar que, en este sentido, existe un amplio debate al respecto.

2.2. Los modelos civilista y anglosajón

“Una página de historia vale lo que todo un tratado de lógica”. Esta frase, atribuida a Oliver Wendell Holmes, no puede resultar más atinada en lo que a la explicación de la desigual relación entre Derecho sustantivo y procesal presente en los distintos sistemas legales hoy en día. Procedamos a su examen.

Por un lado, en el caso del sistema civilista, la relación entre Derecho sustantivo y procesal es heredera de la época de la Codificación. En ese momento histórico la voluntad imperante era la de sistematizar y organizar el Derecho. Asimismo, en la época de las codificaciones el énfasis se puso en definir el derecho subjetivo⁶,

con arreglo a Derecho (de ello se encargaban los tribunales ordinarios). Por ello, se decía, juzgaba con arreglo a equidad. ZIMMERMAN, Reinhard. *“The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition”*. New York: Oxford University Press, 1996, p. 780. Con el tiempo, sin embargo, la dualidad jurisdiccional desarrolló toda una serie de tensiones entre la jurisdicción de *common law* y la de *equity*, que impulsaron la restricción de la segunda a aquellos supuestos donde la primera no pudiera, con los medios a su alcance, proporcionar una solución adecuada. HOLDSWORTH, Sir William *A History of English Law op. cit.* Volume I p. 424-428, 437-442, 459-465; ZIMMERMAN, Reinhard. *“The Law of Obligations...” op. cit.* p. 780. Puesto que los mecanismos a disposición de la jurisdicción de *common law* iban destinados a la obtención de condenas pecuniarias, mientras que el sistema de ejecución de la jurisdicción en equidad poseía una mayor fuerza coactiva (pasando incluso por el encarcelamiento del deudor) la primera administró los daños y perjuicios, y la segunda administró el remedio del cumplimiento específico. De este modo, este último mecanismo de protección por incumplimiento contractual sufrió la misma suerte que la jurisdicción que lo administraba, quedando restringido a aquellos casos donde los daños y perjuicios no constituían una solución adecuada.

⁶ Con todo, el origen y desarrollo histórico de estos derechos subjetivos, con carácter previo a la Codificación, no son muy distintos del proceso por el que pasó el sistema anglosajón, como veremos a continuación. Así pues, los juristas romanos preferían utilizar la palabra *actio* (acción) en lugar de *ius* (derecho).

transportándolo desde el plano iusnaturalista de los derechos innatos del hombre, al Derecho positivo⁷. De este modo, no es de extrañar que, en los ordenamientos provenientes de la codificación, los derechos constituyan figuras preferentes a los remedios o acciones (lo primero que debe existir es un derecho que, infringido, otorga una determinada acción)⁸. De ahí que, en los ordenamientos de *civil law*, se hable de una primacía del “modelo de derechos”⁹.

Por el contrario, la relación entre Derecho sustantivo y procesal en los países anglosajones hunde sus raíces en la época medieval. En este punto, comienza a desarrollarse el sistema de las *forms of action*, en el cual, para poder acceder a la justicia real, era preciso cumplimentar un formulario donde, entre otras cosas, se debía precisar la acción o actividad que se solicitaba de la autoridad regia¹⁰. Ello venía motivado porque, en sus orígenes, la justicia real no era un derecho, sino un privilegio, por el que los súbditos debían pagar el coste del documento que permitía en inicio del procedimiento. Sea como fuere, la necesidad de racionalizar el sistema condujo al establecimiento de fórmulas de petición predeterminadas que, a su vez, cristalizaron en las distintas acciones que se podían interponer ante los tribunales reales¹¹. Este sistema de acciones, a su vez, sirvió de base para que, a través de la repetición de intereses cuya tutela se reclamaba, y la abstracción de las circunstancias concretas, nacieran los derechos sustantivos. De este modo, los ordenamientos de corte anglosajón afirman la primacía del modelo de remedios o, lo que es lo mismo, que donde existe un remedio, existe un derecho (*ubi remedium ibi ius*)¹².

El hecho de que el cumplimiento específico se administrase por una jurisdicción especial (jurisdicción en equidad administrada por la Chancillería) distinta de la ordinaria, o de *common law*, no afecta a la relación

VOLTERRA, Eduardo. *Instituciones de Derecho Privado Romano*. Madrid: Civitas, 1986. Traducción de Jesús Daza Martínez de la obra *Instituzioni di Diritto Privato Romano*. Roma: La Sapienza Editrice, p. 61. Esto es, en el lenguaje romano, más que a la titularidad de un derecho, se prefería hacer referencia a la facultad de exigir una determinada conducta por parte de otros, o de actuar judicialmente para conseguir sus efectos. La razón estaba en que, en Derecho Romano, el pretor concedía defensa a situaciones de hecho no protegidas como derechos subjetivos por el *ius civile* y, por otro lado, la denegaba o impedía concediendo excepciones al demandado, en ocasiones donde el demandante era titular de un derecho subjetivo protegido por el *ius civile*. *Ibid* p. 212.

