

cuanto á lo civil y en lo relativo á delitos privados, cuando interesan á la causa pública, á la defensa de la real jurisdiccion ordinaria, á las regalías de la Corona ó al Estado, y en su consecuencia en todo aquello en que no cabe condonacion del particular ofendido ni transaccion ni avenencia entre este y el ofensor, por mediar otros intereses mas elevados. V. los arts. 70 y 51, regla 15 del Reglamento Provisional. Así, pues, interviene el ministerio fiscal en los negocios de mostrencos: ley de 16 de mayo de 1855; en las de señorías; decreto de Cortes de 28 de octubre de 1857; en los que interesan al Estado y á la amortizacion de la deuda pública; real orden de 25 de noviembre de 1859; en los en que tiene interés el Real Patrimonio: real resolucion de 2 de setiembre de 1841; en los de adjudicacion de capellanías familiares: real orden de 25 de julio de 1847, de 1.º de mayo de 1850 y 1.º de junio de 1855; en ciertos casos, en los pleitos en que está interesado algun ausente que no tenga quien sostenga y represente sus legítimos intereses. Véanse los arts. 418 y 419, 567, 572 al 577, 586 al 588 y el 201, núm. 8 de la nueva ley de Enjuiciamiento: en las informaciones de pobreza, por el interés de la Hacienda pública sobre el consumo del papel sellado: art. 41 de la Instruccion de 1.º de octubre de 1851. Esta disposicion se entiende, sin embargo, por algunos, derogada por la nueva ley de Enjuiciamiento, por el silencio que guarda sobre este punto al determinar los trámites sobre la defensa por pobre. Contra esta opinion puede alegarse lo que expusimos en el núm. 197 del lib. 2.º de esta obra, y el art. 201, número 6 de la misma ley que exceptúa de la conciliacion por no ser susceptible de avenencia, los juicios en que están interesados la Hacienda pública, los pósitos, propios, comunes, ó cualquiera otra clase de bienes de establecimientos públicos, de pueblos, de provincias ó del Estado. Interviene tambien el fiscal en las cuestiones de competencia que se entablen entre jueces que ejerzan distinta clase de jurisdiccion: arts. 86 y 107 de la ley; en las actuaciones sobre cumplimiento de ejecutorias dictadas por tribunales extranjeros: arts. 1096 y 1100; en los recursos de fuerza: arts. 1106, 1116, 1125 y 1150, y en algunos otros. Respecto de las causas matrimoniales, hay instituidos funcionarios encargados por la ley de la defensa del matrimonio en nombre del interés público.

Tambien interviene el ministerio fiscal en los negocios sobre el estado político ó condicion civil de una persona aun cuando no se trate de una cuestion litigiosa, sino de actos de jurisdiccion voluntaria, como la emancipacion, la arrogacion, la adopcion (regla 5.ª del art. 1208 de la ley de Enjuiciamiento); porque dicha condicion puede versar sobre el derecho para impetrar la proteccion del Estado, ó sobre dar un nuevo ciudadano á la república, ó sobre la variacion de una relacion íntimamente ligada al estado social. V. lo expuesto en el núm. 25 de la Introduccion de esta obra.

Todas las cuestiones referidas interesan demasiado cerca al orden público para que pueda someterse su decision á jueces árabitos que por instruidos y prudentes que se les suponga, nunca ofrecen á la sociedad la misma garantía é independenciam que los jueces instituidos por la ley é investidos

por el gefe del Estado con su autoridad. Véase para mayor ilustracion de esta materia, las consideraciones expuestas al tratar de los negocios sobre que debe ó no intentarse la conciliacion, seccion 2.ª, tit. 4.º del lib. 2.º de esta obra, pues que vienen á ser los mismos que pueden ó no someterse al juicio arbitral. Véase tambien el aparte final de la introduccion de este título.

