

LA DETERMINACION DE LOS HONORARIOS PROFESIONALES. (EN PARTICULAR, EL ARBITRIO DE PARTE) (*)

JOSE RAMON GARCIA VICENTE
JOSE ANTONIO MARTIN PEREZ
MARIA JOSE VAQUERO PINTO
Area de Derecho Civil
Universidad de Salamanca

SUMARIO: I. INTRODUCCION. II. LA ONEROSIDAD DE LOS CONTRATOS DE PRESTACION DE SERVICIOS COMO PRESUPUESTO. III. LA DETERMINABILIDAD DE LA PRESTACION: LA EXTENSION DEL CONCEPTO. IV. LA DETERMINACION SUBJETIVA DE LA PRESTACION: SU SUJECION A LIMITES COMO EXIGENCIA. V. EL ARBITRIO DE PARTE EN LA DETERMINACION DE LA PRESTACION. 1. Los peligros propios de la determinación de la prestación en general y los remedios para evitarlos. 2. El alcance de la prohibición del arbitrio de parte. 3 La sustituibilidad de la tarea del arbitrador. VI. LA REMISION AL ARBITRIO DE PARTE COMO USO DEL TRAFICO Y SU FUNCION COMO FUENTE DE INTEGRACION CONTRACTUAL. VII. LOS CRITERIOS LEGALES DE DETERMINACION DEL PRECIO. 1. La remisión a un "valor conocido". A) *El precio usual, de mercado o razonable*. B) *Los baremos colegiales de honorarios*. C) *El denominado precio del vendedor*. 2. El arbitrio de equidad. 3. El arbitrio mero. VIII. EL CONTROL DE LA DECISION: SU IMPUGNACION. 1. Admisión y fundamento. 2. Presupuestos del control: la motivación. 3. Las causas de impugnación. 4. El régimen jurídico de la acción de impugnación. 5. Efectos de la impugnación: la revisión.

(*) Este trabajo se inserta en el Proyecto de Investigación DGCYT PB 93-620, titulado "Contratación y Mercado".

I. INTRODUCCION

La cuestión que encabeza este trabajo trae causa de una modificación legal: el RDL 5/1996, 7-6 sobre medidas liberalizadoras en materia de suelo y Colegios Profesionales (BOE 8-6) modificó el art. 5 ñ) de la L 2/1974, 13-2, reguladora de los Colegios Profesionales (BOE 15-2; LCProf, en adelante), y lo hizo en materia de funciones de los colegios (1). Una de ellas era el establecimiento de baremos de honorarios; se mantiene esta función pero ahora éstos “tendrán carácter meramente orientativo”.

Tal modificación nos hizo reflexionar sobre cuál es la función de los baremos de honorarios en orden a la determinación del precio de los servicios que prestan los profesionales sujetos a colegiación, es decir, qué supone establecer legalmente su carácter “orientativo” (2). De esta primera pregunta surgió inmediatamente otra de mayor envergadura, relativa a los modos de determinación del precio en los contratos de prestación de servicios, entre los cuales parece debe encontrar encaje la aplicación de los baremos. Para responder con rigor a esta última cuestión hay que partir de una doble constatación:

(1) La L 7/1997, 14-4 (Boletín Oficial del Estado [BOE] 14-4) convalida las modificaciones introducidas por el RDL 5/1996, y por el RDL 7/1996, 7-6 sobre medidas urgentes de carácter fiscal y de fomento y liberalización de la actividad económica (BOE 8-6); sobre el primero, en lo que nos interesa: GALVEZ, J., “Las medidas liberalizadoras del Real-Decreto-ley 5/1996, de 7 de junio en materia de Colegios Profesionales”, *Reforma y liberalización económica. Los Decretos-Leyes de junio de 1996*, Cívitas, Madrid, 1996, pp. 91-120.

(2) Esta modificación legal trae causa inmediata de un Informe del Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC) de 1992, titulado: *Informe sobre el libre ejercicio de las profesiones. Propuesta para adecuar la normativa sobre las profesiones colegiadas al régimen de libre competencia vigente en España*, al que siguió otro en 1993 sobre *Remedios políticos que pueden favorecer la libre competencia en los servicios y atajar el daño causado por los monopolios*, que proponía la supresión de las tarifas mínimas y de las orientativas. Sobre tales informes: ALONSO SOTO, R., “Competencia y desregulación económica: los informes del Tribunal de Defensa de la Competencia sobre la liberalización de los servicios”, *Estudios jurídicos en homenaje al profesor A. Menéndez*, I. *Introducción y títulos valor*, coord. J. L. Iglesias Prada, Cívitas, Madrid, 1996, pp. 653-669. Sobre la relación entre competencia y Colegios profesionales en general: IBÁÑEZ GARCIA, I., *Defensa de la competencia y Colegios Profesionales*, Dykinson, Madrid, 1995. Antes de la L 7/1997 hubo un fracasado proyecto de ley para plasmar estas propuestas, proyecto que suprimí, sin más, el art. 5 ñ) de la L 2/1974: *Boletín Oficial de las Cortes Generales [BOCG] Congreso*, A, IV Legislatura, 114.1, 27-11-1992. Sobre el proceso que condujo a modificar el art. 5 ñ) L 2/1974, vid. SAZ, S., *Los Colegios Profesionales*, Marcial Pons, Madrid, 1996, pp. 101-124, y ALONSO PEREZ, M.^a T., *Los contratos de servicios de abogados, médicos y arquitectos*, J. M.^a Bosch Editor, S. A., Barcelona, 1997, pp. 419-468.

en primer lugar, el modo usual de determinación del precio en estos contratos es el arbitrio unilateral del prestador, modo que contradice abiertamente alguna de las normas del Código civil, en particular los arts. 1449 y 1690.II, que, aunque dictadas para otros contratos, responden a un único principio inspirador. En segundo término, la jurisprudencia no parece interesada en subrayar que tal práctica vulnera la prohibición de arbitrio unilateral, fundada, además de en los preceptos citados, en los arts. 1115 y 1256 Cc. Es más, propiamente, los tribunales han ido elaborando, como veremos, una doctrina sobre la determinación del precio en estos contratos alejada de las normas codificadas a través de mecanismos dispares encaminados, todos ellos, a salvar la exigencia de "certeza" en el precio, interpretada con notable flexibilidad.

Para un examen adecuado de estas cuestiones es preciso preguntarse, en primer lugar, por la utilidad de una regla general prohibitiva del arbitrio unilateral en los contratos de prestación de servicios, incluso, más en general, por la pertinencia de la misma prohibición; más aún cuando nuestro Derecho vigente ya recoge algún caso de arbitrio unilateral (arts. 423. II LEC, 55 *in fine* CNUV (3) y 11.1 LCAG) (4). En segundo lugar, y una vez admitida la posibilidad del arbitrio unilateral, deben enumerarse los criterios de los que puede servirse el prestador a la hora de decidir, y entre ellos, señaladamente, los baremos orientativos de honorarios.

Nos parece indudable que en el caso de contratos de prestación de servicios profesionales hay una determinación mínima de la prestación del cliente porque el contrato es oneroso y su prestación pecuniaria (art. 1544 Cc). La prestación principal del profesional, el prestador, está plenamente determinada en cuanto a su finalidad y contenido esencial (entre otras, la defensa jurídica, la elaboración de un plano, el tratamiento médico) integrado con la *lex artis*, aunque el contenido

(3) "Cuando el contrato haya sido válidamente celebrado pero en él ni expresa ni tácitamente se haya señalado el precio o un medio para determinarlo, se considerará, salvo indicación en contrario, que las partes han hecho referencia implícitamente al precio generalmente cobrado en el momento de celebración del contrato por tales mercaderías, vendidas en circunstancias semejantes, en el tráfico mercantil de que se trate". Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías, hecho en Viena el 11-4-1980 [Instrumento de adhesión 17-7-1990, (BOE 30-1-1991)]; CNUV, en adelante.

(4) El art. 11 de la L 12/1992, 27-5, sobre contrato de agencia (BOE 29-5) LCAG, en adelante, es un fiel trasunto de art. 6. 1 de la Directiva CEE 653/1986, 18-12, relativa a la coordinación de los derechos de los Estados miembros en lo referente a los agentes comerciales independientes (*Diario Oficial de las Comunidades Europeas* L 382/17).

concreto de la prestación, de suyo variable, depende de las singulares circunstancias. La configuración variable de esta prestación es, en buena medida, la causa de la relativa indeterminación de la prestación del cliente (5). El problema que nos proponemos afrontar no está en la determinación o identificación mínima de la prestación del cliente (se satisface el requisito principal, indispensable, de modo que no puede decirse que no haya objeto de la obligación, decidida su especie) sino en la "cantidad": es decir, sabemos que ocasiona un sacrificio económico en dinero pero no cuál es su alcance; es, por tanto, un supuesto de "determinación de la cantidad".

El verdadero problema se halla en establecer los criterios y la parte a la que se encomienda la determinación, en particular, la admisibilidad de la práctica común del arbitrio del prestador del servicio (6). Examinaremos los distintos criterios de los que podemos servirnos para la determinación, con particular atención a la eficacia de los baremos de honorarios. Si la determinación de la prestación no se considera adecuada, bien porque no se han empleado los criterios correctos, o bien porque el criterio elegido no se ha aplicado con exactitud, entrará en juego el procedimiento impugnatorio, de difícil construcción dada la escasez de datos normativos.

Por último, es pertinente examinar, de modo sucinto, la cuestión, propuesta por el Informe del TDC 1992 y acogida aparentemente por el art. 13 d) de la L 26/1984 General de Defensa de Consumidores y Usuarios, de la exigencia de un "presupuesto previo" en los contratos de prestación de servicios (7). Su verdadera utilidad parece res-

(5) Dificultad esta apreciada desde antiguo, así, en un caso de honorarios de abogado, la *sentencia del Tribunal Supremo* [STS] 27-12-1915 (*Jurisprudencia Civil* [JC], núm. 159, M. del Valle) estableció: "Es evidente que no puede apreciarse *a priori* la importancia y, por tanto, la cuantía de los honorarios que en el curso de cualquier reclamación judicial haya de devengar un letrado, la costumbre de su retribución sancionada en el art. 12 LEC, ha establecido su determinación *a posteriori* mediante la presentación de la minuta".

(6) En nuestro caso la cuestión es la integración de la relación contractual mediante una actividad comercial, se desarrolle por una de las partes o por un tercero (cfr. el art. 2.II de la derogada L 22-12-1953, por la que se regulan los arbitrajes de Derecho privado [BOE 24-12], LADPr), de modo que se excluyen las cuestiones "litigiosas" o sujetas a "controversia". Véanse los arts. 1, 4.1, 5.1, 11.1, 12.2, 23.2, 30.1, 38.2 *in fine*, y 61 de la L 26/1988, 5-12, de Arbitraje (BOE 7-12; LArb).

(7) Decía el Informe del TDC: "En el uso de los servicios profesionales la mejor defensa del consumidor es que los profesionales estén obligados a dar un presupuesto, juntamente con la libertad de publicidad. En lo que se refiere a precios, nada defiende mejor al consumidor que el conocimiento *a priori* del coste del servicio. La obligatoriedad de entregar un presupuesto antes de contratar el servicio es mucho más favorable

tringirse a las prestaciones de servicios manuales, y se integra sin dificultad en las obligaciones de información previas a la formación del contrato o dentro de su cumplimiento, como un caso de los denominados deberes de protección; y parece tanto más pertinente cuando en la determinación puedan concurrir circunstancias anómalas que difieran de las previsibles. Sólo alcanza pleno sentido como exigencia complementaria de una norma que autorice el arbitrio unilateral y fije sus límites.

II. LA ONEROSIDAD DE LOS CONTRATOS DE PRESTACION DE SERVICIOS COMO PRESUPUESTO

Un presupuesto que debe concurrir para discutir la determinación cuantitativa del precio es la onerosidad del intercambio; es decir la misma existencia de aquél. Por ello, es esencial dejar bien sentada, como regla, la onerosidad de los contratos de prestación de servicios. Esta puede establecerse desde dos perspectivas distintas: en primer lugar, calificando al contrato de prestación de servicios de un profesional como contrato de arrendamiento, y, por ende, declarando aplicables sus disposiciones generales, en particular, el art. 1544, *in fine* del Cc; y en segundo lugar, vinculando las nociones de onerosidad y profesionalidad, con independencia de la singular calificación que merezca el contrato (8). El Proyecto de Ley de reforma del Cc de 1994 en la materia (9) se refería a la cuestión en su exposición de motivos: "La esencial onerosidad del contrato —que en la actual redacción del Código Civil se formula mediante la referencia al "precio cierto"— admite, junto a la expresa fijación del importe de la retribución, su determinación en función de los usos o con arreglo al "valor común o de mercado". El proyecto incluye, al definir el contrato de servicios, art. 1583.I, la "retribución"; dedicando el art. 1585 a su determinación.

al consumidor que las llamadas tarifas orientativas, porque, con el conocimiento de esos precios, el consumidor puede elegir a un profesional teniendo en cuenta la relación precio-reputación que más le convenga".

(8) Caso de la rúbrica de la Secc. 1.ª, Cap. III, Tít. VI, Libr. IV CC ("asalariados"), y los arts. 1711.II, 1893 a contr Cc, ley 558 Fuero nuevo de Navarra, 277.I, 304.I, 350.5.º y 719 C de Com.; el RD Leg 1/1995, 24.3, texto refundido del Estatuto de los Trabajadores (BOE 29-3) señala la retribución como requisito de aplicabilidad [arts. 1.1 y 1.3 d) y e)].

(9) Proyecto de modificación del Código civil en materia de contratos de servicios y de obra, BOCG, Congreso de los Diputados, IV Legislatura, A 58-1, en adelante Proy. Cc/1994.

A nuestro juicio debe prescindirse de la "calificación" contractual para formular una presunción de onerosidad desde la profesionalidad del prestador del servicio; los efectos de la calificación del tipo contractual rebasan la cuestión de la retribución, entre otros, la integración de la actividad de cumplimiento, la introducción de terceros en la prestación, o la protección de la confianza en los casos de actuación extralimitada. La jurisprudencia ha desarrollado estas dos premisas: en primer término, ha extendido analógicamente la retribución del mandatario en razón de la profesionalidad (art. 1711.II Cc, patente en el art. 277.I C de Com.) a la prestación de otros servicios profesionales; en segundo término, ha establecido el binomio profesionalidad-onerosidad al margen de la calificación del concreto tipo negocial (si se trata o no de arrendamiento de servicios) (10). Podría decirse que, según la jurisprudencia, cuando es posible encontrar un criterio de determinación del precio, basta la constatación del necesario sacrificio económico, para considerar que el precio es "cierto" (arts. 1261.2.º, 1262.I y 1273, *in fine*, Cc) e impedir la invalidez del contrato por esta causa.

Sin perjuicio de estos argumentos normativos hay otros de pura política jurídica o de congruencia con el sistema económico capitalista de protección del crédito, que presume la pluralidad de sacrificios en el intercambio, y abonan la solución de la onerosidad, o al menos, sostienen la excepcionalidad de la gratuidad (11).

(10) *Vid.*, las SSTs 27-12-1915 (JC, núm. 159, M. Valle); 15-12-1917 (JC, núm. 207; A. Gullón); 8-7-1927 (JC, núm. 43; M. Moreno); 13-6-1929 (JC, núm. 130; S. Bajo); 14-11-1929 (JC, núm. 34, D. Medina), 22-1-1930 (JC, núm. 77; M. Avellón); 31-5-1930 (JC, núm. 161; J. García Valdecasas); 4-2-1950 (JC, núm. 74; F. Gil Casares); 19-1-1957 (JC, núm. 57; J. Serrada Hernández); 25-3-1988 (*Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi* [Ar] 2429; A. Carretero Pérez), 23-2-1989 (Ar 1395; J. Santos Briz), 31-5-1991 (Ar 3954; A. Gullón Ballesteros) y 15-12-1994 (Ar 10114; J. Santos Briz). No impide la prestación "gratuita" de servicios profesionales, aunque deben existir indicios relevantes de tal gratuidad para destruirse la "presunción de onerosidad"; un índice de gratuidad de la prestación es la relación de amistad, caso de la STS 9-3-1957 (JC, núm. 28; C. Oca Albarellos), o de parentesco entre las partes, caso de las SSTs 3-3-1926 (JC, núm. 3, L. Ibargüen) y 25-5-992 (Ar 4378; P. González Poveda). MONTES PENADES, V. L., "Perfiles jurídicos de la relación de gestión", *Contratos de gestión. Cuadernos de Derecho Judicial*. IX, dir. R. de Angel Yágüez, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1995, pp. 13 y ss.; pp. 24-26, plantea las dificultades de la prestación "gratuita" de servicios, incluso la pertinencia de calificarlos como tales.

(11) Cfr. DE CASTRO Y BRAVO, F., *El negocio jurídico*, Cívitas, Madrid, 1991, reimpresión de la edición de 1971, § 318; y DIEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*. I. Introducción. *Teoría del contrato*, Cívitas, Madrid, 1996⁵, p. 47.

La "especie" (art. 1273 pr Cc) en la que estarían de acuerdo las partes, para el caso que nos ocupa, se confundiría con la onerosidad y, más exactamente, con el pago de un precio "en dinero o signo que lo represente" (arts. 1445, *in fine*, y 1544, *in fine*, Cc).

III. LA DETERMINABILIDAD DE LA PRESTACION: LA EXTENSION DEL CONCEPTO

El contrato surge a la vida jurídica por el mero consentimiento (arts. 1254 y 1258 Cc) pero el acuerdo de voluntades no puede caer en el vacío sino que debe extenderse a la causa y objeto de aquél (art. 1262.I Cc) (12). La relación apuntada entre consentimiento y objeto es, precisamente, la que explica el requisito de la certidumbre o determinación, pues la falta de concreción del objeto sobre el que se contrata impide la existencia de vínculo contractual alguno (arts. 1261.II y 1273 Cc).

Para que la prestación cumpla el requisito de certeza exigido debe aparecer identificada por las partes. Sin embargo, se permite que tal identificación no se realice de una manera completa o exacta sino que, al tiempo de contratar, se dejen solamente establecidas las bases que permitan la determinación posterior (13). En este último supuesto, se habla de "determinabilidad" que significa que, en algún momento, puede conseguirse la subsanación de una "indeterminación" inicialmente permitida. No obstante, dicha posibilidad de subsanar está siempre sometida a la restricción contenida en la primera parte del art. 1273 Cc que impide subsanar una indeterminación en especie.

El art. 1273, *in fine*, Cc establece en cuanto al margen de indeterminación posible que "la indeterminación en la cantidad no será obstáculo para la existencia del contrato, siempre que sea posible determinarla sin necesidad de nuevo convenio entre los contratantes". Es decir, "la posibilidad de indeterminación está medida por la posible determinación, dentro de un amplio marco permisivo de

(12) El consentimiento pretende la producción de ciertos efectos. Como afirma SAN JULIAN PUIG, V., *El objeto del contrato*, Aranzadi, Pamplona, 1996, p. 38: "La importancia de la coincidencia de la oferta y la aceptación no está en las dos declaraciones de voluntad que concurren, sino en la fijación común del programa para su posterior realización que determinará que el objeto se cumpla o no".

(13) ROCA JUAN, J., "Determinación indirecta de la prestación en la relación obligatoria", *Anales de la Universidad de Murcia*, X (1951-1952), pp. 435-464, p. 436.

criterios, que supone aquí la sola y simple exigencia de que el criterio exista" (14).

El precepto reseñado (art. 1273 Cc) constituye la pieza angular en nuestro ordenamiento en materia de determinación aunque es, al propio tiempo, una norma de difícil interpretación que adolece de importantes lagunas. Permite la "determinabilidad", pero esta noción lleva aparejada, como consecuencia necesaria derivada de la misma, la existencia de los criterios que permitan la concreción última del objeto, transformando lo "determinable" en "absolutamente determinado". Sorprendentemente, la norma guarda absoluto silencio sobre cuáles puedan ser los criterios de determinación admisibles.

Se ha intentado la construcción de los criterios de determinabilidad atendiendo al estudio de la regulación contenida en el Código civil para ciertos contratos en particular (arts. 1447, 1448, 1449, 1598 y 1690 Cc). Suele llegarse a la conclusión de que cuando el objeto se determina de manera indirecta, por la remisión negocial que hacen los contratantes a una fuente externa, la determinación puede ser objetiva, en el supuesto de que se realice por remisión a criterios de tal naturaleza (arts. 1447 I y 1448 Cc), o bien subjetiva, en el caso de que se encomiende la determinación de la prestación a un tercero o a uno de los contratantes (arts. 1447, 1449 y 1690 Cc) (15).

Esta clasificación que es lugar común sólo sirve en cuanto resalta, como un supuesto singular que merece especial atención, el de la determinación unilateralmente realizada por un tercero o por una de las partes del negocio. La distinción no puede apoyarse en la circunstancia de que se requiera o no la intervención de un sujeto, pues la determinación por remisión a criterios objetivos la realizan en realidad los contratantes, mediante previsión efectuada en el propio contrato. Tampoco puede fundarse en los criterios a que deba ajustarse la decisión, ya que la determinación unilateralmente realizada puede basarse, lo mismo en un criterio objetivo, como lo "equitativo" o "razonable", que en uno subjetivo, como el simple "parecer" o "entender".

(14) MARTIN PEREZ, A., *Sobre la determinabilidad de la prestación obligatoria*, Instituto Editorial Reus, 1958, p. 17 [también en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* (RGLJ) (1958) II].