⁷ En este contexto, el Derecho subjetivo constituía el ámbito donde reina la voluntad de los individuos DÍEZ-PICAZO, Luis; GULLÓN, Antonio. *Sistema de Derecho Civil*. Novena edición. Madrid: Tecnos, 1997, p. 411.

⁸ FRIEDMANN, Daniel. “Rights and Remedies”. En COHEN, Nihil; McKENDRICK, Ewan. *Comparative Remedies for Breach of Contract*. Portland: Hart Publishing, 2005, p. 8.

⁹ *Ibidem*.

¹⁰ La simplificación, necesaria para transmitir esta idea, hace que parte de la rica y compleja naturaleza de la justicia medieval inglesa. Para iniciar un procedimiento ante los tribunales locales, la “queja” (*plaint*) era suficiente. Asimismo, cuando el objetivo consistía en que los tribunales reales tomaran conocimiento de un procedimiento ya existente ante los tribunales locales, los formalismos no eran excesivos, pues ello podía realizarse mediante el sistema de justicia itinerante, que se administraba por el rey en el condado en el que se encontrara en cada momento, con lo que la desventaja de este sistema era que se encontraba supeditado a la ubicación del rey. BAKER, J.H. *An Introduction to English Legal History* London: Butterworths, 2002 p. 53. Sin embargo, si el propósito del demandante era el de iniciar un procedimiento en los tribunales reales como el *Common Pleas* o el *King’s Bench*, cuya justicia sienta las bases del sistema jurídico inglés, resultaba necesario adquirir un documento real (*royal writ*), emitido y sellado por el Canciller, que autorizara el comienzo del procedimiento. El Canciller era el custodio del Gran Sello (*Great Seal*) con el que se estampaban los documentos reales. MACAULAY, Stewart; KIDWELL, John; WHITFORD, William; GALANTER, Marc. *Contracts: Law in Action*. Charlottesville: The Michie Company, 1995, p. 89.

¹¹ En un principio, parece que los *writs* contenían órdenes al sheriff del condado para que realizara un determinado tipo de acción. Se ha sostenido que el proceso para pasar de este tipo de escritos a los *original writs* que iniciaban el procedimiento pasó por la introducción de una opción en las órdenes al *sheriff*. De este modo, la estructura de estos documentos pasó a ser la de un mandato disyuntivo, donde se ordenaba al sheriff que compeliere al demandado a realizar una determinada actuación, o bien a comparecer ante los tribunales para explicar el por qué de su negativa. Ver BAKER, J.H. *An Introduction to English Legal History*, *op. cit.* p. 189. Posteriormente, los *original writs* eran documentos que contenían órdenes que se ajustaban a la pretensión del demandante; esto es, tenían por objeto conseguir una determinada actuación de la justicia, una determinada acción. A partir del siglo XIII, existía un amplio registro de fórmulas, de modo que empezó a considerarse que emitir *original writs* con una fórmula *ad hoc* para el caso concreto no era necesario, sino que la pretensión debía reconducirse a uno de los tipos preestablecidos. Ello contribuyó a que las fórmulas utilizadas en los *writs* se volvieran fijas, de modo que un demandante que no encontrase un formulario que se adaptase a sus necesidades podía quedar privado de acción ante los tribunales. Lo que había nacido como una mera clasificación administrativa de los distintos tipos de formularios había dado lugar al nacimiento del sistema de las *forms of action*, divididas en los *praecipue writs* (cuyo objeto era el de afirmar un derecho) y los *plaints of wrong* (cuyo objeto era el de reparar un perjuicio). FRIEDMANN, Daniel. “Rights and Remedies”, *op. cit.* p. 3 y ss.; BAKER, J.H. *An Introduction to English Legal History*, *op. cit.* p. 190-191.

¹² En este punto, resulta útil traer a colación la afirmación de Oliver Wendell Holmes, donde el juez norteamericano sostiene que los derechos y deberes de los que se ocupa el estudio del Derecho no son más que profecías; esto es, el deber o derecho legales no son más que predicciones de que, en caso de que una persona realice u omita un cierto comportamiento, sufrirá una determinada consecuencia negativa a través de una sentencia judicial. HOLMES, Oliver Wendell. “The Path of the Law”, *op. cit.* p. 2. “The primary rights and duties with which jurisprudence busies itself, again, are nothing but prophecies [...]. But, as I shall try to show, a legal duty so called is nothing but a prediction that if a man does or omits certain things he will be made to suffer in this or that way by judgment of the court; and so of a legal right”. En cierta medida, esta concepción trae como consecuencia la necesidad de mirar al derecho desde el punto de vista de la figura del “hombre malo” acuñada por Holmes, pues el Derecho no será otra cosa que lo que el hombre malo teme: “If you want to know the law and nothing else you must look at it as a bad man, who cares only for the material consequences which such knowledge enables him to predict, not as a good one, who finds his reasons for conduct, whether inside the law or outside of it, in the vaguer sanctions of conscience”. HOLMES, Oliver Wendell. “The Path of the Law”, *Harvard Law Review* no. 10 (1897) p. 3.