(15) *Vid.* por todos MARTIN PEREZ, *Sobre la determinabilidad*, cit., p. 31; y HERRERO GARCIA, M.^a J., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, XVII.1.º B, dir. M. Albaladejo y S. Díaz Alabart, Edersa, Madrid, 1993, sub. art. 1273, pp. 470-518, esp., pp. 484-518.

La determinación por remisión de los contratantes a criterios objetivos aparece más claramente regulada en nuestro ordenamiento (arts. 1447.I y 1448 Cc). Sólo plantea dificultades la llamada “venta con precio del vendedor”, que es figura que suele rechazarse dado su solapamiento con los casos reconducibles a la llamada determinación subjetiva de la prestación. Respecto de la determinación realizada por un tercero o por una de las partes de la relación contractual, se echan en falta criterios uniformes. El art. 1447 Cc, aplicable a la compraventa, permite que pueda encomendarse el señalamiento del precio a un tercero, aunque no especifica el criterio conforme al cual debe proceder; y el art. 1690.I Cc, relativo al contrato de sociedad, prevé la posibilidad de que los socios confíen a un tercero la designación de la parte de cada uno en pérdidas y ganancias, regulando un procedimiento impugnatorio para el caso de que “evidentemente haya faltado a la equidad”.

Las cuestiones que deja planteadas esta escueta regulación son complejas. Se destacan particularmente como principales problemas: en primer lugar, la admisión con carácter general de la determinación por un tercero aplicando extensiva o analógicamente los supuestos previstos en el Código civil (arts. 1447.I y 1690.I) (16); en segundo lugar, la admisibilidad de la intervención de la parte negocial en la concreción de la prestación a la que parece oponerse además de los arts. 1449 y 1690.II Cc, el principio de interdicción de la arbitrariedad (arts. 1115 y 1256 Cc); en tercer lugar, los criterios a los que ha de ajustarse la actuación del tercero o de la parte en el caso de que se admita; y, por último, la posibilidad de corregir o sustituir la decisión de aquéllos, a la vez que la configuración jurídica que deba darse a esta posibilidad.

En cualquier caso podemos hacer una constatación evidente: la noción “determinabilidad” que, en abstracto, es invariable, se expande en la práctica mediante la admisión de nuevos criterios de concreción de la prestación. La jurisprudencia, al menos en el ámbito de la prestación de servicios profesionales, ha venido ampliando progresivamente el campo de lo determinable mediante una interpretación notablemente flexiva del requisito del “precio cierto”. Se partió ya de antiguo

(16) La posibilidad de que se admita con carácter general el arbitrio de un tercero en la determinación de la prestación fue ampliamente estudiada y propuesta por ROCA JUAN en el ensayo citado y desarrollada magistralmente por DIEZ-PICAZO, L., *El arbitrio de un tercero en los negocios jurídicos*, Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1957, *passim*.

de la afirmación de que basta la posibilidad del establecimiento según la costumbre o la ley (17), para llegar a la más expresiva de que la determinación del precio es una "cuestión de hecho" (18), abriéndose la puerta a la valoración mediante la aplicación por el juzgador de todos los criterios de determinación que entienda lícitos (19).

La retribución de los servicios profesionales aparece en la conciencia social de nuestro tiempo como una consecuencia lógica derivada del contrato concertado entre profesional y cliente, aunque nada se haya concretado entre las partes sobre la extensión de aquélla e, incluso, aunque nada se haya mencionado sobre la necesidad de tal retribución. La necesidad de remunerar el servicio se entiende como una premisa insalvable en la mayor parte de los supuestos, de modo que lo que pasa a discutirse es la admisibilidad y función de los diversos criterios que sirven para la cuantificación de aquélla.

En ocasiones, la jurisprudencia ha derivado de la extensión de la determinabilidad, es decir, de la posibilidad de aplicar un criterio de valoración al servicio prestado, la existencia de contratos de "obras" y "servicios", prescindiendo de una reflexiva valoración sobre la auténtica naturaleza del intercambio (20). El proceso lógico debe ser

(17) STS 18-10-1899 (JC núm. 25, E. Lassús).

(18) STS 24-11-1954 (JC núm. 60, C. Oca Albarellos).

(19) A modo de ejemplo, las siguientes sentencias dan idea de la flexibilización con que se viene interpretando el requisito de la "certeza" en los contratos de obras y servicios: STS 6-6-1983 (Ar 3291; J. L. Albácar López): "Los servicios de las personas que ejercen profesiones liberales encajan en el contrato de arrendamiento de servicios, entre cuyos elementos reales y como requisito esencial se encuentra el precio cierto, que no es indispensable que se concrete de antemano, por ser suficiente con que su determinación pueda llevarse a efecto con posterioridad por los propios interesados o un tercero, o a través de tasación pericial"; STS 4-7-1984 (Ar 3797; J. de Castro García): "No es indispensable la fijación del elemento del precio al tiempo de la celebración del contrato de arrendamiento de servicios, normalmente determinable por la costumbre o con arreglo a la equidad y sobre todo acudiendo a las pautas orientadoras que proporcionan las tarifas corporativas, lo que impedirá toda hipótesis de enriquecimiento injusto"; y STS 21-10-1985 (Ar 4956; M. Martín-Granizo Fernández): "En el contrato de arrendamiento (de obra) no es preciso que el precio se concrete de antemano o en el instante de celebrarlo, siendo suficiente con que dicha determinación pueda realizarse después, tanto por los propios interesados o por un tercero, como por el propio juzgador en la instancia, atendida la tasación pericial practicada en el curso de la misma o, incluso, a través de la apreciación de otros elementos probatorios".

(20) PEREZ GONZALEZ, B.-ALGUER, J., *Anotaciones a ENNECCERUS, L.-KIPP, T.-WOLFF, M., Tratado de Derecho civil*, Tom. II-2º, Vol. 1.º, Bosch, Barcelona, 1966³, p.

el contrario, de modo que, concurriendo el precio como requisito estructural siempre que así resulte de la calificación jurídica del contrato, deducida de la intención de los sujetos, la cuestión de la determinabilidad puede flexibilizarse hasta el límite que permita el ordenamiento a través de la identificación de los criterios lícitos de determinación.

Una manifestación de la extensión de la "determinabilidad" en el sentido de ampliación del campo de criterios admisibles aparecía patente en el fracasado Proy. Cc/1994 que incorporaba como criterios supletorios de determinación, en defecto de pacto, los "usos" y el "valor común o de mercado" (arts. 1585 y 1588 Proy Cc/1994). En nuestra opinión, se pretendía que se procediera a la cuantificación del precio, cumplido el simple requisito de que se hubiera convenido un intercambio de servicio y retribución.

La misma amplitud de la "determinabilidad", aunque escape del tema que tratamos puede predicarse respecto a la retribución del agente, dados los términos en que se regula dicha retribución en el artículo 11.1 de la LCAG, que recoge como criterios supletorios de determinación para el caso de que nada se haya pactado al respecto, los "usos" y la "retribución razonable".

Por último, una tendencia similar se observa en las leyes uniformes que tratan de favorecer los intercambios internacionales. En este contexto se encuadra la Ley Uniforme sobre Venta Internacional de Mercaderías aprobada por el Convenio de La Haya en 1964 que establecía en su artículo 57 que, en defecto de precio pactado en el contrato, el comprador debía pagar el precio que "el vendedor practicara habitualmente al tiempo de la conclusión del contrato". El artículo 55 CNUV entiende que existe una referencia implícita al "precio generalmente cobrado" en el supuesto de que ni expresa ni tácitamente se haya señalado un precio. Y, en los principios del Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT), se sigue en la misma línea aunque con una referencia al "precio razonable", art. 5.7. (1), que se convierte aquí

460: se refieren de algún modo a la confusión que puede producirse entre calificación contractual y determinación: "Cabe aquí una aplicación analógica del art. 1711 Cc pero con un alcance distinto, porque, el art. 1711 se refiere a supuestos en los que se da por cierta la existencia de mandato, y solamente falta determinar si es gratuito o retribuido, mientras que la aplicación de este precepto al contrato de arrendamiento de servicios (contrato esencialmente oneroso) tendrá lugar en casos en que presumir la obligación de retribuir equivale a calificar el contrato como arrendamiento de servicios y excluirla equivale a excluir el contrato mismo".

en un criterio que puede venir a colmar determinadas lagunas en casos de operaciones excepcionales sin parangón en el tráfico comercial (21).

No existen obstáculos legales para la admisión de cualquier criterio lícito de determinación. Como dijera Martín Pérez: "Se comprende, de todos modos, la tendencia a generalizar la determinabilidad. Siempre que exista un criterio parece que estamos ante una indeterminación subsanable, y con ello admisible desde el punto de vista de la exigencia del vínculo, única que parece ha de tomarse en cuenta en el plano estructural de la obligación" (22).

La realidad jurídica impone la necesidad de dar cobertura legal a los intercambios de bienes y servicios que se realizan día a día en el tráfico actual. Manteniendo una concepción rígida en materia de determinación del precio, la propia técnica jurídica nos llevaría a considerar ineficaces un gran número de contratos (arts. 1115, 1256, 1261, 1273, 1445, 1449 y 1544 Cc) que están canalizando los intercambios de bienes y servicios. No puede negarse la realidad de tales intercambios y, si se niega, el restablecimiento del equilibrio patrimonial será un objetivo difícilmente alcanzable.

El principio de conservación del negocio jurídico deviene argumento favorable a la extensión de los criterios de determinación admisibles. El mantenimiento de la eficacia del negocio jurídico, a través de la admisión de nuevos criterios, permite respetar la voluntad real de los sujetos. Resulta muy expresiva la afirmación de Gordillo en el sentido de que "en nuestro Código civil el art. 1289 puede ser la prueba de un esfuerzo legal, sin posible paralelo en materia de nulidad en sentido propio, por evitar el naufragio del propósito negocial en casos que, de otro modo, habrían de considerarse de inexistencia negocial. Un esfuerzo que, en Códigos más modernos, avanza a terrenos más concretos, hasta llegar a predisponer medios para salir de la indeterminación del objeto, y de esta forma impedir la frustración del contrato (§§ 317-319 BGB; arts. 1473 y 1286-1.287 *Codice*; art. 549 Código portugués). La nulidad propiamente dicha se impone como expresión de la primacía de la ley sobre la voluntad privada en contrario; la ine-

(21) *Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales*, Unidroit, Roma, 1995.

(22) MARTIN PEREZ, *Sobre la determinabilidad*, cit., p. 18; interesante la afirmación de SCAEVOLA, M., *Código Civil*, XXIV, Primera parte, edición revisada y puesta al día por L. RODRIGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE, Reus, Madrid, 1952, p. 418: "El concepto de certeza del precio es amplísimo y no debe ser interpretado restrictivamente sino amplificativamente porque ensanchando su ámbito se favorece el comercio jurídico".

xistencia se padece, más que se impone, y, en la medida de lo posible, se la trata de impedir" (23).

En las reclamaciones de retribuciones por prestación de servicios profesionales que se plantean en la práctica alega siempre, quien pretende eludir el pago, la gratuidad del contrato o la ausencia del mismo. En algunas ocasiones, se aduce que la prestación del servicio se realizó en forma gratuita, desinteresada o por simples motivos de caridad. Pero, en la mayoría de los supuestos se pretende que la indeterminación de la prestación es absoluta, pues no se estableció en el contrato ningún criterio que pudiera hacer posible la valoración posterior del "servicio". Son escasas las ocasiones en que los tribunales han dado valor a tales argumentos declarando la ineficacia del negocio por ausencia de objeto (24). Los usos, los baremos colegiales, la equidad, la valoración pericial o el simple parecer del juez permiten la determinación de la prestación con el único límite de que se acredite en forma suficiente el servicio prestado (25).

Otra razón para inclinarse por la extensión de la "determinabilidad" es la de los problemas restitutorios en las obligaciones de hacer, irrestituibles *in natura*. Si se declarara la invalidez del contrato de

(23) GORDILLO CAÑAS, A., "Nulidad, anulabilidad e inexistencia. (El sistema de nulidades en un Código latino situado entre la primera y la segunda codificación)", *Centenario del Código Civil*, I, Asociación de Profesores de Derecho civil, Ceura, Madrid, 1990, pp. 935-983, p. 970.

(24) Como casos aislados en que los Tribunales, en una situación de conflicto, han optado por estimar la inexistencia del contrato por insuficiente determinación de la prestación. Así, SSTS 18-10-1899 (JC núm. 25, E. Lassús); 8-1-1909 (JC núm. 11, R. Barroeta), 5-12-1925 (JC núm. 186, J. García Valdecasas); 8-7-1927 (JC núm. 43, M. Moreno); 14-5-1929 (JC núm. 35, J. García Valdecasas); 19-12-1953 (JC núm. 134, L. Aller Ulloa); 20-7-1994 (Ar 6511, R. Casares Córdoba) y *sentencia de la Audiencia Provincial [SAP] Avila, 13-2-1995 (Actualidad Civil @1178/1995)*.

(25) Tal límite se recogió por primera vez en la STS 18. 1. 1941 (Ar 5), que refiriéndose a la remuneración como elemento esencial del arrendamiento de servicios señaló "puede ser fijada por períodos de tiempo o por unidades de obra realizada (piezas, medidas o actuaciones singulares); y es obvio que cuando la retribución se señala en esta última forma como sucede cuando el médico es pagado según el número de visitas, asistencias o intervenciones profesionales es imprescindible, para el éxito de la reclamación de pago, la determinación cuantitativa de la obra o trabajo realizado, y, por consiguiente, incumbe al actor probar, como hechos constitutivos de la correspondiente pretensión, no sólo la existencia del contrato y el precio expreso tácitamente convenido, sino también la efectiva prestación de los servicios". La sentencia fue ampliamente comentada por BONET RAMON, F., "Naturaleza jurídica de los servicios prestados por los médicos y demás personas que ejercen profesiones liberales: Contrato de arrendamiento de servicios: Elementos esenciales. Modos de fijar la remuneración. Cuándo es exigible su pago", *Revista de Derecho Privado [RDPr]* 1941, pp. 160-165.

prestación de servicios bien por infringir una prohibición (sería un supuesto de “nulidad” del contrato, por ejemplo, caso de pacto de *cuota litis*, art. 56.1.II *in fine* EGAbog) (26) o bien por falta de objeto (arts. 1261.2.º y 1273, *in fine*, Cc), su efecto principal sería la restitución recíproca de las respectivas prestaciones (art. 1303 Cc). Como la prestación de servicios es de suyo irrestituible *in natura* debería procederse a su “estimación”: ¿qué criterio serviría para apreciar tal prestación e impedir el enriquecimiento del cliente? (el art. 1547 Cc dice “el precio que se regule”). Esta parece la razón principal para conservar la vigencia del contrato a toda costa, al margen incluso de una voluntad contractual implícita (27). Es decir, es necesario que al menos se haya convenido el intercambio de servicio y retribución para que surja el tipo contractual pero, faltando tal convenio (la verdadera novedad del Proy. Cc/1994 es establecer la presencia de un acuerdo de esta clase como límite a la determinación) lo que procederá será calificar la situación, bien como prestación gratuita o como gestión inoficiosa. Por ello, lo que el Proy. Cc/1994 trató de sortear es el art. 1256 Cc ampliando el margen de determinación, como se deduce de la inclusión de criterios supletorios y de la supresión de la expresión “precio cierto”. Desde luego, no es previsible que el juez emplee el mismo criterio para integrar la determinación del precio que para estimar la prestación restituible, porque en un caso se trata de integrar la voluntad contractual (mediante una fuente heterónoma, caso de los usos) y en el otro de desarrollar un efecto legal de la propia pretensión de invalidez, es decir, no hay por qué ponderar las expectativas de ganancia del prestador del servicio (su interés contractual positivo).

A modo de conclusión, podemos afirmar que el límite de la indeterminación que podrá ser paliada mediante la aplicación de diversos criterios, se encuentra en la voluntad de vincularse con-

(26) RD 2090/1982, 24-7, del Estatuto General de la Abogacía (BOE 2-9), EGAbog, en adelante. Para un caso de *cuota litis*, se elude el problema a través del art. 1306.1 Cc en la *sentencia de la Audiencia Territorial [SAT] Granada 19-11-1987 [Revista General de Derecho (RGD) 531 (1988), p. 7423]*.

(27) Como afirma CORDERO LOBATO, E., “Notas al proyecto de ley por el que se modifican los contratos de obras y servicios”, *RDP* octubre (1995), pp. 875-898, p. 879, el art. 1585 del Proy. Cc/1994 es un modo hábil de sortear el art. 1261.2 Cc. Con un propósito parecido el art. 11.1 LCAG, así LLOBREGAT HURTADO, M.ª L., *El contrato de agencia mercantil: Comentario sistemático de la Ley 22/1992 de 27 de mayo sobre contrato de agencia* (BOE 129, de 29 de mayo de 1992), J. M.ª Bosch Editor S. A., Barcelona, 1994, p. 160.

tractualmente en forma onerosa. Un acuerdo mínimo del que pueda deducirse la intención de contratar para realizar un intercambio oneroso de prestaciones, dejará abiertas las puertas a la aplicación de todos los posibles mecanismos de concreción de la medida del intercambio.

IV. LA DETERMINACION SUBJETIVA DE LA PRESTACION: SU SUJECION A LIMITES COMO EXIGENCIA

Cuando hablamos de determinación subjetiva de la prestación, nos referimos a la posibilidad de que la determinación de la prestación sea confiada, o a una persona ajena al negocio jurídico de que se trate o a una de las partes de la relación contractual. En ambos supuestos, cabe referir la actividad de determinación de la prestación, a la categoría del arbitrio negocial. Las dos posibilidades suponen la remisión de una actividad que normalmente realizan las partes a un juicio diverso.

Tanto si la determinación de la prestación se confía a un tercero como si es a una de las partes, debe dilucidarse el criterio al que deba sujetarse el arbitrador. El estudio de las fuentes romanas proporcionó una distinción que ha llegado hasta nuestros días, atendiendo a la motivación en que debía fundarse la decisión del arbitrador (28). El *arbitrium merum* suponía que el simple parecer del arbitrador debía ser acatado fuera justo o injusto. El *arbitrium boni viri* obligaba al arbitrador a decidir dentro de los límites de la equidad (29). Los autores del Derecho Común extienden para todo tipo

(28) En el Derecho romano clásico no se admitió el arbitrio de una de las partes del negocio, pero sí la intervención de un tercero en la determinación del *quantum* de las prestaciones. GAYO, *Instituciones*, 3, 140, plantea la cuestión de la "determinación del precio por un tercero", y la falta de acuerdo sobre tal extremo. La posibilidad de que fuera un tercero el que determinara el precio en la compraventa se admitiría posteriormente en una Constitución de Justiniano del año 530, que quedó incorporada a la compilación: *Codex* [C] 4, 38, Const. 15. Aquella regla se incorporó a las *Partidas* 5, 5, 9: "Si el comprador e el vendedor se avienen en otro home alguno, metiéndolo en su mano, que el señalasse el precio, por quanto sa vendida la cosa, estonce señalando el precio, aquel en cuya mano lo ponen, valdría la vendita. E si este en cuya mano lo meten señalasse el precio desaguissadamente, mucho mayor o menor de lo que vale la cosa, estonce deve ser endereçado el precio según alvedrío de omes buenos. Mas si aquel, en cuya mano lo meten, muriesse ante que señalasse el precio, estonce non valdría la vendita".

(29) *Vid.* DIEZ-PICAZO, *Arbitrio de un tercero*, cit., p. 131.

de negocios la aplicación del arbitrio de buen varón. La razón es de pura lógica: las partes no pudieron obligarse a aceptar un arbitrio irracional o contrario a la equidad. En realidad, la distinción entre ambos tipos de arbitrio se clarifica cuando se admite el arbitrio de parte (30). Albertario realiza un profundo estudio del *arbitrium boni viri* en el Derecho romano y concluye que son los juristas justinianeos quienes admiten la validez de la obligación con prestación sometida a la determinación de una de las partes, pero condicionada a la circunstancia de que el contratante se comporte como un *bonus vir*, es decir, que no se trate de un mero arbitrio sino de la decisión de una persona honrada. Relaciona la innovación con un movimiento ético social profundamente influido por la doctrina de los padres de la Iglesia que introduce un nuevo espíritu; buena prueba del cual, puede ser por ejemplo, la teoría del "precio justo" (31). El Derecho romano justiniano salva la validez de la obligación cuyo objeto debe ser determinado por un contratante, pero imponiendo un freno al arbitrio de éste y, concretamente, que la determinación del objeto sea el resultado de una valoración, no caprichosa, sino reflexiva, desde la consideración de que los intereses egoístas de las partes deben ser sacrificados para dar paso a la equilibrada consideración de dos intereses contrapuestos.

El Código civil español estableció diversas normas de difícil interpretación y en las que no aparece reflejada, al menos de forma clara, la distinción entre una y otra clase de arbitrio (arts. 1447.I, 1449 y 1690 Cc). La distinción sí resulta contemplada de forma más clara en otros ordenamientos jurídicos, en particular el italiano y el alemán, donde se recoge una presunción de aplicación preferente del arbitrio de equidad (§§ 315.I, 317.I BGB y art. 1349 Cc italiano). En nuestro ordenamiento la extensión del arbitrio de equidad como regla general se fundamenta en una aplicación analógica del artículo 1690.I Cc (32). Puede añadirse

(30) Supuestos de arbitrio de parte son: *Digesto* [D] 17, 2, 6 (Pomponio); D 19, 2, 24 (Paulo); D 30, 1, 75 (Ulpiano).

(31) Vid. ALBERTARIO, E., "L'arbitrium boni viri del debitore nella determinazione della prestazione", "La nullità dell'obbligazione per l'indeterminatezza della prestazione" y "L'arbitrium boni viri nell'onerato di un fedecomesso", *Studi di Diritto Romano*, Vol. III, *Obbligazioni*, Milano, 1936, pp. 285-310, 313-327 y 331-363, respectivamente. En estos tres trabajos el autor hace un exhaustivo estudio de las interpolaciones efectuadas sobre los textos romanos fijándose en muy diversas figuras como la dote, la sociedad, el mandato, la *locatio conductio*, la *promissio iura liberti*, el legado y fideicomiso o la compraventa.

(32) Vid. DIEZ-PICAZO, *Arbitrio de tercero*, cit., pp. 142-145; VALPUESTA GASTAMINZA, E., *La prohibición de la arbitrariedad en el ámbito contractual privado*, Universi-

un argumento de política jurídica, que sería el criterio de normalidad que inspira el Derecho de contratos, el cual se conjuga con las expectativas normativas de las partes: es probable que si las partes hubieran tenido ocasión de pactar sobre la cuestión, se hubieran inclinado por un criterio objetivo.

Se observa, en cualquier caso, una tendencia a objetivar en la medida de lo posible la intervención del arbitrador manifestada, por un lado, en la opinión favorable a la presunción de arbitrio de equidad y necesidad de pacto expreso cuando de mero arbitrio se trate, y, por otro, en la construcción del arbitrio simple sobre los postulados de la buena fe negocial, transformándolo así en un "arbitrio de buena fe" (33). Al final, parece que lo importante es que el arbitrio se ajuste a unas ciertas bases sean las que sean. La reconducción del arbitrio simple a las exigencias de la buena fe negocial acerca hasta la confusión las dos modalidades de arbitrio (34). Detrás de la tendencia objetivadora del arbitrio se encuentra la repulsa a la voluntad caprichosa, en último término, el deseo de conjurar la arbitrariedad. Si una persona contrae una obligación cual es la de cuantificar uno de los elementos del contrato, quedará sometida, como mínimo, a las normas de la buena fe (arts. 7 y 1258 Cc), y esta razón es suficiente para rechazar el arbitrio concebido en términos de pura voluntad.

En cualquier caso, la sujeción del arbitrio a ciertos límites que permiten el control de la decisión evitando la pura arbitrariedad, hace irrelevante quién sea la persona que deba proceder a la determinación: una de las partes o un tercero.

dad de Navarra, Pamplona, 1989, pp. 249-250; y CAPILLA RONCERO, F., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, XXI-1.º, dir. M. Albaladejo, Edersa, 1986, sub. art. 1690 Cc, pp. 387-407, pp. 401-402. Una solución de preferencia por el arbitrio de equidad se encuentra en el art. 4.2 LArb.

(33) HERNANDEZ GIL, A., *Obras completas*, Tom. II, *Derecho de las obligaciones*, Espasa Calpe, Madrid, 1988, pp. 60-61; DIEZ-PICAZO, *Arbitrio de tercero*, cit., p. 139; ALBALADEJO, M., *Derecho civil II, Derecho de obligaciones*, Vol. 1, *La obligación y el contrato en general*, Bosch, Barcelona, 1994⁹, p. 27; y GARCIA CANTERO, G., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, XIX, dir. M. Albaladejo y S. Díaz Alabart, Edersa, 1991², sub arts. 1447-1449 Cc, pp. 43-60, p. 48.

(34) Sobre la dificultad de diferenciar arbitrio de equidad y arbitrio de buena fe, sobre todo, cuando se parte de una concepción objetiva de aquella, *vid.* DIEZ-PICAZO, *Arbitrio de un tercero*, cit., pp. 140-141; y HERRERO GARCIA, *Coms Edersa CC*, XVII 1º B, , sub art. 1273 Cc, pp. 511-512.

V. EL ARBITRIO DE PARTE EN LA DETERMINACION DE LA PRESTACION

La posibilidad de que sea un tercero el que por remisión de las partes verifique la determinación no plantea problema alguno (35). Sin embargo, salvo opiniones aisladas, se ha sostenido que la determinación de la prestación por una de las partes es inadmisibile en nuestro Derecho (36). La posición apuntada se apoya en los arts. 1449 y 1690.II CC y, sobre todo, en el principio prohibitivo que parece deducirse de los arts. 1115 y 1256 del mismo cuerpo legal. Nosotros vamos a intentar justificar la licitud de la determinación de la prestación por uno de los contratantes partiendo del estudio de los mismos preceptos en que se funda la doctrina para negar aquélla.

1. Los peligros propios de la determinación de la prestación en general y los remedios para evitarlos

Sin perjuicio de un ulterior examen de la prohibición general de arbitrio de parte, debemos afirmar lo siguiente: las reglas sobre determinación de la prestación se insertan en otras más generales que tienen como presupuesto evitar (o reducir la ocasión de su ocurrencia) al menos, tres peligros, reconducibles a la necesaria subsistencia del vínculo contractual. Veámoslos junto con los mecanismos ideados para conjurarlos.

(35) Por todos, DIEZ-PICAZO, *Arbitrio de un tercero*, cit., p. 37.

(36) A veces desde un planteamiento de *lege ferenda* se ha defendido la posibilidad del arbitrio de parte: DIEZ-PICAZO, *Arbitrio de un tercero*, cit., pp. 104-106; para el contrato de sociedad, CAPILLA RONCERO, *Coms Edersa CC*, XXI-1.º, sub art. 1690 Cc, p. 390: "El criterio del legislador es excesivamente rígido y que, si lo que realmente se pretende es impedir que el socio llamado a decidir no actúe imparcialmente, eso se consigue requiriendo que la decisión del mismo, en vez de enteramente libre, quede sometida a la equidad". En otras ocasiones, se ha hablado de su admisibilidad como una cuestión de *lege data*: PEREZ GONZALEZ/ALGUER, *Anotaciones ENNECCERUS*, II-1.º, pp. 29-30; SCAEVOLA, Q. M., *Código Civil*, XIX, revisada por P. MARIN PEREZ, Reus, Madrid, 1957², p. 1141; HERNANDEZ GIL, *Obras completas*, cit., p. 60; y HERRERO GARCIA, *Coms Edersa CC*, XVII 1º B, sub art. 1273 Cc, p. 517. DIEZ-PICAZO, que antes había hablado desde un planteamiento *lege ferenda*, lo hace recientemente en otros términos en "La formación del contrato", *Anuario de Derecho Civil [ADC]* (1995) I, pp. 5-31, p. 8: "Se puede entender válida la remisión al arbitrio de una de las partes en la fijación del precio, siempre que éste sea realizado de acuerdo con un arbitrio *boni viri* con la consiguiente remisión a un arbitrio corrector".

a) En primer lugar, el peligro de la disolución o desaparición unilateral del vínculo jurídico sin motivo o causa que lo justifique, en su doble vertiente de existencia y sujeción (arts. 1102, 1115, 1256, 1261.2 Cc). Desde este presupuesto se comprende la exigencia de determinabilidad del objeto del contrato (art. 1273, *in fine*, Cc) y, más en general, la regla deducible en materia de desistimiento y revocación unilateral de los contratos onerosos o de tráfico (la exigencia de causa; véanse, entre otros, los arts. 1594, 1700.4, 1732.1 y 2, y 1736, *in fine*, Cc). Tal peligro se extiende a la modificación unilateral sobrevinida del contrato (art. 1203 Cc), en ocasiones, de gran utilidad para garantizar su economía (caso de la doctrina jurisprudencial sobre la cláusula *rebus sic stantibus* o sobre el art. 1593 Cc y el "aumento de obra").

El peligro de que se diluya la vinculación jurídica del contrato (su "fuerza de ley" como expresivamente dice el art. 1091 Cc), porque una de las partes pueda decidir unilateral y libremente sobre tal cuestión, se conjura impidiendo su plena disponibilidad por parte del deudor (art. 1115 y 1256 Cc, porque el acreedor siempre tiene la posibilidad de condonar el crédito, arts. 1143 I, 1146, 1187 Cc, entre otros) salvo que exista un motivo que justifique su ineficacia (resolución, desistimiento, revocación, denuncia). En nuestro caso, se confía a una de las partes "no" la misma existencia del vínculo, puesto que existe un contrato oneroso, sino la fijación de la cuantía de una de las prestaciones (37).

b) En segundo lugar, el peligro de parcialidad en la decisión de un conflicto de intereses. Dicho de otro modo, deben evitarse aquellas reglas que favorezcan a uno de los intereses en conflicto sin que haya una razón específica para ello. Para impedir su ocurrencia se opta, normalmente, por deferir, legal o convencionalmente, la decisión a un tercero, extraño al contrato, con varias denominaciones: "árbitro", "amigable componedor", "perito" o simplemente "tercero": arts. 402.I, 579.II, 603.II, 670 a contr., 671, 1057 y 1058 ("contador-partidor"), 1447, 1690.I, y el derogado 1820 Cc.

(37) Dice BADOSA COLL, F., *Dret d'obligacions*, Barcanova/Publicacions Universitat de Barcelona, Barcelona, 1990, p. 58: "Una determinació o identificació mínima és indispensable per a l'existència del "deure" jurídic de la prestació perquè limita la discrecionalitat del deutor. A partir d'aquesta concreció mínima, també és jurídicament rellevant que la descripció de la cosa o servei o abstenció sigui més laxa o "determinable" o més estricta o "determinada". El art. 1102 Cc impide, además, la renuncia anticipada a la facultad de exigir el cumplimiento, porque en tal caso la diferencia entre estar y no obligado dependería de la sola voluntad del deudor.

La garantía de la imparcialidad se obtiene de estas dos maneras: prohibiendo, en primer lugar, la decisión unilateral a quien forma "parte" del conflicto de intereses, porque debe presumírsele, en buena lógica, "parcial", y, además, que será "arbitrario" (arts. 1449, 1690.II Cc); y, en segundo lugar, remitiendo a un "tercero" la decisión (arts. 1447, 1690.I Cc ó 55 CNUV), del que puede presumirse su imparcialidad porque no es titular de ninguno de los intereses en conflicto: las garantías se extienden a su designación y actuación (38).

La solución ofrecida para moderar la aparente prohibición general de la autocontratación nos sirve para calibrar las garantías de la imparcialidad, con el fin de admitir su licitud dentro de ciertos límites; es más, es una buena muestra de la necesidad de interpretar las normas prohibitivas desde su "fin de protección". En la autocontratación una misma persona está legitimada para vincular eficazmente dos intereses divergentes, uno propio y otro ajeno, al que representa, supuesto en que parece probable la posposición del ajeno por el propio, en detrimento del primero (arts. 1715 a contr. y 1891, *in fine*, Cc), es decir, con tal prohibición se persigue asegurar que no padezca perjuicio el interés del representado. Lo relevante para establecer la prohibición es el peligro, el riesgo de parcialidad en razón de la incompatibilidad de los intereses contrapuestos, propia de los contratos onerosos.

El riesgo de parcialidad en esta materia se combate, sin necesidad de prohibir, imponiendo criterios objetivos: sea a través de la intervención de un tercero que valore y pondere el interés del representado (el "defensor judicial" caso de los arts. 163, 221.2 y 3, 237 *bis*, y 299-302 Cc, en razón del agudo conflicto de intereses presente en la representación legal por su función eminentemente tuitiva); o sea, en segundo lugar, cuando el tráfico económico está sujeto a un sistema de formación objetiva de los precios, inmodificables por voluntad unilateral, que borra la posibilidad de posposición de intereses. O sea, por último, mediante la autorización del representado, ya sea expresa (art. 267.I C de Com) o tácita (la actuación ventajosa es una

(38) Sobre su designación: véase el art. 9.3 LArb; y sobre su actuación, es decir, su sumisión a las causas de recusación y abstención, causas que presumen la parcialidad: arts. 219 y 220 LOPJ, 12.2, 17 y 18 LArb. Es muy expresivo en este punto el art. 219.9 LO 6/1985 del Poder Judicial que incluye entre los motivos de abstención (y recusación): "Tener interés directo o indirecto en el pleito o causa"; como dice el brocardo, *nemo iudex in causa propria*. Respecto a la imparcialidad como requisito de idoneidad del arbitrador, DIEZ-PICAZO, *Arbitrio de tercero*, cit., pp. 183, 189-191.

exigencia propia de la relación representativa en virtud de los arts. 7.1, 1258 y 1715 *ad maiorem* Cc, pudiendo calificarse la posposición como "abuso" más que como "extralimitación" en el ejercicio de la representación), de modo que la prohibición general carece de sentido (art. 1459.2 Cc). Podríamos decir que la autorización suprime el conflicto y la remisión a criterios externos reduce la discrecionalidad del representante (39).

El peligro de parcialidad en la decisión de un conflicto de intereses entre las partes se evita, en nuestro caso, con la autorización expresa o implícita para la determinación por una de ellas o por un tercero, siempre que se remitan bien a una práctica común, o bien a los usos del tráfico, en fin, a un criterio objetivo (arts. 1448 Cc, 277.II, 304.II C de Com., 11. 1 LCag, 35. 1 LArb y 55 CNUV); en ambos casos, el criterio es conocido o al menos, cognoscible en cuanto que es público. Tenemos en cuenta que, en nuestro caso, es el acreedor de la prestación (el prestador del servicio) quien fija el precio, de modo que la incertidumbre sobre el alcance de la onerosidad grava al deudor, que desconoce la intensidad de su sacrificio.

(39) Sobre el conflicto de intereses como fundamento de la prohibición de autocontratación, y para el caso en que éste se conjure o los intereses se garanticen debidamente declaran lo improcedente de la prohibición: DE CASTRO y BRAVO, F., "El autocontrato en el Derecho privado español", *RGLJ* 151 (1927), pp. 334-455, pp. 367 y 374-375; GARCIA-VALDECASAS, A., "La prohibición de compra a los encargados de vender y la jurisprudencia del Tribunal Supremo", *RDPr* (1960) junio, pp. 449-462, pp. 451 y 462; y DIAZ DE ENTRE-SOTOS FORNS, M.^a, *El autocontrato*, Tecnos, Madrid, 1990, pp. 110-111 y 186. OTERO LASTRES, J. M., "La autoentrada de los Agentes de Cambio y Bolsa", *Estudios de Derecho mercantil en homenaje al Profesor Antonio Polo*, Edersa, Madrid, 1981, pp. 783-810, p. 787, resume con claridad los peligros de la autoentrada (autocontrato) del comisionista: "El comisionista, que venía obligado como gestor de intereses ajenos a cuidar y defender los intereses del comitente, y que subordinaba sus intereses a los de éste hasta el punto de convertirse en una especie de colaborador suyo, pasa a ser, como consecuencia de la autoentrada, titular de un interés propio y egoísta que pretende satisfacer a costa del interés del comitente. Y lo que es aún más grave: al poder vincular con sus decisiones el patrimonio del comitente, el comisionista que practica la autoentrada tiene la posibilidad de decidir a su favor este conflicto de intereses. Ahora bien, el peligro de que el comisionista anteponga sus intereses a los del comitente no depende tanto de que se produzca la autoentrada, cuando del hecho de que queden sometidas a la voluntad de las partes, y más concretamente a la del comisionista, las condiciones del negocio de realización. Si se sujeta, pues, esa voluntad a los límites fijados objetivamente en un mercado público, desaparece este peligro y, consiguientemente, la autoentrada se presenta como una institución llena de ventajas".

c) Por último, el peligro de la arbitrariedad en la decisión de un conflicto, entendida ésta como simple capricho, no sometido a ninguna clase de control; ésta es, según creemos, la limitada razón de la prohibición en los arts. 1449 y 1690.II Cc y no la simple intervención de “una” parte. Como regla deben preferirse las actuaciones motivadas, fundadas en alguna causa; el arbitrio de “equidad” del art. 1690.I Cc puede ser un buen modelo. El peligro de arbitrariedad se conjura limitando el juicio, la decisión en que se sustancia la determinación, conforme a criterios objetivos, que son externos a quien emite el juicio, sujeto éste que por tal razón es sustituible en su tarea (así, en el caso del art. 1690.I Cc, el juicio de “equidad”), o bien conforme a criterios subjetivos mensurables y en todo caso afectados por el límite general de la buena fe.

Este último mecanismo es quizá la clave de la cuestión: el problema no es designar quién decidirá, si un tercero o las partes, sino el criterio conforme al cual lo hará; es más, es probable que las partes estén más interesadas en la claridad del criterio de decisión que en la designación del encargado de ejecutarlo. En último caso, en el arbitrio de buena fe o mero arbitrio (caso del art. 1447.I, *in fine*, Cc) parecen coincidir designación nominal y criterio elegido, porque se confía en el criterio de un sujeto concreto, es decir, la cualidad decisiva para la elección de tal persona es que las partes confían en “su” parecer.

2. El alcance de la prohibición del arbitrio de parte

El rechazo al arbitrio de parte se ha pretendido localizar en los arts. 1.449 y 1.690.II Cc de los que podría inducirse un principio prohibitivo, pero, sobre todo, en el art. 1.256 Cc que sería el que encierra la regla general. Nosotros entendemos que estos preceptos abordan problemas distintos.

Los arts. 1.449 y 1.690.II Cc contienen normas particulares que pretenden evitar los peligros de parcialidad y arbitrariedad a los que antes nos hemos referido. Pero, el obstáculo normativo que pudieran representar en punto a la admisión del arbitrio de parte, puede sortearse mediante el expediente interpretativo de la reducción teleológica de la regla contenida en los mismos. Debe partirse, para ello, de la distinción entre “arbitrio” y “voluntad”. El “arbitrio” se funda en algún criterio susceptible de control. La simple “voluntad” no se sujeta a límite alguno. Lo realmente prohibido, si atendemos a la finalidad

perseguida por la norma es el puro capricho o la eventual extravagancia (40). La arbitrariedad sólo puede evitarse en la medida en que la decisión del sujeto sea susceptible de control. Puede darse aunque sea un tercero el que deba proceder a la determinación de la prestación, si no se ponen límites a su decisión, y puede conjurarse en el caso de que deba realizarla la parte si existen tales límites.

El art. 1256 Cc se refiere a los mismos peligros pero para relacionarlos con la propia existencia del vínculo contractual y, por esta razón, merece una atención particular. El tono que utiliza es evidentemente prohibitivo: "La validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes". Es un precepto singular por cuanto no se encuentra otro igual en ninguno de los Códigos decimonónicos (41). Resulta evidente que el fundamento de la prohibición es el mismo que justifica el art. 1115 Cc: "Cuando el cumplimiento de la condición dependa de la exclusiva voluntad del deudor, la obligación condicional será nula". Lo que trata de reforzar es la idea de la obligatoriedad. Si está en manos del deudor hacer efectiva una relación obligatoria, no parece que pueda afirmarse que ésta existe (art. 1115). Quizá en un intento de reforzar aquella idea se elaboró una norma con carácter más general (art. 1256 Cc), situándola en el marco de las "disposiciones generales" de los contratos (Cap. I, Tít. II, Libr. IV Cc), para ampliar la idea de vinculación contractual que debía perpetuarse hasta que el acuerdo lo dispusiera o hasta que lo determinaran de común acuerdo ambas partes contratantes; pues tampoco podía apreciarse la existencia de una auténtica relación obligatoria en el caso de que una de las partes pudiera desligarse del contrato (42).

(40) Resulta interesante la afirmación de VALPUESTA, *Prohibición de arbitrariedad*, cit., p. 258: refiriéndose a la expresión "arbitrio" de los artículos 1256, 1447, 1449 y 1690 Cc, y a la de voluntad del artículo 1115 Cc: "A nosotros nos parece que en todos los supuestos citados la referencia al arbitrio es al arbitrio mero, excepto en el art. 1690, que expresamente alude a un criterio impugnabile por falta de equidad".

(41) El precedente inmediato del art. 1256 es el 979 del Proyecto de 1851, que contenía una norma similar, pero poco más puede decirse de sus orígenes.

(42) La mejor prueba de que es la idea de vinculación contractual la que late en la norma, es la motivación atribuida por el propio GARCIA GOYENA, F., *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, 1851, edición facsímil, Base, Barcelona, 1973: "Los motivos de este artículo (979) y sus ejemplos están bien claros en las leyes romanas: quedar y no quedar obligado, son cosas incompatibles". Las Leyes romanas citadas por GARCIA GOYENA, tienen en común la concurrencia de una serie de circunstancias de las que depende la existencia de una auténtica relación obligatoria: D 30, 43 (Ulpiano); D 44, 7, 8 (Pomponio); D 45, 1, 17 (Ulpiano); D 45, 1, 48 (Ulpiano);

Prescindiendo del auténtico fundamento que sustenta la norma, se ha deducido del artículo 1256 Cc una especie de supraprincipio que, llevado a sus últimas consecuencias, impediría la intervención unilateral de uno de los contratantes en la determinación de cualquier extremo negocial y por supuesto del objeto. Las excepciones son inevitablemente mayores que el principio y encontramos por ello incontables páginas dedicadas a justificar la compatibilidad del precepto con diversas instituciones como el desistimiento, la revocación, la renuncia, la rescisión, la resolución, la cláusula *rebus sic stantibus*, la compra-venta a prueba o ensayo, el retracto convencional o la promesa de venta (43). En realidad, las aparentes excepciones al principio no son tales pues, como ya hemos afirmado, lo que repugna al ordenamiento no es el juego de la voluntad unilateral sino el de la voluntad inmotivada o de la pura potestatividad.

A nuestro juicio, no se referiría el legislador, en el artículo 1256, a la "validez" en sentido técnico, sino a la propia vigencia de la relación obligatoria. Las normas que regulan la ineficacia contractual son imperativas y no hacía falta recordarlo. Por su parte, la expresión "cumplimiento" haría alusión a la extinción del contrato. El precepto de referencia no podía hablar del cumplimiento en el sentido de todas y cada una de las vicisitudes de la ejecución de la prestación. El contrato supone una reglamentación que tiene fuerza de ley entre los contratantes y el arbitrio que la vulnera supone un incumplimiento contractual ya sancionado en otros preceptos del Código civil (arts. 1101 y 1124 entre otros). Cuando la reglamentación sea insuficiente, la cuestión será de interpretación e integración del contrato que también encuentra en el Código civil sus propias soluciones (arts. 3, 4, 1258, y 1281-1289). Cabe señalar, además, que el legislador utilizaba los términos extinción, cumplimiento y pago como expresiones enor-

D 45, 1, 108 (Labeón); D 18, 1, 7 (Ulpiano); D 18, 1, 35 (Gayo); y C 4, 38, 13. Ilustrativa también es la afirmación de MANRESA Y NAVARRO, J. M^a, *Comentarios al Código Civil español*, VIII-II, revisada por M. MORENO MOCHOLI, Reus, Madrid, 1950⁵, p. 304: "Dos son los motivos de justicia que fundamentan la terminante prohibición contenida en el art. 1256. Uno, la fuerza obligatoria del contrato, proclamada también en el art. 1258; el otro, está en la igualdad esencial de los contratantes, que impide quede uno sujeto al convenio y el otro libre de él, con lo cual en rigor, sólo habría una voluntad expresada, un sujeto sometido y faltaría verdadero consentimiento".

(43) *Vid.* por todos VALPUESTA, *Prohibición a la arbitrariedad*, cit., p. 25: "En esta materia la doctrina ha llegado de tal modo a desquiciar la prohibición del arbitrio, que de un sistema de nulidad de la condición potestativa se ha pasado a una generalización de supuestos excepcionales a la misma que han acabado por instaurar como regla lo que antes era excepción".

memente próximos (arts. 1156 y 1157 Cc), y que la "validez" entendida como vigencia de la relación contractual es un concepto que se complementa con el "cumplimiento" entendido como extinción. Desde el punto de vista expresado, no extraña que "validez" y "cumplimiento" sean los únicos términos empleados por el legislador; como tampoco plantea problemas que el precepto se refiera a los contratos, en lugar de a las obligaciones y a los contratantes, en lugar de al deudor (44).

Lo que impediría el art. 1256 Cc sería la determinación que, realizada por uno de los contratantes, fuera arbitraria poniendo en peligro la existencia del vínculo contractual. La prestación puede ser sólo determinable pero la determinación debe poder realizarse sin necesidad de nuevo convenio entre los contratantes (art. 1273, *in fine*, Cc). Si fuera preciso un nuevo convenio y por lo tanto la prestación de un nuevo consentimiento, faltaría el vínculo obligatorio y, precisamente, el límite más allá del cual no puede llevarse la indeterminación, en el momento constitutivo, se deduce de la necesidad del vínculo; éste no existiría si la determinación se confiara a una de las partes de la relación contractual y ésta no debiera ajustarse en su actuación a módulo de decisión alguno (*arbitrium merum*). Sin embargo, como ya se ha afirmado, en el caso de tratarse de un arbitrio de equidad, "la obligación es válida, ya que, aunque compete hacer la declaración a una de las partes, su arbitrio tiene que moverse dentro de límites tan precisos en cuanto a equidad que no podría sobrepasar la prohibición del art. 1.256 del Código Civil, puesto que, si declarase el precio en términos injustos, podría reclamarse contra tal determinación, y el juez, tanto en este caso, como

(44) Apunta QUIÑONERO CERVANTES, E., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, XVII.1 A, dir. M. Albaladejo y S. Díaz Alabart, Edersa, 1993, *sub* art. 1256 Cc, pp. 296-321, p. 305: "Quizá quepa pensar que, ¿por qué no?, el legislador podría haber incluido en esa prohibición otros conceptos, además de éstos de la validez y el cumplimiento, como pudieran ser la interpretación, la eficacia etc.". Y, en p. 309: "Los contratos son fuente de obligaciones y son estas las que se cumplen o incumplen. Precisión que, desde luego, es elemental, pero que se hace aquí, por el motivo de decir el 1256 "cumplimiento de los contratos", y por ser, esa falta de precisión, el primer obstáculo con que se encuentra el que quiera comentar esta norma [...]. Esta conclusión conduce a otra igualmente sencilla, que el cumplimiento incumbe sólo al deudor: lo que, a su vez, suscita dudas acerca de la expresión del art. 1256, que se refiere al "arbitrio de uno de los contratantes", y que debía ser entendido en el sentido de referirlo al contratante que debe cumplir la obligación, es decir, al deudor. Dicho de otro modo: que el cumplimiento de las obligaciones no puede quedar al arbitrio del deudor, que es el que ha de cumplirlas".

en el de negarse a señalar el precio, puede y debe señalarlo basándose en los arts. 1258 y 1281 y ss." (45).

3. *La sustituibilidad de la tarea del arbitrador*

Si como ya hemos dejado establecido, lo que repugna al ordenamiento jurídico es la actuación caprichosa e incontrolable que pone en entredicho la existencia de una auténtica relación obligatoria, la sustituibilidad en la actividad determinativa del sujeto, será presupuesto necesario para que pueda admitirse la compatibilidad entre el art. 1256 Cc y el arbitrio de parte en la determinación. Los casos de indeterminación se reconducen al concepto de "validez" del art. 1256 y no al de "cumplimiento". Si la determinación de la prestación no es posible, lo que equivale a decir que se da un supuesto de indeterminación de la misma, el contrato no existe, pues carece de un elemento esencial (arts. 1261 y 1273 Cc).

De la respuesta que se dé en orden a la cuestión de la sustituibilidad, en la actividad determinativa de un sujeto, dependerá la admisibilidad en nuestro ordenamiento jurídico del arbitrio de determinación de parte: si es posible sustituir la actividad de concreción de la prestación de uno de los contratantes, el precio existirá y el contrato será válido a pesar de la ausencia, o de lo erróneo de su actuación, que, además, podrá ser corregida en la misma medida en que puede ser sustituida. Si se niega tal posibilidad de sustitución, la arbitrariedad debe relacionarse con la propia existencia del contrato para negar la misma (arts. 1115, 1256, 1261 y 1273 Cc). En realidad, la razón de que el arbitrio de determinación de parte, siempre que se trate de un arbitrio de equidad, no infrinja la prohibición del art. 1256 Cc, no estriba sólo en que la actuación del arbitrador deba ajustarse a unas ciertas bases: lo único que se elimina así es la pura potestatividad o actuación caprichosa siempre que se admita al mismo tiempo la posibilidad de impugnación. La auténtica razón es que tales bases harán posible que el órgano jurisdiccional realice cuando fuere necesario la determinación o la rectificación de la misma, garantizándose de esta forma la obligatoriedad y la propia existencia del contrato, que presupone la concurrencia de objeto (arts. 1261 y 1273 Cc). Lo que trata de garantizar el art. 1256 Cc es la existencia del

(45) PEREZ GONZALEZ/ALGUER, *Anotaciones ENNECCERUS II.1*, p. 29.

vínculo y ésta queda asegurada con el “arbitrio de equidad” que permite, por la necesidad de motivación adecuada, la sustitución en la actividad de determinación.

Aunque se ponga el acento en la idea de conjurar la arbitrariedad, ésta debe relacionarse, al menos en nuestro caso, con la existencia de una auténtica relación contractual. De esta manera, arbitrariedad, indeterminación absoluta e ineficacia contractual, se convierten en la cadena de elementos indeseados en los que puede desembocar la configuración de un modo de determinación inadecuado. La jurisprudencia ha relacionado la posibilidad de impugnación con la arbitrariedad o límite de voluntad admisible (46). Pero, la posibilidad de impugnación, que a su vez presupone la sustituibilidad en la decisión determinativa, debe relacionarse además de con el límite de voluntad admisible (el que permite conjurar la voluntad caprichosa), con el de la indeterminación aceptable (el que permite hablar de la existencia de un auténtico vínculo obligatorio).

Según se deduce de lo dicho hasta el momento, el arbitrio de parte es una realidad perfectamente lícita, siempre que se adecúe a los límites de “voluntad” y “determinación” admisibles (47). Es siempre rechazable la voluntad caprichosa que excedería del límite de la indeterminación (art. 1256 Cc), afectando al vínculo obligatorio. Pero, configurando el arbitrio de parte como un arbitrio de equidad

(46) En este sentido, cabe destacar la STS 27-12-1915 (JC, núm. 159, M. del Valle) que, en relación a los honorarios profesionales de los abogados establece: “La costumbre de su retribución y abono sancionada también en el art. 12 de la ley de trámites, ha establecido su determinación *a posteriori*, mediante la presentación de minuta detallada, en relación con los trabajos prestados y expresión de su cuantía, si bien sujeta por la misma ley a su impugnación, pues no sería justo que ello quedase completamente al arbitrio de una de las partes contratantes”; la STS 15-12-1917 (JC, núm. 207, A. Gullón), señala en relación con la minuta presentada por los abogados: “hay que reconocerle eficacia legal, si bien subordinada y sujeta a impugnación”; y la STS 15-12-1994 (Ar 10114, J. Santos Briz): “Siendo tal uso la presentación de minuta detallada en relación con los trabajos prestados y expresión de su cuantía, si bien sujeta a impugnación, pues no sería justo [...], que ello quedase completamente al arbitrio de una de las partes”.

(47) Como ya hemos expresado en este trabajo entendemos que existen supuestos de arbitrio de determinación de parte regulados en el Derecho español. Además, es una práctica contenida en normas internacionales a las que ya hemos hecho alusión y que aparece muy claramente descrita en los Principios UNIDROIT. Según el art. 5.7 (2): “Cuando la determinación del precio quede a cargo de una de las partes y la cantidad así determinada sea manifiestamente irrazonable, será sustituido por un precio razonable, sin admitirse disposición en contrario”. Al arbitrio del tercero se refiere el art. 5.7 (3): “Cuando la determinación del precio quede a cargo de un tercero y éste no pueda o no quiera fijarlo, el precio será uno razonable”.

sujeto a control, los módulos a que deba ajustarse la parte en su actuación, permitirán siempre que la determinación, en caso de que no la realice la parte, o cuando fuera impugnada, se lleve a efecto con intervención de un tercero (art. 1098 Cc). La actividad de determinación que debe realizar uno de los sujetos del contrato, constituye una obligación de hacer asumida por el mismo que, dadas las pautas a que debe ajustarse el arbitrio de equidad, no podrá tener el carácter de personalísima.

Normalmente, el sujeto que deberá proceder a la determinación de la prestación será el acreedor de la misma, así lo presume el § 316 del BGB. La presunción tiene fácil explicación pues es el acreedor y, con mayor motivo en los contratos a través de los cuales se producen prestaciones de servicios, quien se encuentra en mejor posición a la hora de “valorar” aquello que ha dado o realizado en favor de su deudor; sobre todo, cuando se trata de un experto en el tráfico concreto en el que se ha desarrollado la contratación.

La concreción de la prestación realizada por una de las partes del contrato forma parte de la propia estructura de aquél, pues la prestación constituye su objeto y, éste, es el aspecto más característico del arbitrio que estudiamos. El primordial efecto es, en este caso, “dejar el negocio perfectamente formado, completo”. El arbitrio se introduce en el contrato completándolo. Es, “en última síntesis, una porción del negocio (*pars o portio negotii, iudicium in negotio*), porque lo que con el arbitrio se consigue es la realización de una actividad negocial” (48).

Aunque el arbitrio de parte deba ser necesariamente un “arbitrio de equidad” basado en un criterio sustituible, quizá podría utilizarse con más corrección terminológica, la expresión “arbitrio de buena fe”. La buena fe en sentido objetivo (art. 1258 Cc), debe ser la pauta a que ha de ajustarse la determinación. No obstante, no parece en principio desechable la expresión “arbitrio de equidad”, pues, en materia de arbitrio, el término “equidad” se utiliza como sinónimo de justicia (49), y la buena fe como principio fundamental de la relación obligatoria, es un concepto que la engloba y la persigue, al tiempo que permite la consideración de las más variadas circunstancias (50).

(48) DIEZ-PICAZO, *Arbitrio de un tercero*, cit., pp. 321 y 320, respectivamente.

(49) DIEZ-PICAZO, *Arbitrio de tercero*, cit., p. 134.

(50) Al referirse a la buena fe, afirma LARENZ, K., *Derecho de obligaciones*, I, traducción y notas de J. SANTOS BRIZ, *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1958, pp. 142 - 143. “Se trata de un módulo necesitado de concreción, que únicamente nos indica la

VI. LA REMISION AL ARBITRIO DE PARTE COMO USO DEL TRAFICO Y SU FUNCION COMO FUENTE DE INTEGRACION CONTRACTUAL

Debemos preguntarnos si la remisión al arbitrio de parte en los contratos de prestación de servicios profesionales puede configurarse como un "uso normativo" (arts. 1.3.II, 1258 y 1287 a contr. Cc), es decir, como una regla que, supletoriamente, como Derecho dispositivo, regule la cuestión (51). Tal uso tendría el siguiente contenido: en los contratos de prestación de servicios la cuantía de su precio la determina el prestador atendiendo a los baremos colegiales y a las peculiares circunstancias contractuales que concurran, entre ellas, la reputación del prestador, la dificultad, pertinencia de trabajos complementarios o el éxito obtenido. El uso no sólo regula sobre quién recae la tarea de decidir, también cuál es el criterio que debe guiar su decisión.

El obstáculo principal para su calificación y eficacia como uso normativo en esta sede (con su valor de Derecho dispositivo, art. 1258 Cc y 2 C de Com.), no es su validez en general (art. 1.3.I, *in fine*, Cc), porque no contraría la prohibición de arbitrio unilateral en una interpretación de ésta como la propuesta, sino su misma existencia. Su existencia depende de su habitualidad y de su carácter normativo, capaz de ser fuente heterónoma (art. 1258 Cc) de integración del contrato (52).

dirección en que hemos de buscar la contestación a la cuestión de cuál sea la conducta exigible en determinadas circunstancias. La solución según la "buena fe", no es, por consiguiente, una decisión adoptada a tenor del "sentimiento jurídico" o según "criterio de equidad" del llamado en cada caso a pronunciar la sentencia o resolución del caso, sino una resolución tomada siempre según una medida necesitada de concreción, pero ampliamente determinable en sentido objetivo, que también permite desde luego la consideración de las particulares circunstancias del caso". Y, en pp. 112-113: "La determinación es equitativa cuando se mantiene dentro del marco de lo usual en casos semejantes, y se presenta como "adecuada", objetivamente fundada y exigible en atención a las especiales circunstancias del caso, como por ejemplo, el tiempo y el trabajo empleados, los tratos preliminares, el interés de la otra parte en la prestación, y armoniza también con las circunstancias económicas personales".

(51) Sobre la distinción entre uso normativo y costumbre, criticando la asimilación legal entre ambas categorías: GORDILLO CAÑAS, A., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, I.1, dir. M. Albaladejo y S. Díaz Alabart, Edersa, 1992², sub art. 1.3 Cc, pp. 77-265, pp. 116-123, 234-265, p. 247: "El uso implica siempre, al menos, un patrón objetivo de referencia. Cuando se extiende socialmente incorpora un modelo de conducta con tendencia a imponerse como canon de normalidad: lo usual deviene normal".

(52) Como "práctica habitual o modo normal de contratar" lo define DIEZ-PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, I⁵, cit., p. 361, siguiendo a DE CASTRO Y BRAVO, F., *Derecho civil de España. Parte general. I. Libro preliminar. Introducción al Derecho civil*, 1949², reimpr. Cívitas, Madrid, 1984, p. 393.

Hay otra dificultad menor que ya ha sido en buena medida resuelta: la de la admisibilidad de un contrato con semejante laguna (falta la determinación expresa o tácita de la determinación del precio); nos parece suficiente, para observar el tenor literal del art. 1273, *in fine*, Cc, el acuerdo sobre la onerosidad y la prevalencia del principio de conservación del contrato. La cuestión principal, una vez establecida la eventual validez de su contenido, se desplaza a la constatación empírica de su vigencia en el tráfico. Nos parece indudable que tal modo de proceder es el normal en el mundo de los negocios; por lo demás, es una práctica bilateral, en tanto que aceptada por los clientes (53).

Calificado como uso normativo su función será la de servir de fuente heterónoma de integración del contrato, junto a la buena fe (arts. 1258 Cc y 2 C de Com.) (54). Incluso podría decirse que es la propia buena fe la que impone, en defecto de voluntad expresa o frente al silencio de las partes, integrar la regla contractual con los usos, en razón de su carácter de patrón objetivo y por ser la más plausible representación de las partes respecto a la composición de sus intereses (55).

(53) También para ALFARO AGUILA-REAL, J., *Las condiciones generales de la contratación*, Cívitas, Madrid, 1991, p. 369, que además delimita su contenido, que se remitiría al precio "usual o normal" por dos razones: en primer lugar, por el parecido con otras soluciones normativas (arts. 1547 Cc y 277 C de Com); y en segundo lugar, por corresponderse con las necesidades y las concepciones del tráfico.

(54) Respecto al art. 2 C de Com: ALFARO AGUILA-REAL, J., "La función de los usos de comercio. (Notas para una reinterpretación del art. 2 C. de Com)", *Revista de Derecho Mercantil* 205 (1992), pp. 419-444, pp. 423, 429-430 y 441. Este mismo autor expone con detalle los instrumentos de integración contractual, en: *Condiciones generales*, pp. 354-403, y los resume sucintamente en la voz "Integración contractual (Derecho Civil)", *Enciclopedia Jurídica Básica III*, Cívitas, Madrid, 1995, pp. 3636-3642, especialmente pp. 3638-3639. Sobre la preferencia de los usos sobre el Derecho dispositivo cuando "ambos" regulan la cuestión: DE CASTRO, *Derecho civil de España*, I², cit., pp. 394, nota 3, 398, nota 5 y 399 y CAFFARENA LAPORTA, J., "El requisito de identidad del pago en las obligaciones genéricas", *ADC* (1985) IV, pp. 909-940, pp. 932-935. Para un caso de integración del contrato conforme a los "usos del tráfico", véase el *caso Sorolla*: STS 9-10-1981 (JC, núm. 359; M. González-Alegre y Bernardo), y sobre ella, MORALES MORENO, A. M., *El error en los contratos*, Ceura, Madrid, 1988, pp. 88-105; y R. F., "Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 1981. Error en el consentimiento. Cumplimiento del contrato. Normal diligencia", *ADC* (1982) II, pp. 510-519. El caso se resuelve en virtud de un uso del tráfico según el cual el riesgo de falta de autenticidad de una obra de arte se asigna a su comprador.

(55) Respecto a su necesario anclaje en la voluntad de las partes para lograr eficacia, con diversidad de puntos de vista: DE DIEGO JIMENEZ, F. C., *El uso, los usos sociales y los usos convencionales en el Código civil español*, Imprenta Clásica española, Madrid, 1918, pp. 9-116, p. 95; y GARRIGUES, J., "Los usos de comercio. (Significación del uso para el Derecho mercantil)", *RDP* 332 (1944), pp. 822-836, p. 827.

VII. LOS CRITERIOS LEGALES DE DETERMINACION DEL PRECIO

En materia de determinabilidad de la prestación la cuestión no está tanto en a quién se confía la tarea de integrar la prestación, si a una de las partes o a un tercero (como hemos visto la regla es la sustituibilidad, o mejor, lo excepcional es el personalismo en la designación, que implica simultáneamente un criterio de sesgo subjetivo), sino en los criterios de los que puede servirse para desempeñar tal tarea, que pueden ser: la remisión a reglas de normalidad (precios usuales, comunes, de mercado o, simplemente, razonables, arts. 1448 Cc, 277.II, 304 II C de Com, 11 LCAG, y 55 CNUV), o a una apreciación subjetiva de quien decide (art. 1447.I, *in fine*, Cc); o, por último, a un juicio de equidad (art. 1690.I CC).

Respecto a los criterios legales de determinación suscribimos la siguiente afirmación: “La materia *está regulada atendiendo a los criterios de determinabilidad y no a los límites de indeterminación*. Estos límites se valoran atendiendo a la existencia y licitud de aquellos criterios, y no al contrario. Nos serviremos en este punto de un ejemplo: la indeterminación que padece la prestación obligatoria puede ser idéntica en dos supuestos, y su corrección encomendarse, respectivamente, al arbitrio libre de una parte o al arbitrio de un tercero. Pues bien, en el primer caso no es tolerada la indeterminación, sí en el segundo. El segundo criterio permite tal indeterminación, y no el primero. El planteamiento, por tanto, no es: tal indeterminación puede admitirse, sino la existencia y licitud de tal criterio permite una cierta indeterminación” (56).

Procedemos al estudio separado de los siguientes criterios con un reflejo legal, que clasificamos de este modo: a) la remisión a un valor conocido (arts. 1447.I pr y 1448 Cc, 277.II y 304.II C de Com, 11.1 LCAG, 55 CNUV, los baremos de honorarios y el denominado precio del vendedor); b) el arbitrio de equidad (art. 1690.I Cc) y c) el arbitrio subjetivo o mero (art. 1447.I, *in fine*, y II Cc).

1. La remisión a un “valor conocido”

Dos son los rasgos comunes a todos estos supuestos: en primer lugar, la determinación depende de un elemento exterior a las partes, o

(56) MARTIN PEREZ, *Sobre la determinabilidad*, cit., pp. 16-17, aunque la reflexión se refiere al Código civil, valga en general.

mejor, ellas no pueden influir autónomamente en su fijación exacta, ya sea por su concreto procedimiento de fijación (precio que “tuviera en determinado día, bolsa o mercado”, art. 1448 Cc), o bien sea porque ya está decidida (art. 1447.I pr “otra cosa cierta” Cc). En segundo lugar, el valor exterior es cognoscible en razón de su publicidad, bien porque la formación del “precio” es pública (art. 1448 Cc “bolsa o mercado”), o bien porque se forma por la práctica, el uso del tráfico o merced a un criterio de razonabilidad (arts. 277.II, 304.II C de Com y 11.1 LCAG, los baremos de honorarios y el precio del vendedor); estos rasgos los compendia con singular nitidez el art. 55 CNUV.

En nuestro caso, la práctica usual en los contratos de prestación de servicios colegiados es remitirse implícitamente a los baremos de honorarios: tales baremos son normas que carecen de eficacia contractual vinculante (dudosa antes de la vigencia de la L. 7/1997), pero que contienen una valoración previa y ordenada de la retribuciones mínimas y máximas de los servicios a que se refieren (57). Podríamos decir que estos baremos socializan el denominado precio de vendedor (de suyo individual, aunque conocido por su repetición), en tanto que su fijación es independiente del concreto prestador de servicios.

Examinemos por separado cada uno de estos casos de remisión a un “valor conocido”: en primer lugar, el precio común, usual, de mercado o razonable; en segundo lugar, los baremos de honorarios; y, por último, el llamado “precio de vendedor”.

A) El precio usual, de mercado o razonable

La primera posibilidad es remitir la determinación a un precio “cierto” (arts. 1447.I pr y 1448 Cc) pudiendo ser éste un precio común, usual o de mercado (“del día, bolsa o mercado” dice el art. 1448 Cc), e incluso el razonable (art. 11.1 LCAG); es decir, basta que la formación del precio sea pública (por razón de la concurrencia en el “mercado”, o del conocimiento, caso de un “uso”) y que en ella no puedan influir individualmente las partes (58). Este criterio tiene a su

(57) Pueden emplearse como ejemplos claros el parcialmente derogado RD 2512/1977, 17-6 (BOE 30-9), para los arquitectos; el D 1998/1961, 19-10 (BOE 25-10), para los ingenieros agrónomos; y para los abogados, los arts. 4.II) y 56.1.IV EGAbog confirman la calificación de “mínimos” y “orientativos”.

(58) En la STS 5-2-1983 (Ar 860; R. Casares Córdoba) parece vincularse la noción de precio usual con la posibilidad de conocimiento previo del cliente y con su publi-

favor la sencillez en su aplicación y la claridad con que se limita la discrecionalidad de las partes; pero como principal obstáculo averiguar el precio de mercado en cada momento o la vigencia y alcance de un uso del tráfico. En aquellos casos en que el mercado de los servicios en cuestión no está formalizado, es decir, no hay ninguna estructura previa de intercambios, se ordena fijar el precio "razonable" (art. 11.1 LCAG). El criterio de la razonabilidad goza de cierto predicamento, así en el art. 5.7 (1) de los Principios UNIDROIT dice: "Si el contrato no fija el precio ni prevé su determinación, a falta de cualquiera indicación en contrario, se entenderá que las partes se remitieron al precio generalmente cobrado por tales prestaciones en el momento de celebrarse el contrato, en circunstancias semejantes dentro del respectivo ramo comercial. De no poder establecerse el precio de esta manera, se entenderá que las partes se remitieron a un precio razonable" (59).

El Código civil restringe la remisión a este criterio objetivo sólo a la compraventa de "valores, granos, líquidos y demás cosas fungibles", caso del art. 1448, pero no parece haber dificultad en extenderlo a cualquier otro objeto o contrato con tal de que satisfaga el requisito primordial de este precepto: la determinación del precio depende de una fuente externa a las partes e inmodificable por ellas (60). En el Código

dad (en razón de ser oficiales); en el caso se trataba de la prestación de servicios médicos por un hospital.

(59) También por los arts. 2.101, 2.102 y 2.103 (2) de los proyectados Principios de Derecho contractual europeo: *The Principles of European Contract Law. Part I: Performance, Non-Performance and Remedies*, edited by LANDO, E.-BEALE, H., Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht-Boston-London, 1995, léase el comentario al art. 2.101 *Determination of Price or Other Contractual Terms*: "Where the contract does not fix the price or the method of determining it, the parties are to be treated as having agreed on a reasonable price. The same rule applies to any other contractual term". También el art. 405.2 CC holandés para la remuneración del mandatario.

(60) Refiriéndose al art. 1448 Cc, dice GARCIA CANTERO, *Coms Edersa Cc*, XIX², sub arts. 1447-1449 Cc, p. 54: "Parece que el centro de gravedad de la norma hay que colocarlo en la existencia de un mercado cuyos precios medios sean públicos y conocidos, sin tratarse necesariamente ni de precios oficiales, ni de cosas fungibles (aunque normalmente lo serán)"; en el mismo sentido, LOPEZ Y LOPEZ, A. M., *Comentario del Código civil*, II, Ministerio de Justicia, dir. C. Paz-Ares/R. Bercovitz/L. Díez-Picazo/P. Salvador Coderch, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, 1993², sub art. 1448 Cc, p. 891. En la STS 13-7-1984 (Ar 3983; C. de la Vega Benayas), se fija el precio de un contrato de compraventa de frutas de este modo: "El que resultara como medio en la comarca por las variedades servidas". Otros modos de fijación contractual aparecen, por ejemplo, en las SSTS 19-6-1995 (Ar 5322; A. Villagómez Rodil) y 2-11-1995 (Ar 8073; A. Villagómez Rodil) y en el interesante art. 652.8 C de Com en el contrato de fletamento.

de comercio se emplea para determinar la cuantía de la retribución del comisionista o del depositario, remitiéndose a los “usos de la plaza y práctica mercantil”, arts. 277 y 304.II; con mayor precisión el art. 11.1 LCAG previene la ausencia de usos y remite al criterio de la razonabilidad: “La remuneración del agente consistirá en una cantidad fija, en una comisión o en una combinación de los dos sistemas anteriores. En defecto de pacto, la retribución se fijará de acuerdo con los usos de comercio del lugar donde el agente ejerza su actividad. Si éstos no existieran, percibirá el agente la retribución que fuera razonable teniendo en cuenta las circunstancias que hayan concurrido en la operación” (61). El art. 55 CNUV es un caso extremo de determinación por esta vía, en tanto que presume la existencia de un pacto implícito para salvar la eficacia del contrato.

Este criterio de remisión a un valor conocido es también el preferido por el Proy. Cc/1994, que dedica el art. 1585 a la determinación de la retribución en el contrato de servicios: “Cuando no esté pactado el importe de la retribución y no resulte de los usos, se determinará con arreglo al valor común o de mercado; y será exigible una vez que el servicio se haya prestado, salvo que por pacto o uso deba pagarse por períodos de tiempo, por trabajos realizados o de cualquier otro modo”. También establece una previsión respecto al precio en el contrato de obra, así dice su art. 1588.I: “Por este contrato el contratista se obliga a ejecutar determinada obra a cambio de la prestación convenida o, en su defecto, de la que resulte de los usos” (62).

(61) El art. 11 LCAG plantea, al menos, las dos cuestiones siguientes: la remisión al uso de la localidad (aquí no se desvía de la tradición del Código civil y Código de comercio, además de ser más conforme con la previsible voluntad de las partes); y la novedad en nuestro Derecho del criterio de la razonabilidad de la retribución.

(62) Deben distinguirse los precios “usuales” de los precios de “mercado”, así LOPEZ Y LOPEZ, A. M., “La proyectada nueva regulación del contrato de servicios en el Código civil”, *Contratos de servicios y de obra. Proyecto de Ley y Ponencias sobre la reforma del Código civil en materia de contratos de servicios y de obra*, Universidad de Jaén, Jaén, 1996, pp. 27-51, p. 48. El precio de mercado es un precio determinado aunque no se conozca, el usual o el razonable, es un criterio para alcanzar el precio. El art. 1585 del Proyecto fue enmendado por el Grupo Popular (BOCG-Congreso, IV Leg. A-58) que se justifica en la “contemplación expresa de los honorarios de las profesiones colegiadas”; la enmienda consistía principalmente en añadir un segundo párrafo del siguiente tenor: “En el caso de servicios prestados por profesionales colegiados se entenderá por valor común el que resulte de los honorarios orientativos aprobados por el respectivo Colegio Profesional”. Sin duda, se anticipa a la modificación del art. 5.º LCProf por el RDL 5/1996, en lo relativo al carácter “orientativo” de los baremos. Debe recordarse que los baremos son precios “recomendados” a los colegiados, fijados unilateralmente por los Colegios, y que, por ello, no cabe equiparar a los precios de mercado.

En los contratos de arrendamiento de obra, la jurisprudencia salva la “nulidad” del contrato por falta de precio cierto (indeterminación, arts. 1261.2 y 1273 Cc) suponiendo en las partes la remisión implícita al precio usual o de mercado (de los materiales, jornales y beneficio industrial): precio que se fijará, en defecto de acuerdo sobre el girado unilateralmente por el contratista, pericialmente. A diferencia de lo que sucede con los contratos de arrendamiento de servicios el dictamen pericial ocupa un lugar preeminente para averiguar cuál es el precio usual, posiblemente por la particular transparencia del mercado de obras (63). En los casos de prestación de servicios para fijar la retribución la jurisprudencia se remite a lo que es “usual”, a veces junto a otros criterios (como la equidad o los baremos de honorarios) ponderando las circunstancias concurrentes (64). Podríamos concluir que la jurisprudencia no ha ahondado en la cuestión de los requisitos de un precio para su calificación como usual o de mercado, remitiéndose en su averiguación al juicio pericial, y tampoco ha establecido criterios uniformes para decidir el peso que merecen las circunstancias particulares concurrentes.

B) Los baremos colegiales de honorarios

Un criterio de especial relevancia en nuestro caso es el de los baremos de honorarios, cuya oponibilidad contractual a las partes (o su simple eficacia *ad intra* entre colegiados y Colegio profesional) era dudosa antes del RDL 5/1996; pero ahora ya no, al consagrarse legal-

(63) Así, las SSTs 22-11-1980 (Ar 4209; A. Sánchez Jáuregui); 21-1-1985 (Ar 187; A. Fernández Rodríguez), y 25-11-1985 (Ar 5899; R. Pérez Gimeno); 12-6-1986 (Ar 3387; A. Carretero Pérez), 2-12-1988 (Ar 9293; R. Casares Córdoba); 24-9-1990 (Ar 6902; P. González Poveda); 4-9-1993 (Ar 6636; E. Fernández-Cid de Temes); 23-10-1993 (Ar 7764; E. Fernández-Cid de Temes); 13-12-1994 [Ar 10106; J. Almagro Nosete); 27-5-1996 (Ar 3922; P. González Poveda); 11-9-1996 (Ar 6560; F. Morales Morales) y 14-10-1996 (Ar 7108; A. Villagómez Rodil). Acepta la remisión a los precios usuales entre las partes si sus relaciones han sido continuas la STS 29-4-1983 (Ar 2197; R. Casares Córdoba); los peritos pueden servirse de las normas administrativas dictadas en el ámbito de la contratación pública: así la STS 8-3-1991 (Ar 2205; M. Malpica González-Elipe). En la STS 17-10-1996 (Ar 7115; A. Villagómez Rodil) se establece como uso, constatando su variación, fijar el beneficio industrial en el 17 por 100 del precio, frente a la práctica anterior del 15 por 100.

(64) Entre otras, SSTs 18-5-1981 (Ar 2078; M. González-Alegre y Bernardo); 5-2-1983 (Ar 860; R. Casares Córdoba); y 28-11-1984 (Ar 5688; J. Beltrán de Heredia y Castaño).

mente su naturaleza puramente "orientativa" (art. 5 ñ) LCProf). La L 7/1997 va más lejos al eliminar la posibilidad de que existan tarifas aplicables a las profesiones colegiadas, salvo algunas excepciones (65). La función que cumplían al imponer límites máximos y mínimos no era la de proteger a los clientes, sino la de excluir de la competencia entre los profesionales el precio de los servicios (66). En todo caso, la infracción contractual de los baremos o tarifas, fuera de ciertos casos especiales (por ejemplo, costas judiciales o aranceles), no permitía a las partes, en particular al cliente, desvincularse y satisfacer con carácter liberatorio el precio establecido en el baremo. La norma era, y es, de naturaleza colegial, con pura eficacia *ad intra*, entre los colegiados y el Colegio respectivo, y por su finalidad, no puede alegarse contractualmente (67). Otra cosa es su función como criterio supletorio en caso de remisión expresa o implícita de las partes para la determinación del precio, por ser un criterio que se aproxima a los precios corrientes, comunes o de mercado.

Hemos dicho que se aproximan a los precios usuales, comunes o de mercado, porque la equiparación legal entre precios de mercado, o usuales, y los baremos de honorarios elimina, en cuanto se les adjudique el valor de fuente de integración contractual, la posibilidad de aplicar un precio distinto formado en la práctica, es decir, no solventa las desviaciones de las normas colegiales, por exceso o por defecto, o el fraccionamiento del mercado según ciertas cualidades personales del prestador (el prestigio o la experiencia profesional se valora por igual, en tanto que el baremo "aprecia" los servicios al margen del prestador). Prescinde de las circunstancias del caso concreto. Es, por ello, un error tal equiparación, en tanto que la formación del precio del baremo es unilateral, sin tomar en cuenta la posición e interés de los clientes (68).

(65) En concreto, deroga todos los aspectos económicos del RD 2512/1977, 17.6, que aprueba las tarifas de honorarios aplicables a los servicios prestados por arquitectos.

(66) La finalidad principal de la L 7/1997 es sujetar el ejercicio de las profesiones colegiadas al régimen de libre competencia, así su Exposición de motivos, y los arts. 2.1.II y 2.4 modificados de la LCProf.

(67) A diferencia de otros ordenamientos que sancionan la eficacia contractual de los baremos o tarifas: así los arts. 1158 (1186) Cc portugués, 1657, 1709, 2225 y 2233.I Cc italiano, y §§ 612.II y 632.II BGB.

(68) Señala LOPEZ Y LOPEZ, *La proyectada nueva regulación*, cit., p. 48 que "no se puede, sin grave violencia, aceptar que el acreedor de unos servicios profesionales puede resultar vinculado por un uso generado en una comunidad de prestadores de los mismos, de precisos confines personales, de carácter corporativo y a la que él no pertenece".

Hay determinados casos en los que, por una pluralidad de razones, no siempre justificables, se regulan imperativamente los honorarios en una doble vertiente: en su determinación, sustraída a la autonomía de la voluntad (69); y en segundo lugar, disponen de procedimientos singulares para su impugnación (previos a la jurisdicción ordinaria, art. 533.7 LEC) y satisfacción (procedimientos de apremio o afección de los honorarios) (70).

La jurisprudencia ha concluido que son válidos los contratos en los que para fijar el precio se remiten implícitamente a las tarifas colegiales, también aquellos en los que la valoración unilateral del prestador obtiene el refrendo del Colegio o incluso los que carecen de él. Nos interesa subrayar la naturaleza esencialmente administrativa de las normas colegiales (las normas emanadas de los Colegios profesionales son posteriormente promulgadas como reglamentos); y, en segundo lugar, su difícil eficacia contractual, pues son reglas *ad intra*. Los tribunales han moderado la eficacia de los baremos en los siguientes dos sentidos: antes de la modificación legal del art. 5.º de la LCProf se calificaron como "orientativos"; y, en segundo lugar, los informes colegiales sobre los honorarios tienen la simple consideración de prueba pericial, de libre apreciación por el juzgador "según las reglas de la sana crítica" (art. 632 LEC), por ello, deben ser completados con las circunstancias necesitadas de valoración singular: la reputación del prestador, el esfuerzo realizado, la objetiva dificultad del servicio, la dedicación o el éxito obtenido (71).

(69) A través de los aranceles, *vide* arts. 6, 24.1.b), c) y 2, 27.6 y DA 3.ª de la L 8/1989, 13.4, de Tasas y Precios Públicos (BOE 14, 15.4).

(70) Se trata del caso de los abogados y procuradores en el especial supuesto de la jura de cuentas: arts. 8, 12.II, 423.II, 428 y 429 LEC y las sentencias del Tribunal Constitucional 110/1993, 25-3, con sus votos particulares (*Boletín de Jurisprudencia Constitucional* 144, pp. 80-94; F. García-Mon y González-Regueral) y 157/1994, 23. 5, fundamento jurídico 3.º (*Boletín de Jurisprudencia Constitucional* 158, pp. 153-147; E. Díaz Eimil), la primera resuelve una cuestión de inconstitucionalidad sobre tal procedimiento. También los registradores, con el arancel y el procedimiento de apremio (arts. 589-619 Reglamento Hipotecario, véanse sobre todo, los arts. 615, 617 y 619 y RD 1497/1989, 17-11 (BOE 28.-11)), al igual que los notarios (arts. 45 Ley del Notariado, 63 Reglamento Notarial y RD 1426/1989, 17-11 (BOE 28.-11), en particular su Anexo II. 10ª sobre la impugnación de la minuta). Para los notarios, véase: BRANCOS NUÑEZ, E., "Retribución notarial", *Revista Jurídica del Notariado* (1993) II Extraordinario, pp. 179-202.

(71) Entre otras, SSTS 16-4-1980 (JC, núm. 148; C. de la Vega Benayas), 29-9-1983 (Ar 4685; J. Santos Briz) y 29-6-1984 (Ar 3441; M. Fernández Martín-Granizo), 3-2-1986 (Ar 410, C. de la Vega Benayas), 30-5-1987 (Ar 3852; R. López Vilas), 3-3-1989 (Ar 1992; A. Carretero Pérez), 3-10-1995 (Ar 6981; A. Gullón Ballesteros). En ocasiones, se ha negado

C) El denominado "precio del vendedor"

Es un criterio de suyo objetivo, aceptado en otros ordenamientos (arts. 883 Cc portugués y 1474.I Cc italiano) y que cabe estimar como práctica usual en los contratos de prestación de servicios: en este caso, la formación de los precios no es pública pero su fijación es objetiva y no arbitraria; la habitualidad del precio se remite al propio vendedor y es la fuente de su objetividad. La eventual arbitrariedad nacida de la unilateralidad de su fijación se corrige con la habitualidad: ésta impide el establecimiento ocasional de un precio arbitrario. Como se ha dicho con precisión: "Cuando se señala como precio aquel al que vende la cosa habitualmente a terceros el propio vendedor, no estamos ante un criterio subjetivo por proceder de parte, sino ante un criterio objetivo (como cuando se señala aquel precio al que suele venderse habitualmente en el comercio), porque entonces el vendedor no hace una determinación directa sino previa, indirecta *in tempore non aspectu*; en tal caso, no queda a su arbitrio el cumplimiento del contrato. Esta remisión, incluso implícita, al precio usual es particularmente corriente en la contratación de los servicios profesionales (...)" (72).

Por otro lado, es un precio que se aproxima más a las circunstancias propias del tráfico que el precio de mercado en cuanto que, en primer término, singulariza el precio, lo individualiza y distingue (el precio es uno de los factores principales de distinción en el mercado); además, en segundo lugar, parece lo más conforme con las expectativas de las partes, con lo que ambas podían recíprocamente esperar de haber convenido sobre la materia. Parece, por ello, exacto el art. 883.1 del Cc portugués cuando prefiere éste al precio de mercado: "Se o

su eficacia, en tanto que norma administrativa, que pueda alegarse su infracción en el recurso de casación, así en la STS 1-6-1990 (Ar 4722; J. Marina Martínez-Pardo); otras veces se ha exagerado el alcance contractual de las tarifas, caso de la STS 2-10-1995 (Ar 6975; P. González Poveda). En las SSTs 29-11-1985 (Ar 5914; A. Fernández Rodríguez), y 15-3-1994 (Ar 1982; T. Ortega Torres) se manifiesta la necesidad de tener en cuenta las circunstancias singulares. El dictamen colegial no tiene efectos vinculantes para el juzgador: SSTs 14-5-1991 (Ar 3669; M. Malpica y González-Elipe); 13-12-1991 (Ar 9002, M. Martín-Granizo Fernández); no considera vinculantes las normas colegiales la STS 12-2-1990 (Ar 690; L. Martínez-Calcerrada y Gómez); o califica los baremos de puramente "orientativos" la STS 15-2-1994 (Ar 10114; J. Santos Briz).

(72) SANCHO REBULLIDA, F., en LACRUZ *et al.*, *Elementos de Derecho civil. II. Derecho de Obligaciones. 1. Parte general. Teoría general del contrato*, J. M.^a Bosch Editor, Barcelona, 1994³, p. 68, nota 9.

preço não estiver fixado por entidade publica, e as partes o não determinarem nem convencionarem o modo de ele ser determinado, vale como preço contratual o que o vendedor normalmente pratica à data da conclusão do contrato ou, na falta dele, o de mercado ou bolsa no momento do contrato e no lugar em que o comprador deva cumprir; na in suficiência destas regras, o preço é determinado pelo tribunal, segundo juízos de equidade”.

La sentencia del Tribunal Supremo 13-4-1982 (73) señala su admisibilidad en caso de concurrir simultáneamente una cláusula contractual de remisión y una norma legal que expresamente lo autorice, si bien lo hace en un pasaje que puede calificarse de teórico. El tribunal desestima la cuestión de la vigencia de una cláusula de revisión de precios por ser cuestión nueva, pero aunque así no fuera “ha de rechazarse sin duda, porque, de lo contrario, se concederían efectos jurídicos en nuestro ordenamiento a la llamada “venta con precio del vendedor” (...) y que requiere para su validez en primer lugar una norma legal que ordene su aplicación, norma inexistente en el ordenamiento jurídico patrio, o en todo caso un acuerdo contractual que tuviera por finalidad señalar el precio conforme al criterio del vendedor, también inexistente en el supuesto litigioso contemplado; por lo que admitir otro precio que el vendedor habría de fijar llevaría a la infracción de los arts. 1256 y 1449 Cc, en cuanto en definitiva el cumplimiento del contrato quedaría al arbitrio de una de las partes”. Creemos que el Tribunal Supremo comete un exceso: el precio de vendedor es una previsión legal en defecto de acuerdo contractual, porque si hay un modo de determinación no arbitrario (y los precios comúnmente cobrados tienen esta cualidad) la cláusula contractual no necesita de una norma legal que expresamente lo autorice, al comprenderse en el supuesto regulado por el art. 1448 Cc.

2. El arbitrio de “equidad”

Según el art. 1690.I Cc se confía a un tercero “la designación de la parte de cada uno (de los socios) en las ganancias y pérdidas”. El problema principal que contiene este precepto es señalar, en defecto de pacto expreso, si el tercero debe decidir según un criterio objetivo

(73) Ar 1375; J. Santos Briz.

(arbitrio de equidad, sujeto a control, su tarea será normalmente sustituible) o bien si debe decidir conforme a un criterio subjetivo, el denominado arbitrio mero, que normalmente se acompaña de una designación personalísima del arbitrador. El mismo precepto, art. 1690.I a contr. Cc, prefiere el arbitrio de equidad, al declararlo impugnado cuando “evidentemente haya faltado a la equidad”. En todo caso, la discusión tiene menos importancia que en el contrato de compraventa, porque si falta la decisión del arbitrador ésta se suple con la regla de la proporcionalidad en los resultados prósperos o adversos (art. 1689.II Cc) frente a la aparente regla general de la ineficacia de aquél (art. 1447.II Cc) (74).

La dificultad esencial de este criterio es delimitar con exactitud qué deba entenderse por “equidad”, con dos propósitos principales. En primer lugar, decidir cuándo debe calificarse la decisión de inicua y, en segundo lugar, cuál es la regla a seguir por el juez que sustituye al decisor. En todo caso, su objetividad y esencial sustituibilidad, exigen su naturaleza de módulo abstracto y medio, a la manera del patrón de la diligencia del buen padre de familia (art. 1104.II Cc). En nuestro caso la equidad cumple la función de razón o criterio que funda una decisión relativa a una actividad comercial de integración. En el caso del art. 1690.I Cc más que como criterio de formación de reglas jurídicas, hay que entender la equidad como garantía de conservación de cierto modo de afrontar las relaciones jurídico-privadas: desde la igualdad de trato y la ponderación de circunstancias relevantes singulares. Es decir, lo equitativo en sus dos dimensiones clásicas de igualdad y proporcionalidad (75).

(74) Así, CAPILLA RONCERO, *Coms. Edersa CC*, XXI.1, sub art. 1690 Cc, pp. 401-402, se muestra favorable al criterio objetivo siempre que la remisión al juicio del tercero no se haya hecho en consideración a su persona, pese a sujetarse a criterio de equidad. Tal parece ser también la interpretación dominante sobre el criterio al que haya de sujetarse el tercero en el caso del art. 1598.II Cc. Este criterio es el preferido en el Derecho comparado como supletorio, así, entre otros, §§ 315.I, 317.I BGB, arts. 400.1, 883.1, *in fine*, 993.1, 1158.2 Cc portugués, y 1349.I y 2264.II Cc italiano.

(75) Sobre lo equívoco del término equidad y sus funciones, del mayor interés: PEREZ LUÑO, A.-E., “Aspetti e funzioni dell’equità. Note critiche sul suo significato nel nuovo Titolo preliminare del Codice Civile spagnolo”, *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto* 4 (1977), pp. 834-874. Resumidamente CARRASCO PERERA, A., “Comentario a la STS 19-4-1985”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil* 8 (1985), § 208, pp. 2581-2589, pp. 2585-2586; y SORIANO, R., *Compendio de Teoría General del Derecho*, Ariel, Barcelona, 1993², pp. 321-328. Véanse los esclarecedores pasajes de SUAREZ, *De Legibus*. I. *De natura legis*, II, 9-10 y XX, 10.

No obstante, la jurisprudencia del Tribunal Supremo no se ha inclinado por formular una noción desde estas premisas, sino entendiendo la equidad como arbitrio *iudicis*, es decir, como justificación de su propio actuar arbitrario. Pese a emplearse como “modo de razonamiento”, en escasísimas ocasiones la jurisprudencia manifiesta el proceso de decisión. En la mayor parte de las sentencias que revisan interés en la materia, los tribunales deciden en equidad, sin emplear para ello ningún expediente normativo (principios generales, aplicación analógica del art. 1690.I Cc, o cualquier otro); podría decirse, que deciden al margen del principio de legalidad. A nuestro juicio la noción de equidad es plural en sus funciones e imprecisa en sus contornos y debe ser manejada con exquisito cuidado para no abandonar los límites de la legalidad (art. 3.2 Cc) y los de la propia legitimidad de las decisiones judiciales. Parece indudable que la remisión al arbitrio judicial de equidad ensombrece la seguridad del tráfico (76).

En la jurisprudencia, en multitud de ocasiones, después de constatar la ausencia de una norma expresa para la integración del precio de los servicios profesionales, se opta por la fijación según el prudente arbitrio judicial, que deberá tener en cuenta, además de las circunstancias particulares (esfuerzo, dificultad, éxito), los informes, con valor pericial, de los Colegios. Dentro de las circunstancias particulares especialmente valoradas pueden señalarse: la naturaleza del asunto, su valor económico, el tiempo y esfuerzo empleados, los resultados obtenidos, su alcance y efectos posteriores, y las indicaciones usualmente recogidas en las tarifas corporativas (77). La dificul-

(76) Defiende la necesidad de dotar de algún espacio a la equidad, sin proponer una innecesaria reforma legislativa para darle cobijo: CASTAN TOBENAS, J., *La formulación judicial del Derecho. (Jurisprudencia y arbitrio de equidad)*, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1954², sus conclusiones las formula en pp. 143-160. Sobre el Derecho de creación judicial, PRIETO SANCHIS, L.: *Ideología e interpretación jurídica*, Tecnos, Madrid, 1987, reimp. 1993, especialmente pp. 108-128 y *Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*, Cuadernos y Debates 40, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992, en especial, pp. 95-127.

(77) Así, para la determinación del precio en los contratos de obra: SSTS 26-3-1984 (Ar 1433; C. de la Vega Benayas); 16-1-1985 (Ar 176; A. Sánchez Jáuregui) y 21-10-1985 (Ar 4956; M. Martín-Granizo Fernández). En la prestación de servicios profesionales: SSTS 23-6-1982 (Ar 3439; C. Serena Velloso); 26-2-1987 (Ar 739; R. Casares Córdoba); 4-5-1988 (Ar 3875; M. González-Alegre y Bernardo); 24-9-1991 (Ar 7857, J. Santos Briz); 5-2-1992 (Ar 826; J. Santos Briz). En todo caso, la remisión a la equidad judicial se hace desde la siguiente premisa: el juez puede, sin necesidad de motivar especialmente su decisión, pronunciar un juicio equitativo, aunque bien es verdad que se observa una tendencia a explicar las razones de un concreto juicio equitativo, más allá de la conside-

tad principal de tal doctrina estriba en su control, sobre todo cuando el Tribunal Supremo no ha precisado los límites de su actuar equitativo, aunque parece imponerse una exigencia de "gravedad" de la iniquidad para que pueda procederse a la impugnación de la decisión judicial.

En nuestro caso, la equidad se conforma como una fuente jurídica independiente, porque no se sujeta su eficacia al principio de legalidad (*aequitas ex lege*, del art. 3.2 Cc). El problema es enfrentar el arbitrio judicial a la construcción de un criterio general que, a modo de regla, sirva para resolver casos similares: es más, la tipicidad de las circunstancias concurrentes exigen una respuesta igualitaria para no infringir requisitos de igualdad y proporcionalidad (más los propios de la seguridad jurídica, en forma de predictibilidad de las decisiones judiciales), por esa razón los tribunales deberían haber señalado pautas generales para determinar el precio de los servicios profesionales, en vez de confiar tal determinación a la pura discrecionalidad judicial y a su variable sentido de justicia.

3. *El arbitrio mero (art. 1447.I, in fine, y II Cc)*

El art. 1447.I, *in fine*, Cc admite como modo de determinación del precio en el contrato de compraventa su "señalamiento al arbitrio de persona determinada". El problema principal del precepto es desvelar el criterio al que haya de sujetarse el tercero cuando las partes no hayan acordado instrucciones precisas para el "señalamiento", porque, de haberlo hecho, las instrucciones serán el criterio y límite de la decisión del arbitrador.

La posibilidad de aplicar como regla supletoria el arbitrio de equidad (por analogía con el art. 1690.I Cc), sometido por tanto a control (impugnable, revisable) y susceptible de sustitución, queda desmentida con el art. 1447.II Cc en la mano, que parece confiar al mero arbitrio, a la sólo voluntad del tercero, la eficacia del contrato ("si no pudiese o quisiere señalarlo") (78). Aunque también cabe restringir la

ración de que por ser judicial su juicio será equitativo. Respecto a la ponderación de circunstancias singulares, entre otras: SAT Oviedo 4-10-1988 (RGD 536 (1989), p. 3282); SAP Madrid 7-2-1989 (RGD 536 (1989), p. 2998); SAP Bilbao 20-10-1989 [RGD 552 (1990), p. 6965] o SAP Barcelona 20-4-1995 (@1901/1995).

(78) No obstante el art. 1447.II Cc (véase el art. 1592 Cc francés), es un lugar común establecer, en defecto de pacto, que el arbitrio será de "equidad". Véanse, por

aplicación del art. 1447.II Cc al caso en que se haya pactado un arbitrio mero, en atención a las circunstancias personales del tercero arbitrador, en cuyo caso el precepto no es más que una normal, pero no única, consecuencia del personalismo en la designación, de la insustituibilidad del arbitrador. Es decir, el art. 1447.II Cc se referiría solamente a los casos en que el arbitrador es designado en razón de sus cualidades personales, con independencia del criterio de decisión al que deba sujetarse. Como vimos, hay una normal conexión entre criterio y designación, pero no debe magnificarse ni establecerse como exclusiva.

Si el art. 1447.I, *in fine*, Cc recoge un criterio estrictamente subjetivo, es decir, aquel que se identifica con el "parecer" del arbitrador, el problema se traslada a señalar los límites de tal subjetividad, con un presupuesto implícito en toda esta discusión: no cabe confundir, "arbitrio" con "capricho" o "mera voluntad". El límite será, nos parece, el general de la buena fe: lo que no es lícito a las partes, no puede serlo al tercero que las sustituye, art. 7.1 Cc. Límite que le exigirá motivar su decisión, válida en tanto que no sea caprichosa, extravagante o irrazonable en extremo. Es más, si se califica el arbitrio como personalísimo, porque las cualidades personales del designado han sido el motivo principal para su designación, lo querido por las partes, normalmente será, no que éste decida conforme a su capricho, sino conforme a su criterio, a su "leal saber y entender", es decir, confían la determinación a un "criterio", aunque éste sea subjetivo (79).

Es un lugar común otorgar al art. 1447.II Cc el valor de regla general. Pero este precepto debe explicarse como efecto propio del personalismo en la designación, dentro de los supuestos de no

todos, ROCA JUAN, "Determinación indirecta de la prestación", cit., p. 458; y PEREZ GONZALEZ/ALGUER, *Anotaciones ENNECCERUS*, II.1, cit., p. 29.

(79) El límite de la "buena fe" lo recoge expresamente el art. 1349.II pr a contr Cc italiano: "La determinazione rimessa al mero arbitrio del terzo non si può impugnare se non provando la sua mala fede". Sobre el arbitrio de buena fe, DIEZ-PICAZO, *Arbitrio de tercero*, cit., pp. 138-142 y notas 41 y 43. Por su parte, VALPUESTA, *Prohibición de arbitrariedad*, cit., p. 247, señala como característica principal del arbitrio mero su impugnabilidad por razones prácticas, aunque para alcanzar tal resultado prescinde de una premisa: la decisión del arbitrador, sea cual sea la naturaleza del criterio empleado, exige "motivación". La LArb, en su art. 4.1 califica de "equitativo" al arbitraje decidido según el "leal saber y entender" de los árbitros designados (cfr. art. 4.I LADPr derogada), respecto a los cuales no es decisivo el personalismo en la designación (véase el art. 41.5), y no exige que el laudo emitido conforme a tal criterio sea "motivado" (art. 32.2 a contrario).

aceptación del encargo de decidir (“no quisiere”, éste es el ámbito de su discrecionalidad) o de imposibilidad objetiva o subjetiva para decidir (“no pudiere”) por parte del arbitrador (muerte, incapacidad sobrevenida), dejando claro que para el criterio más común de decisión, el objetivo, la tarea del arbitrador es esencialmente sustituible.

VIII. EL CONTROL DE LA DECISION: LA IMPUGNACION

Como ya hemos visto, la admisibilidad del arbitrio de parte en la determinación de la prestación pasa porque se someta la decisión a criterios externos que puedan ser sometidos a control. Esa exigencia de control constituye el mejor modo de garantizar la imparcialidad y la exclusión de la arbitrariedad, en cuanto introduce la posibilidad de variar la decisión y lograr una más adecuada o, al menos, de privar de eficacia a la que se considera injusta. En la prestación de servicios profesionales implica que la retribución fijada por el profesional ha de ser susceptible de impugnación por la otra parte. Como advierte Diez, Picazo, “la posibilidad de impugnación de la decisión por falta de equidad parece consustancial a la institución misma. Rechazarla significa convertir el arbitrio en arbitrariedad. El arbitrio es ante todo un juicio. Declararlo inimpugnable por razones de fondo, de motivación, eximirlo de control, sería desnaturalizarlo” (80).

1. Admisión y fundamento

Las únicas bases legales a las que se puede acudir para abordar la posibilidad de impugnación de la decisión son los arts. 1447 y 1690.I Cc, ambos referidos al arbitrio de tercero. El art. 1447 no especifica los criterios a los que debe ajustarse el arbitrador, ni se refiere a la posibilidad de impugnación de su decisión. Es más, una interpretación de su párrafo segundo *a sensu contrario*, podría llevarnos a pensar que cuando el tercero señala efectivamente el precio, su decisión ha de ser acatada. En cambio, la finalidad del art. 1690.I Cc es precisamente la

(80) DIEZ-PICAZO, *Arbitrio de tercero*, cit., pp. 333-334. La afirmación, aunque formulada respecto al arbitrio de tercero, también tiene pleno sentido en el arbitrio de parte.

de regular la facultad de los socios de impugnar la decisión confiada al tercero, señalando una única razón (“cuando evidentemente haya faltado a la equidad”).

La diferencia de régimen que deriva de ambos preceptos puede encontrar una explicación considerando que se refieren a diferentes tipos de arbitrio, mero arbitrio en el primer caso, arbitrio de equidad en el segundo. Cabe recordar que la principal consecuencia que se ha derivado de tal distinción es que mientras, en principio, en el arbitrio simple no cabría impugnación, el *arbitrium boni viri* podía ser impugnado cuando el arbitrador en su decisión hubiese faltado a la equidad. Esa posibilidad o no de impugnación sería una consecuencia de la naturaleza de la diferente motivación del juicio del arbitrador, pues los límites de actuación que acompañan al arbitrio de equidad serían los que justifican la impugnabilidad de la decisión (81).

Pero también resulta evidente que, incluso cuando las partes hayan pactado someterse al mero arbitrio, existen unos límites genéricos a los que debe someterse la actuación del arbitrador derivados del principio de buena fe. Y en la medida en que tales límites se sobrepasen, la decisión será impugnable. Por eso, la doctrina suele admitir la impugnación de la decisión inicua también en el supuesto del art. 1447 Cc, aunque no esté expresamente admitida por la ley (82). Con ello se extiende con

(81) Así, DIEZ-PICAZO, *Arbitrio de tercero*, cit. p. 136, nota 23; y HERRERO GARCIA, *Coms. Edersa CC, XVII.1 B, sub art. 1273 Cc*, pp. 508-509.

(82) Son aisladas las opiniones que niegan la posibilidad de impugnación, así, MANRESA Y NAVARRO, J. M. *Comentarios al Código Civil español, X*, revisada por F. DE CARDENAS, Reus, Madrid, 1950⁵, p. 71; y GARCIA CANTERO, *Coms. Edersa Cc, XIX², sub arts. 1447-1449 CC*, p. 46. Pero, en un sentido opuesto, DIEZ-PICAZO, *Arbitrio de tercero*, cit., pp. 334-335, que legalmente, se apoya en el art. 1690 del Código civil, y si no pudiera extenderse analógicamente la impugnación por falta de equidad entiende que “tendría vigoroso fundamento en el art. 1.714 del Código civil según el cual el mandatario —el arbitrador en nuestro caso— no puede traspasar los límites del mandato[...]. La infracción de la buena fe igualmente produciría la infracción del art. 1.714”; ROCA JUAN, *Determinación indirecta de la prestación*, especialmente pp. 457-458, en todo caso, admite 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 impugnable por causas específicas”. En el mismo sentido, entre otros, HERNANDEZ GIL, *Obras completas*, cit., p. 61; ALBALADEJO, *Derecho Civil, II.1^o*, p. 27; HERRERO GARCIA, *Coms. Edersa Cc, XVII 1^o B, sub art. 1273 Cc*, p. 511. PEREZ CONZALEZ/ALGUER, *Anotaciones a ENNECCERUS, II 1^o*, p. 30: admiten la impugnación partiendo de la consideración de que el art. 1447 se refiere a un arbitrio de equidad por analogía con el art. 1690 Cc; VALPUESTA, *Prohibición de arbitrariedad*, cit., pp. 243-244: “Lo peligroso del arbitrio mero, por tanto, no está, en sí, en la motivación del árbi-

carácter general la posibilidad de impugnación que contempla el art. 1690 Cc (83). En cualquier caso, el art. 1447 Cc no puede considerarse un obstáculo difícil de sortear para admitir la impugnabilidad del arbitrio, por varias razones. En primer lugar, porque no prohíbe expresamente la impugnación. En segundo lugar, porque tal regla fue dictada para un supuesto particular (determinación del precio en la compraventa). Además, es una norma conforme con la mentalidad codificadora, obsesionada por el dogma de la autonomía privada en el sentido de impedir a ultranza la injerencia en el contenido del contrato (84).

tro, que normalmente será lógica, sino en su inapelabilidad. Y, por ello, tan peligroso como el arbitrio mero sería un arbitrio *boni viri* que se pacte sea irrecusable... Cuando el arbitrio es fiscalizable no repugna a la justicia. Pero si es inapelable puede ser caprichoso, y no hay modo alguno de evitarlo”.

(83) ROCA JUAN, *Determinación indirecta de la prestación*, p. 446, comenta como en el Derecho común, del supuesto de la sociedad, se pasó a admitir en general la *querela iniquitatis* no sólo para anular la determinación de las cuotas sociales o divisorias, sino también el precio (en caso de compraventa, arrendamiento, honorarios, etc.) cuando fuese fijado faltando a la equidad. También resulta expresiva la STS 10-3-1986 (Ar. 1168, J. de Castro García), en un supuesto de arbitrio para la “fijación del valor objetivo” de unas acciones en un contrato de compraventa, se indica que a pesar de que el art. 1447 “no regula la posibilidad de impugnación..., tanto la doctrina científica, que acude por analogía al art. 1690 del propio Código, como la jurisprudencia contenida en las sentencias de 21 de abril de 1956 y 22 de noviembre de 1966, dan un paso a la posibilidad de tal censura... cuando el arbitrador prescinde de las instrucciones señaladas por las partes, faltando manifiestamente a la equidad”.

(84) En cierto modo, obedecía al intento de conjurar un temor inexplicable y, en buena medida, ya superado. GARCIA GOYENA, *sub* art. 1369 del Proyecto de Cc de 1851, coincidente con el art. 1447 Cc, se cuestiona “si la persona determinada señalare un precio manifiestamente excesivo o diminuto, ¿podrá la parte agraviada recurrir al juez para que lo reforme?”. Responde que se niega esa posibilidad en C 4, 38, 15, y en I.3, 24, párrafo 1 (*Omnimodo secundum ejus aestimationem, pretium persolvatur*), pero los autores concedían este recurso por consideraciones de equidad, aunque la lesión no excediera de la mitad del justo precio. Y concluye: “Nosotros, que rechazamos la rescisión por causa de lesión, aunque ésta sea enormísima, tenemos también que rechazar todo recurso en este caso”. El temor casi obsesivo era que pudiera verse algún residuo de la teoría del justo precio y del remedio rescisorio en la facultad de un contratante de cuestionar por inequitativo el precio fijado por un tercero. Pero era un temor difícil de entender, pues si bien puede repugnar la idea de que tras celebrar un contrato de compraventa prestando su consentimiento sobre el mismo precio, una de las partes pueda cuestionar la equidad de tal precio —que en eso consiste la rescisión por lesión—, en cambio, cuando la determinación se remite a un tercero —o a una de las partes—, lo que se impugna no es propiamente que el precio que ha fijado sea lesivo, sino que no se han observado los criterios objetivos que venían impuestos para llegar a una decisión razonable. Por ello, cuando GARCIA GOYENA intenta explicar la diferente solución del art. 1584 del Proyecto, equivalente al art. 1690 Cc, e intenta justificar que en este caso sí se admita la impugnación, su argumento resulta simplemente absurdo: “La sociedad es más favorable que la venta, como que se compara a la fraternidad y envuelve mayor confianza”.

Respecto del arbitrio de parte, al que vamos a ceñirnos, la posibilidad de impugnación es un presupuesto para su admisibilidad, y la finalidad de tal mecanismo corrector es velar por que se cumplan los límites en los que debe moverse dicho arbitrio (85).

Puede encontrarse algún supuesto en el que la propia ley parece reconocer el arbitrio de parte en la determinación de los honorarios, a la vez que establece el cauce para su impugnación por la otra parte como mecanismo de control: así, por ejemplo, la regulación legal de los honorarios de abogados y procuradores devengados en el curso de un proceso (arts. 8 y 12 LEC, en relación con los arts. 427 y ss. de la misma ley). El art. 12 LEC acepta la determinación realizada por el profesional mediante la presentación de la minuta: "Los Abogados podrán reclamar del procurador y, si éste no interviniera, de la parte a quien defiendan, el pago de los honorarios que hubieren devengado en el pleito, presentando minuta detallada y jurando que no le han sido satisfechos. Deducida en tiempo esta pretensión, el juez o tribunal accederá a ella en la forma prevenida en el art. 8º..." (el mencionado art. 8 LEC, establece un mecanismo similar de reclamación de honorarios por los procuradores) (86). Pero, a continuación, se prevé la posibilidad de impugnación ("... pero si el apre-

(85) Por eso, la doctrina explica la impugnabilidad de la decisión en el arbitrio de parte como un rasgo característico del mismo. DIEZ-PICAZO, *Arbitrio de tercero*, cit., p. 102, refiriéndose al Derecho romano, señala que "al tiempo que negó la posibilidad de que los negocios jurídicos o algún elemento de los mismos se abandonara a la pura voluntad de las partes, admitió ampliamente la posibilidad de remisión al arbitrio de una de las partes, entendiendo este arbitrio como juicio objetivo, ajustado a equidad y revisable mediante *reductio ad arbitrium boni viri* en los casos en que fuera manifiestamente contrario a aquella equidad que debía motivarlo"; PEREZ GONZALEZ/ALGUER, Anotaciones a ENNECCERUS, II.1, cit., p. 29; también PAZ-ARES, C., *Comentario del Código civil*, II, Ministerio de Justicia, dir. C. Paz-Ares/R. Bercovitz/L. Díez-Picazo/P. Salvador Coderch, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, 1993², sub art. 1690 Cc, pp. 1441-1443, p. 1442, se inclina por la admisión del arbitrio de parte y afirma que "los riesgos de la arbitrariedad se conjuran mediante la posibilidad de impugnación y los riesgos de conflicto de intereses son irrelevantes si media la autorización del posible perjudicado".

(86) Puede decirse que en estos preceptos se está dando eficacia, al menos contractual, a la determinación plasmada en la minuta presentada por el abogado. La idea se constata en el art. 423.II LEC, dentro de la regulación de la tasación de costas, cuando establece que "los honorarios de los Letrados, peritos y demás funcionarios que no estén sujetos a Arancel se regularán por los mismos interesados en minuta detallada y firmada, que presentarán en la Escribanía por sí mismos". Para la STS 27-12-1915 (JC, núm. 159, M. del Valle) se reconoce dicha facultad al abogado "en atención, sin duda alguna, a la garantía de justificación que al legislador inspirase el noble ejercicio de la profesión".

miado impugnare los honorarios por excesivos”), creando un procedimiento específico para facilitarla y proceder a la revisión judicial de los honorarios considerados excesivos (“se procederá previamente a su regulación, conforme a lo que se dispone en los arts. 427 y siguientes”).

Esta solución conlleva para el demandante del servicio el inconveniente de tener que asumir la carga de combatir lo decidido *a priori* por su contraparte y, por tanto, de probar los elementos del desacuerdo. Pero el verdadero problema es el de establecer los criterios en que se puede basar esa impugnación, y aquellos que se han de utilizar para resolverla y proceder a una determinación equitativa.

Una cuestión preliminar, ya apuntada, a la que no se ha dado la suficiente importancia dogmática y, por ello, no ha recibido una respuesta satisfactoria, es la de cómo justificar jurídicamente que una parte pueda impugnar y un juez revisar la retribución requerida en pago de unos servicios. Sobre todo, la cuestión es cuál es el fundamento que permite calificar unos honorarios como excesivos y justifica su reducción.

El tema no nos presenta duda: en ausencia de determinación convencional de la contraprestación, la estimación realizada por arbitrio del profesional está sometida a revisión en la medida en que no haya respetado los criterios lógicos y razonables de valoración, y haya actuado de forma arbitraria. Es decir, el problema es de determinación de la contraprestación mediante la aplicación de las fuentes heterónomas de integración para completar el contenido del contrato.

En todo caso, la claridad de esta explicación no siempre se ha visto y, a menudo, se ha recurrido a expedientes diversos para explicar esa revisión, como pueden ser el enriquecimiento sin causa, el principio de equivalencia entre las prestaciones o el principio de buena fe. Así, la STS 13-12-1991, ante la reclamación de un cliente contra su abogado por considerar que los honorarios percibidos por éste eran excesivos teniendo en cuenta la cuantía que el Colegio de Abogados estima corresponder a los trabajos realizados, procede a una amplia reducción de tales honorarios, justificada en una peculiar aplicación de la doctrina del enriquecimiento sin causa (87).

(87) STS 13-12-1991 (Ar 9002, M. Martín-Granizo Fernández): Estima que se dan todos los requisitos de esta doctrina (“en cuanto a la ausencia de causa, es igualmente evidente, dado que no debe olvidarse que las acciones derivadas u originadas por enriquecimiento injusto, no van en realidad dirigidas contra el acto o negocio jurídico en sí

También se ha acudido con cierta frecuencia al argumento de la lesión contractual y la teoría del justo precio, para explicar la *reductio ad aequitatem* del arbitrio realizado con manifiesta iniquidad (88). Pero no es necesario, ni conveniente, recurrir al principio de equivalencia entre las prestaciones, en sí mismo discutido. No se duda que la fijación del precio por un contratante puede provocar un desequilibrio entre las prestaciones y convertir el contrato en lesivo, pero esto no es más que una consecuencia del verdadero defecto, que es la arbitrariedad de ese contratante en la determinación del precio. Por tanto, lo que fundamenta la impugnación cuando los honorarios sean excesivos, es el no haber respetado los criterios objetivos que convertirían la decisión en razonable en lugar de arbitraria. Se impugna, por ejemplo, por no haber respetado el uso o práctica habitual en el sector, por no haber respetado el precio usual, o haber soslayado las circunstancias concurrentes. Pero no se impugna porque la retribución no sea “justa” en relación con la contraprestación, en términos de valores objetivos, ni se revisa para adecuar el valor de ambas, aunque éste sea el fin último del impugnante. Otra cosa es que se utilice la construcción de la lesión contractual para establecer cuándo la estimación del arbitrador es inicua.

Con mayor acierto, se recurre a menudo al principio de buena fe en aquellos casos en que el contratante al que se le ha concedido un cierto grado de discreción, frustra con su ejercicio las expectativas razonables de la otra parte. La explicación viene a ser que “quien exige una compensación tan exorbitante a sabiendas que el esfuerzo invertido, no sólo es mínimo, sino que no requiere destrezas periciales, no

considerado, sino contra sus efectos lesivos o perjudiciales para la otra parte”). Y tras admitir que se trata de un contrato de arrendamiento de servicios profesionales cuya consecuencia es el abono de los honorarios correspondientes al profesional, señala: “... mas una cosa es eso y otra que los honorarios reclamados excedan de los límites establecidos a este respecto en la normativa fijada por los baremos de los Colegios de Abogados..., ya que por otra parte no puede olvidarse que la construcción tanto doctrinal como jurisprudencial del enriquecimiento injusto tiene una indudable conexión con la figura del abuso del derecho dados los principios de equidad y justicia que en su determinación son de tener en cuenta”. Esta sentencia, que rompía toda una consolidada doctrina sobre cuándo concurría o no la causa para apreciar la existencia del enriquecimiento injustificado, no ha tenido afortunadamente continuidad.

(88) Ya los autores del Derecho común consideraron aplicable la rescisión por lesión *ultra dimidium* al supuesto de arbitrio tan injusto que su iniquidad apareciese manifiestamente. *Vid.* sobre ello, MARTIN PEREZ, J. A., *La rescisión por lesión. (En torno a la lesión contractual y el fraude de acreedores)*, J. M.^a Bosch editor, S. A., Barcelona 1995, pp. 98 y ss.

funciona leal y honestamente frente a las expectativas de la otra parte" (89). Esta explicación, no sólo no es incompatible con los argumentos que hemos utilizado, sino que los complementan en buena medida.

Lo decisivo es que el control se obtiene siempre a través de un "procedimiento" y guarda completa simetría con el propio proceso de decisión. En este sentido, son varias las cuestiones a resolver sobre la impugnación, entre ellas: sus presupuestos, los motivos de impugnación, el régimen jurídico del procedimiento impugnatorio y sus efectos.

2. Presupuestos del control: la motivación

La impugnación presupone que la parte que pueda ejercitarla tenga conocimiento de la decisión impugnada, requisito que cuando se trate de prestación de servicios profesionales se cumplirá normalmente mediante la notificación de la determinación, que tiene lugar a través de la extensión de la correspondiente minuta (90).

Además, el control de la decisión requiere como exigencia lógica su motivación, para poder confrontar el criterio que debía fundarla y su resultado, a fin de observar la exactitud de su aplicación, sobre todo teniendo en cuenta que los criterios empleados no suelen tener unos contornos precisos.

La necesidad de motivar la decisión en el caso del arbitrio de tercero y, más aún, en el de parte, viene impuesta por la propia naturaleza y los límites del arbitrio: Si el arbitrio debe ajustarse a las exigencias de la equidad o, al menos, a las de la buena fe, ello ha de reflejarse en la decisión por medio de la motivación, que será precisamente la primera consecuencia del deber de buena fe. En el arbitrio de parte,

(89) Así, GODREAU, M. J., "Lealtad y buena fe contractual", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* [RCDI], 1992, pp. 327 y ss., concluye que "la obligación de abstenerse de exigir prestaciones desproporcionadas o correspondientes a honorarios periciales debe ser un requisito derivado de la buena fe contractual". Pero cabe advertir que este autor construye su argumentación a raíz de una sentencia dictada por el Tribunal Supremo de Puerto Rico en la que se utiliza el principio de buena fe para rectificar una retribución previamente pactada —un porcentaje sobre los beneficios producidos—, no dejada a la determinación de una parte, pero que resultó excesiva atendiendo al esfuerzo y la pericia que *de facto* se empleó para obtenerla.

(90) Según el BGB, la determinación se realiza por declaración recepticia —frente a la otra parte— (§ 315), y en el arbitrio de tercero, por declaración frente a uno de los que concluyen el contrato (§ 318).

puesto que la decisión ha de ser fruto de criterios razonables y moverse dentro de los límites impuestos por la equidad, la motivación es la que permite contrastar si se han observado esos criterios y respetado los límites o, por el contrario, si la decisión es puramente arbitraria y caprichosa. Además, la motivación puede considerarse como una "carga" que pesa sobre el profesional impuesta por la exigencia de buena fe *ex art. 1258 Cc* (91). Desde luego, es el único instrumento que permite al demandante del servicio controlar la adecuación del trabajo realizado al importe que se le exige.

Un reflejo legal de este deber de motivar puede encontrarse en la regulación de la reclamación de los honorarios de procuradores y abogados. El abogado que quiera ver satisfechos sus honorarios devengados en un pleito, podrá acudir al procedimiento conocido como "jura de cuentas", "presentando minuta detallada" (*art. 12 LEC*; para los procuradores, el *art. 8 LEC* exige presentar "cuenta detallada y justificada"). Además, el *art. 423.II LEC*, respecto a los "letrados, peritos y demás funcionarios que no estén sujetos a arancel" que quieran ver satisfechos sus honorarios por medio de la tasación de costas, les exige que presenten "minuta detallada y firmada". No se trata de una exigencia meramente formal, puesto que el *art. 424 LEC* sanciona su incumplimiento al declarar que no se comprenderán en la tasación los derechos correspondientes a "actuaciones que resulten inútiles, superfluas o no autorizadas por la ley, ni las partidas de las minutas que no se expresen detalladamente" (92).

(91) Así, ROCA JUAN, *Determinación indirecta de la prestación*, p. 460.

(92) Además, una reiterada jurisprudencia, a la hora de resolver los supuestos de honorarios indebidos, ha insistido en esta exigencia de aportar una minuta detallada. Sólo a título de ejemplo, SSTS. 22-10-1990 (Ar 8030, A. Barcala y Trillo-Figueroa), 15-7-1991 (Ar 5386, A. Fernández Rodríguez: "El *art. 423 LEC* exige la aportación de minuta detallada, pero no la consignación de la cuantía concreta asignada a cada concepto detallado, pues ésta ha de resultar, indudablemente, del aspecto proporcional asignable a cada una de las correspondientes normas"), 12-7-1994 (Ar 6729). En este caso, la descripción de los diversos conceptos permite el control de las partidas indebidas, tanto para los clientes como para los condenados en costas. Así lo refleja la STS 17-11-1993 (Ar 9928; E. Ruiz Vadillo) y la STC 28/1990, 26-2 (*Boletín de Jurisprudencia Constitucional* 107, E. Díaz Eimil, pp. 131-133), fundamento jurídico 2º, al establecer que "las partidas deben detallar los conceptos que las integran, de forma tal, que garanticen a la parte condenada en costas el conocimiento que precisa para ejercer plenamente su derecho de contradicción". Como señala, EGUSQUIZA BALMASEDA, M.ª A., "La prestación de servicios de abogado: perspectiva jurisprudencial", *Aranzadi Civil* 6 (1996), pp. 11-34, p. 32, "la libertad, dentro de unos márgenes, que sobre la materia tiene el Letrado se haya compensada con la carga que pesa sobre él de minutar de forma detallada, incluyendo únicamente aquellos conceptos que den derecho a retribución. De esta forma, el cliente puede controlar la adecuación del trabajo efectuado al importe que se le exige".

De todas formas, la posible consideración de la motivación como exigencia legal, no afecta directamente a la impugnabilidad de la decisión, pues el cliente que contrata con el profesional puede impugnar la minuta tanto si está motivada pero está en desacuerdo con dicha motivación, como, con mayor razón aún, si no está motivada (93). Cuando el prestador del servicio presenta la minuta y ésta se limita a reflejar el importe de los honorarios, sin justificar su cuantía ni describir los conceptos comprendidos en ella, podrá ser objeto de impugnación ante la duda de su arbitrariedad, pues otra solución dejaría indefenso al deudor de la retribución, que no dispondrá de medios para saber a qué criterios se ha sujetado la determinación del precio o si éste guarda adecuación con el servicio prestado. La motivación será decisiva a la hora de aceptar la determinación realizada por el profesional o, por el contrario, valorar la posibilidad de una impugnación. En este último caso, permitirá que la parte impugnante pueda contradecir los criterios utilizados en la determinación y probar su falta de adecuación o de razonabilidad. Es decir, que el deudor debe saber “por qué” puede impugnar, función que realiza la motivación.

También ha de plantearse “cómo” ha de hacerse dicha motivación. Esta cuestión se responde acudiendo a las reglas a las que debe ajustarse la determinación realizada por el arbitrador (94). En el arbitrio de parte, referido a la prestación de servicios profesionales, la motivación se cumplirá con la enumeración y detalle de las labores realizadas, y la descripción del criterio utilizado para su valoración.

3. *Las causas de impugnación*

En general, los motivos de impugnación de un arbitrio de determinación pueden afectar a la misma declaración de voluntad del arbitrador (vicios en su formación), a las reglas del procedimiento (plazo de

(93) Distinta solución aparece en materia de arbitraje: el art. 32.2 LArb establece que “el laudo será motivado cuando los árbitros decidan la cuestión litigiosa con sujeción a Derecho”, pero sólo cabe su impugnación precisamente por ausencia de una mínima motivación que refleje la *ratio decidendi* del laudo, dado que tal supuesto encaja en la causa 2 del art. 45 (por no haberse observado las formalidades establecidas en la ley). Es decir, que lo controlable será en todo caso la falta de motivación, no su contenido. Así, BARONA VILAR, S., en MONTERO AROCA (dir.), *Comentario breve a la Ley de arbitraje*, Civitas, Madrid 1990, sub art. 32.2, p. 169.

(94) La diferente forma de la motivación también se utiliza para distinguir el arbitrio de equidad del mero arbitrio o de buena fe. Cfr. DIEZ-PICAZO, *Arbitrio de tercero*, cit., pp. 135-136; y ROCA JUAN, *Determinación indirecta de la prestación*, p. 460.

emisión de la decisión, defectuosa motivación), al ámbito de la decisión (extralimitación e incongruencia) o, finalmente, al criterio de la decisión (no sujeción a las instrucciones concretas cuando se dieron, infracción del criterio elegido o del supletorio, inobservancia de las reglas condicionantes de la decisión) (95).

La decisión del arbitrador, sea éste un tercero o parte, puede considerarse una declaración de voluntad y por tanto susceptible de padecer en su formación algún vicio, impugnabile por tal razón *ex art.* 1265 Cc (96). Pero puede precisarse que, si bien en el arbitrio de tercero la impugnación por vicio de la voluntad en la decisión tiene pleno sentido, pues puede ser ésta la única vía para evitar el quedar vinculado por una decisión injusta, en el arbitrio de parte ello sólo tiene sentido en la medida en que el vicio se haya traducido en el señalamiento de un precio considerado irrazonable o arbitrario. Si, como hemos visto, la determinación realizada al arbitrio de parte sólo vincula en la medida en que se ajuste a un criterio razonable, la decisión será impugnabile cuando el criterio utilizado sea irrazonable o injustificado, con independencia de si ello se debe a error, engaño u otra circunstancia. Es decir, que no son relevantes las causas por las que se produce esa decisión, sino si hay que calificarla como arbitraria o no.

También parece claro que si se habían establecido instrucciones concretas al arbitrador, su infracción puede ser causa de impugnación de la decisión (arts. 1714 y 1719.I Cc por analogía; arts. 254 y 256 C de Com).

Es evidente que la causa de impugnación clave será la infracción del criterio al que debía ajustarse la decisión, lo que Diez-Picazo llama “inobservancia de las reglas condicionantes de la decisión” (97). La determinación del contenido de ese criterio —o regla condicionante—

(95) En general, sobre los motivos de impugnación aunque referidos al arbitrio de tercero, *vid.* DIEZ-PICAZO, *Arbitrio de tercero*, cit., pp. 331 y ss. La falta de aceptación de la designación (cuando el arbitrador “no quisiere”, art. 1447.II Cc) no es, propiamente, un caso de ineficacia del arbitrio, sino del propio negocio tal y como fue concedido; y el “no pudiere” del art. 1447.II, debe asimilarse a los casos de imposibilidad objetiva (muerte, pérdida sobrevenida de capacidad) o subjetiva (parcialidad) cuando el criterio es el arbitrio de buena fe. Otra cuestión es que en el caso de designación personalísima y aceptación del encargo, la simple voluntad de no decidir deba acarrearle al designado alguna consecuencia negativa (art. 1718.I Cc por analogía).

(96) ROCA JUAN, *Determinación indirecta de la prestación*, p. 459, señala además, que en cuanto tiende a perfeccionar un contrato, “los límites establecidos a la libertad de contratación son los límites en que el tercero debe moverse”; y DIEZ-PICAZO, *Arbitrio de tercero*, cit., p. 315.

(97) DIEZ-PICAZO, *Arbitrio de tercero*, cit., p. 332.

empleado para decidir (sea objetivo-abstracto o subjetivo-concreto), es imprescindible para la labor de confrontación que implica el control (98). Respecto al criterio objetivo, que es el que aquí nos interesa, la única referencia legal aparece en el art. 1690 Cc, que limita la impugnabilidad de la estimación realizada por el tercero al supuesto en que "evidentemente haya faltado a la equidad", es decir, siempre que la decisión del arbitrador se haya apartado de las exigencias objetivas de lo justo, sensato o razonable, atendidas las circunstancias singulares (99).

Sin perjuicio de las consideraciones realizadas a propósito de la exigencia genérica de equidad, la dificultad esencial consiste en apreciar *in concreto* cuándo una decisión puede calificarse de "evidentemente" inicua. Puesto que tal concreción no aparece en ninguna norma jurídica, la equidad en materia de arbitrio ha de emplearse como sinónimo de justicia. Por eso, se entiende que "decir que el arbitrador a quien se encomienda el señalamiento de un precio, ha de proceder equitativamente, es lo mismo que afirmar que ha de señalar un precio justo", y lo será cuando corresponda al verdadero valor (o, al menos, no desproporcionado) de la cosa o servicio (100). Pero ese carácter "justo" o "desproporcionado" sólo podrá establecerse en relación a ciertas bases objetivas, a un patrón o valor que permita apreciar la adecuación o no de la decisión a tales criterios. Por eso, al final, la determinación de la retribución adecuada ha de realizarse atendiendo básicamente al esfuerzo efectivamente desarrollado, atendidas las circunstancias, y valorado conforme a los criterios de normalidad.

(98) El criterio supletorio del Cc (la "equidad") tiene el inconveniente de su difícil delimitación y perfiles borrosos. El criterio subjetivo del parecer del arbitrador sólo permite su impugnación cuando se infrinjan las exigencias derivadas de la buena fe (abuso, extravagancia, falta de motivación). La mayor dificultad se encuentra en el control del arbitrio de buena fe. *Vid.*, en este sentido, DIEZ-PICAZO, *Arbitrio de tercero*, cit., p. 335.

(99) A pesar de la singularidad de esta regla, no parece existir inconveniente para hacer una extensión analógica a todos los demás casos de arbitrio, en los cuales hay una evidente *eadem ratio decidendi*. Así, DIEZ-PICAZO, *Arbitrio de tercero*, cit., p. 334.

(100) DIEZ-PICAZO, *Arbitrio de tercero*, cit., pp. 134-135, que recurre a la teoría de la justicia del precio y a la *laessio*, para concluir que, tratándose de un tercero, "al decidir debe basarse en un criterio de normalidad..., el entender del tipo medio dentro de la comunidad en que actúa...". En sentido similar, ROCA JUAN, "Determinación indirecta de la prestación", p. 460; y HERRERO GARCIA, *Coms. Edersa CC*, XVII.1 B, sub art. 1273 Cc, pp. 509-510. También éste era el sentido que tenía en las *Partidas* 5, 59 y 6, 3, 11, cuando justifican la impugnación del arbitrio por "precio desaguisadamente mucho mayor o menor" y "partes desaguisadas".

Si las partes estaban de acuerdo, por pacto expreso o implícito, en dejar la determinación de la retribución al arbitrio de parte, no podrá admitirse, como suele pretenderse en la práctica, la impugnación del contrato por razón de arbitrariedad. Se trataría de una conducta inadmisibles por contrariar la buena fe e, incluso, por querer desvincularse de lo pactado. Sólo procederá la impugnación cuando al ejercitar el arbitrio de parte que se le había atribuido a uno de los contratantes, éste desatienda las reglas condicionantes de la decisión.

4. El régimen jurídico de la acción de impugnación

Para hacer posible el control de la decisión, la parte que la recibe ha de disponer de un cauce preciso de impugnación judicial. Ello hace necesario establecer el régimen jurídico de la acción que puede ejercitar y el correspondiente procedimiento.

En algún supuesto concreto, como es el de la impugnación de los honorarios excesivos de abogados, la ley establece un procedimiento específico (art. 427 LEC). Pero, dada su singularidad, en cuanto previsto para honorarios de abogados y peritos devengados en el curso de un proceso, no es posible generalizarlo (101). También podría pensarse en utilizar alguna de las acciones impugnatorias de los contratos tipificadas en el Código civil, por ejemplo, la acción de rescisión por lesión, en la que podría verse alguna afinidad. Pero nuestro Código civil no admite una acción de rescisión por lesión con carácter general (art. 1293 Cc). Además, la revisión del arbitrio de parte tendría difícil encaje en el régimen de las acciones impugnatorias contractuales (rescisión, anulación) por sus peculiaridades (carácter subsidiario o función eminentemente restitutoria y no revisora, entre otras).

En el art. 1690.I Cc sí se establece un cauce preciso para impugnar las decisiones inicuas en el arbitrio de tercero, que puede servir como punto de referencia. El problema es que su regulación es incompleta, en tanto que sólo se refiere al plazo de impugnación y a una causa

(101) Pero cabe advertir que la jurisprudencia, como hace la STS 18-4-1951 (JC, núm. 58; J. de Hinojosa Ferrer), entiende que la facultad que el art. 428 LEC confiere a los tribunales para moderar por excesivas las minutas de los letrados, aunque referida a honorarios devengados en actuaciones judiciales, "debe reputarse del mismo modo aplicable al caso de impugnación de honorarios extrajudiciales que es el presente, por evidente identidad de razón en uno y otro caso".

específica de privación de la legitimación activa para impugnar. Es decir, que ni aun aceptando que este precepto contenga un régimen general, extensible siquiera por analogía, pueden resolverse todas las cuestiones, aunque esto no impide tomarlo como principal punto de apoyo. El régimen jurídico de la impugnación debe contemplar al menos estas cuestiones: la legitimación activa; el plazo de ejercicio (duración, *dies a quo* y naturaleza) de la acción de impugnación; y, por último, los efectos del éxito de la impugnación, en concreto, la revisión (o sustitución) de la decisión impugnada.

En el arbitrio de parte, están legitimados para el ejercicio de la acción el contratante que recibe la determinación y sus acreedores por subrogación (art. 1111 Cc).

El art. 1690.I Cc excluye la posibilidad de impugnación para aquel “que haya principiado a ejecutar la decisión del tercero”, quizás como consecuencia de la aceptación de la decisión mediante la conducta material de su ejecución (102). Si tal exclusión se traslada al arbitrio de parte, equivaldría en el supuesto que nos incumbe, a la inimpugnabilidad de la decisión una vez satisfecha la minuta. Sin embargo, al no haber existido aceptación ni renuncia expresa, se plantearía un problema con el contratante que satisface la minuta presentada y luego pretende impugnar alegando que desconocía la existencia de tal posibilidad. Por ello, no parece conveniente generalizar tal exclusión, pues el cumplimiento de los términos resultantes de la determinación efectuada por un sujeto es perfectamente compatible con el desconoci-

(102) GARCIA GOYENA, al comentar el art. 1584 del Proyecto de 1851 —homólogo al art. 1690 Cc—, explicaba la privación de esa legitimación “porque con esto la hubo por buena o ratificó, según el art. 1187” (artículo este que recoge lo que hoy conocemos como confirmación de los contratos anulables). En el mismo sentido, MANRESA, *Comentarios CC*, XI, p. 381. Para DIEZ-PICAZO, *Arbitrio de tercero*, cit., p. 337, nota 92, el principio de ejecución al que se refiere el art. 1690, además de ayudar a configurar esta impugnación como una especie de recurso, “parece equiparable al consentimiento de la decisión (cfr. art. 409 Cc), que impide todo recurso contra la misma (cfr. art. 408 de la LEC)”. CAPILLA RONCERO, *Coms Edersa CC*, XXI.1, sub art. 1690 Cc, p. 407, fundamenta la exclusión en el principio de que nadie puede ir contra sus propios actos y “porque implica asentimiento de la decisión del arbitrador”. Según PAZ-ARES, *Coms Justicia Cc*, II², sub art. 1690 Cc, p. 1442, las explicaciones ofrecidas sobre este inciso (actos propios, ratificación de la decisión) son insatisfactorias: “la justificación menos insatisfactoria tal vez resida en la tipificación de la ejecución como una suerte de renuncia tácita a la acción de impugnación”. Frente a la decisión del arbitrador —declaración de naturaleza recepticia— caben dos reacciones: o su aceptación (en tanto que declaración de voluntad puede ser expresa o tácita) o su impugnación. Al ejecutar la decisión del tercero estamos ante una manifestación por medio de una conducta significativa de aceptación.

miento de lo inadecuado de la valoración efectuada. La solución negativa del art. 1690 estaría amparada por el argumento de la seguridad y certidumbre jurídicas. Pero resulta difícil encontrar una regla que pueda justificar esa exclusión, al menos en los términos que prevé este precepto (103).

En cuanto al plazo de la acción de impugnación, el art. 1690.I Cc, para el supuesto que contempla, establece el de tres meses. Se ha propuesto la aplicación analógica de este plazo a los demás supuestos de arbitrio pues, de no ser así, el plazo de impugnación habría de ser el de cuatro años de las acciones de nulidad (art. 1301 Cc) —cuando lo que se pretenda sea la nulidad de la decisión viciada—, o el general supletorio de quince años de las acciones personales (art. 1964) (104). Es evidente que este último resulta excesivo, pues choca con la finalidad revisora de este medio de impugnación, y no guarda proporción con la duración mucho más breve de otras acciones impugnatorias (arts. 1299.I, 1301, 1472, 1483.II, 1490 Cc). Pero el plazo de tres meses, tuitivo de la seguridad del tráfico, parece excesivamente breve. No hay que olvidar que la regla del art. 1690.I tiene una finalidad netamente societaria: se trata de decidir el reparto de los resultados de la sociedad, y no puede mantenerse la incertidumbre sobre una operación de tal trascendencia, pues ello afectaría al buen funcionamiento de la sociedad (105).

(103) Pueden utilizarse como alegaciones: que la convalidación del negocio anulable presupone que se tenga conocimiento de la causa de nulidad (art. 1311 Cc); la ratificación supone una voluntad expresa (arts. 1259, 1892 y 1893 Cc); la doctrina de los actos propios presupone una voluntad informada dirigida a fines específicos; y las renunciaciones de derechos deben ser claras.

(104) Así, DIEZ-PICAZO, *Arbitrio de tercero*, cit., p. 338, concluye que el plazo para el ejercicio de la acción de impugnación de la decisión de un arbitrador por falta de equidad debe extenderse a todo caso, y no sólo aplicarse al estrictamente previsto en el art. 1690. Añade que “sería desde luego absurdo que la impugnación de la decisión en el contrato de sociedad debiera ser ejercitada en el plazo de tres meses y la impugnación por falta de equidad en cualquier otro negocio estuviera sometida al plazo general”.

(105) Ya GARCIA GOYENA, *sub art. 1584 Proyecto de 1851*, explicaba que “no se permiten plazos largos a fin de que en el intervalo de la discusión no quede paralizada la sociedad, caso de no estar ya disuelta”. Remarca la idea CAPILLA RONCERO, *Coms. Edersa CC, XXI.1, sub art. 1690 Cc*, p. 407: “No se quiere prolongar la incertidumbre en la marcha de los asuntos sociales. La brevedad del plazo deriva de la naturaleza de remedio o recurso que tiene la acción de impugnación”. Por supuesto que este argumento, el de que la brevedad del plazo es precisa para no prolongar las situaciones de interinidad o de incertidumbre, es generalizable a los demás supuestos de arbitrio. Pero como advierte el propio DIEZ-PICAZO, *Arbitrio de tercero*, cit., p. 337, nota 93, esta razón no es absolutamente convincente, pues “aplicándola con carácter general, nos

Esta finalidad hace que no exista "identidad de razón" entre el supuesto de esta regla y los demás. Quizás también haya que tener en cuenta que en el caso de referencia ya existía un previo acuerdo de los socios sobre esa forma de determinación ("si los socios se han convenido en confiar a un tercero..."), hecho que permite restringir luego las posibilidades de impugnación.

No resulta descabellado, en el ámbito de la prestación de servicios profesionales, entender que el plazo para la impugnación de los honorarios sea el de tres años, y ello por una razón de coherencia sistemática: el art. 1967 Cc, establece un término de tres años para la prescripción de las acciones dirigidas a exigir el cumplimiento de la obligación de pagar honorarios, gastos, derechos y reembolsos a determinados profesionales (106). Si la impugnación tiene una finalidad revisoria, no resulta coherente que el plazo para proceder a ella sea superior que el término de prescripción del derecho a los honorarios objeto de tal impugnación, pues sería un absurdo; y un plazo inferior colocaría al profesional en una situación de injustificada superioridad. Además, cabe tener en cuenta que, en numerosas ocasiones, la reclamación de los honorarios va unida a la discusión sobre su cuantía por la otra parte: el carácter desproporcionado de la minuta presentada —otras veces la defectuosa prestación del servicio— es el argumento que se opone a la parte que reclama para negarse a cumplir.

Ambos plazos guardan cierta dependencia. De hecho, la impugnación de la cuantía de los honorarios por parte del deudor, ha de considerarse como causa de interrupción del plazo para ejercitar la acción de reclamación del art. 1967 Cc (art. 1973 Cc: "la prescripción de las

veríamos obligados a abreviar los plazos de todas las acciones que pudieran tener por objeto la anulación por posibles defectos del contrato de sociedad. La brevedad del plazo parece estar más en consonancia con la naturaleza de remedio o recurso contra la decisión del acto que se realiza". A título ejemplificativo, el § 318 BGB, respecto a la determinación de la prestación confiada a un tercero, apuesta también por la brevedad al establecer que "la impugnación debe realizarse inmediatamente después de que el titular de ella haya obtenido conocimiento de la causa de la misma. Está excluida (la impugnación) si han transcurrido treinta años desde que ha sido realizada la determinación".

(106) Dicho plazo ha sido extendido por la doctrina y la jurisprudencia a todas las profesiones liberales, partiendo del sentido amplio de los términos "profesores y maestros" que contiene el precepto y de la *ratio legis* de las prescripciones cortas, que es la necesidad de reducción de los términos en obligaciones de difícil prueba. Así, la STS 7-11-1940 (Ar. 1001). También, LUCAS FERNANDEZ, F., "El pago del precio en el arrendamiento de servicios profesionales", *ADC* (1983) III, pp. 1469-1499, pp. 1497-1498.

acciones se interrumpe: ... por cualquier acto de reconocimiento de la deuda por el deudor”), pues es claro que cuando se impugna la cuantía del precio se está reconociendo la existencia de la deuda, aunque no su alcance.

En cuanto al *dies a quo* del plazo de impugnación, parece razonable y además congruente con la regla general (art. 1969, *in fine*, Cc), extender lo previsto en el art. 1690.I Cc: se computa “desde que le fue conocida”. Regla lógica pues la impugnación presupone que la parte legitimada para ejercerla tenga conocimiento de la decisión impugnada, lo cual es responsabilidad de la otra parte.

La naturaleza del plazo, si caducidad o prescripción, está sometida a un fuerte componente de arbitrariedad legislativa, en tanto que no hay criterios seguros para asignar una u otra naturaleza, aunque parece preferible su calificación como caducidad, por ser la generalmente aceptada para las acciones impugnatorias (107).

5. Efectos de la impugnación: la revisión

La cuestión que se plantea es si la acción es de nulidad o de revisión, es decir, si admitida por el juez la arbitrariedad de la decisión debe limitarse a anularla, o bien, debe, simultáneamente, revisar esa decisión (o dictar una nueva), sustituyendo al arbitrador en su tarea conforme al criterio establecido (108). Si tomamos como punto de referencia el arbitrio de tercero, observamos que no existe una base legal clara en la que fundar la revisión: el art. 1690 Cc no declara el efecto de la impugnación, y el art. 1447 Cc se utiliza a menudo para negar la posibilidad de sustitución de la decisión del arbitrador por la del juez, ya que en su segundo párrafo impone la ineficacia del contrato cuando el arbitrador no hubiese podido o no hubiese querido decidir (109). Este art. 1447.II Cc, que corresponde a una mentalidad

(107) Así, PUIG BRUTAU, J., *Caducidad, prescripción extintiva y usucapción*, Bosch Casa Editorial, Barcelona 1996, pp. 33 ss.; GOMEZ CORRALIZA, B., *La caducidad*, Montecorvo, Madrid 1990, pp. 123-157; y DIEZ-PICAZO, *Arbitrio de tercero*, cit., p. 339.

(108) DIEZ-PICAZO, *Arbitrio de tercero*, cit., pp. 337-338, entiende que “los recursos en que se impugna una decisión, no por vicios de la voluntad, sino por defectuosa motivación, son normalmente de reforma o revisión”, pero ello ha de armonizarse con la naturaleza del arbitrio.

(109) ROCA JUAN, *Determinación indirecta de la prestación*, pp. 463-464, entiende que el efecto que produce la impugnación del acto del tercero “no es otro que dejar incompleto el negocio por falta de determinación de un elemento, ya que la deci-

ya superada, y cuya supresión ningún perjuicio supondría a nuestro ordenamiento, podrá, a lo sumo, ser un obstáculo para aplicar la revisión al contrato de contrato de compraventa. Pero su interpretación restrictiva permite entender que, en el ámbito de otros contratos, incluidos los de prestación de servicios profesionales, la sustitución judicial no aparece prohibida por precepto legal alguno. De todas formas, los antecedentes históricos, las soluciones ofrecidas por el Derecho comparado (110), la aplicación del principio de conservación del contrato y, sobre todo, la motivación del arbitrio que, como mínimo debe ajustarse a las exigencias de la buena fe y lealtad contractuales, son argumentos suficientes en favor de la posibilidad de revisión judicial de la actividad del arbitrador (111).

Tratándose de arbitrio de parte, es consustancial al mismo la sustitubilidad en la decisión y, por lo tanto, el efecto debe ser la revisión de la decisión inicua. Además, cabe recordar que cuando una vez impugnada el juez modifica la estimación realizada por una parte, en realidad está culminando el proceso de la determinación y formación del contrato (112).

sión 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 inicuo, sin poder corregirlo ni sustituirlo por otro, ya que esta facultad está reservada a las partes obrando de común acuerdo"; DIEZ-PICAZO, *Arbitrio de tercero*, cit., pp. 330-331, defiende esta consecuencia en los supuestos de ineficacia sobrevenida del arbitrio, en cambio, sí se inclina por la revisión en el caso de impugnación por inobservancia de las reglas que condicionan la decisión. Aunque parezca que esta solución de establecer como efecto de la impugnación la nulidad del contrato —que proviene de la doctrina francesa anterior al Cc francés— la hace inútil, no es así, pues se formulaba como contestación a quienes afirmaban que los contratantes habían de atenerse a la estimación hecha por el tercero, especialmente en el mero arbitrio. La nulidad del contrato, al menos, provoca que las partes no queden vinculadas por una estimación considerada inicua.

(110) En el Derecho romano la impugnación de la decisión del tercero se configuraba como *reductio ad arbitrium boni viri*. D 17, 2, 79, permite la corrección mediante un *judicium bonae fidei*. En el mismo sentido, la legislación de Partidas: "Debe ser enderezado el precio segund alvedrío de omes buenos" (P 5, 5, 9 y 5, 10, 5). Como ejemplos del Derecho comparado que establecen la revisión judicial: el § 319 BGB, y los arts. 1349 Cc italiano y 400. 2 del Código civil portugués.

(111) PEREZ GONZALEZ/ALGUER, *Anotaciones ENNECCERUS*, II-1, cit. p. 29, respecto al arbitrio de equidad, para los casos de decisión inicua, fundan la revisión por el juez en los arts. 1258, 1281-1289 y 1547 Cc por analogía. También la defienden, entre otros, CAPILLA RONCERO, *Coms. Edersa CC*, XXI.1, sub art. 1690, cit., p. 402.

(112) LARENZ, *Derecho de obligaciones*, I, cit., p. 113, estima que "la determinación hecha por el juez, que igualmente ha de hacerse conforme a la equidad, no es sólo interpretación del contrato, sino complemento de su contenido por medio de configuración judicial".

Los criterios que ha de emplear el juez para proceder a esa revisión-determinación de la retribución, son precisamente aquellos que debía haber utilizado la parte a cuyo arbitrio quedó tal estimación. La clásica discusión sobre si el juez puede sustituir al tercero en el supuesto de que este no quiera o no pueda proceder a la determinación, o la demore excesivamente, tiene poco sentido aplicada al arbitrio de parte (113). Ello porque la parte que ha de realizar la estimación, que es el acreedor de tal prestación, es el más interesado en efectuarla. En el caso de imposibilidad de determinación (por ejemplo, por muerte o incapacidad), tema ajeno a la impugnación, planteada la reclamación por los herederos o representantes del prestador del servicio y a falta de acuerdo, podrá el juez proceder a la estimación de la prestación conforme a los mismos criterios aplicables en caso de discusión de la cuantía.

Por último, habrá supuestos en que el conflicto entre las partes del contrato más que referirse a una discusión sobre la retribución más adecuada, evidenciará una falta total de acuerdo sobre la base conforme a la cual determinar la prestación, o una imposibilidad de fijar la retribución, o incluso, la falta de vínculo contractual entre las partes. En algunos de estos casos, lo más oportuno será la declaración de inexistencia o ineficacia del contrato, cuyo efecto principal sería la restitución recíproca de las prestaciones (art. 1303 Cc), que sólo podrá tener lugar mediante la estimación del servicio prestado para indemnizar por su valor al prestador del mismo.

(113) Buena parte de la doctrina se ha mostrado contraria a esa sustitución en el arbitrio de tercero: MANRESA, *Comentarios CC*, X, p. 68; SCAEVOLA, *Código civil*, XXIV.1, pp. 423-424; DIEZ-PICAZO, *Arbitrio de tercero*, cit., p. 331. Lo discute, CAPILLA RANCERO, *Coms Edersa CC*, XXI.1, sub art. 1690, cit., p. 402: "El principal argumento en pro de esta solución -la sustitución- se encuentra en la posibilidad de impugnación y reforma de la decisión inicua del arbitrador, ya que la reforma o revisión implica precisamente la sustitución de la decisión del arbitrador, por otra que proviene de una persona distinta. Admitida la sustitución, en este caso, no hay motivo para excluirla en otros".