## SECCION II.

## PERSONAS QUE PUEDEN COMPROMETER SUS NEGOCIOS EN ÁRBITROS.

315. Verificándose por medio del compromiso de los negocios en árabitos un convenio en el que (ademas de hacer uso las partes de una de las facultades mas importantes en el orden social, cual es la de renunciar á las garantías que ofrece para la recta administracion de justicia el entender de las cuestiones litigiosas los jueces instituidos por la ley y con arreglo á todas las formalidades protectoras de la defensa, sustituyéndolos por otros de su privativa eleccion, que pueden no tener los conocimientos necesarios para decidir con arreglo á justicia, y reduciendo aquellas formalidades) se obligan ó consienten los comprometidos en comparecer en juicio ante los mismos y en pasar por lo que estos decidan sobre sus derechos é intereses, circunstancia por la cual se considera el compromiso como un acto preparatorio de enajenacion, es consiguiente que solo pueden hacer uso de esta facultad las personas que tienen capacidad para obligarse y verificar dichas renunciaciones, para comparecer en juicio y para disponer libremente de los bienes sobre que versa la cuestion sometida á los árabitos.

316. De aquí la máxima comun del derecho sobre esta materia: *illi possunt compromittere qui possunt obligari*; de aquí la regla de que el que no puede enajenar no puede comprometer, porque el compromiso se dirige á la enajenacion; la doctrina de la ley 25, tit. 4, Part. 5, de que «metiendo las partes sus pleitos en manos de avenidores pueden ir adelante por ellos, si fueren de aquellas personas que *por sí* pueden estar en juicio delante del juzgador ordinario, mas si fuesen de las otras á quienes es defendido, non lo podrian facer,» y lo dispuesto en el art. 253 de la ley de Enjuiciamiento mercantil, sobre que las personas que celebren el compromiso han de tener capacidad para parecer en juicio sobre asuntos mercantiles, y últimamente lo prescrito en el art. 771 de la nueva ley de Enjuiciamiento civil, á saber: *que las personas que no tienen aptitud legal para obligarse no pueden contraer este compromiso*.

317. Estas disposiciones, en especial la última, son análogas á la del art. 1003 del Código de procedimiento civil francés que faculta para comprometer en árabitos á toda clase de personas sobre los derechos de que tienen la libre disposicion, y en su consecuencia, es adaptable á nuestro derecho lo dispuesto por nuestras leyes citadas y el espíritu en que se funda la francesa que explica con suma lucidez el orador del tribunado Mr. Pigeau



en los siguientes términos. Seria una injusticia rehusar al que se halla facultado por la ley para disponer libremente de un derecho cualquiera, la facultad de someter en árbitros la cuestion que versa sobre si debe conservar ó no este derecho, ó sobre la manera cómo debe gozar del mismo: por el contrario, es justo no conceder esta facultad al que no puede disponer libremente del derecho sobre que controvierte ó que se le disputa. El compromiso, en efecto, envuelve una verdadera disposicion, al menos condicional, pues que obliga al que le suscribe á abandonar el derecho litigioso si los árbitros le condenan á ello, y si se autorizara para comprometer sobre derechos de que no se tiene la libre disposicion, se permitiria hacer por una via indireota lo que la ley prohíbe hacer directamente.»

318. La aptitud legal á que se refiere el artículo 771, consiste en que no exista respecto de la persona que trata de efectuar el compromiso ninguna de las causas ó impedimentos naturales ó incapacidades físicas ó morales que hacen presumir la falta del discernimiento necesario para consentir y conocer la extension de la obligacion que se contrae tales como la minoridad, la demencia, fatuidad, prodigalidad y demás que privan de la aptitud natural, y ninguna de las circunstancias particulares ó situaciones sociales respecto de las que prohíbe la ley por consideraciones de orden público que puedan efectuarse obligaciones, al menos sin llenarse previamente los requisitos que ella exige; tales son las que concurren en el hijo de familia, en la mujer casada, en el que no tiene poder ó facultades suficientes de su principal ó administrado para obligarse por él ó verificar un compromiso, y en otras personas físicas ó morales á que mas adelante nos referimos. Estas prohibiciones admiten sin embargo modificaciones importantes.

319. Asi respecto del menor de edad, dispone la ley 25, tit. 4, Part. 3, despues de prevenir que solo pueden comprometer los que pueden por sí estar en juicio. «E por ende decimos, que si alguno fuere menor de veinte y cinco años é metiese su pleito en manos de avenidores sin mandado ó sin otorgamiento de su guardador, maguer dé fiadores que estará por cuanto los avenidores mandaren, si despues que la sentencia dieren contra él, non la quisiese haber por firme, puédelo hacer é non caerá por ende en pena ninguna: empero los fiadores que dió son tenudos de pechar la pena á que se obligaron si el huérfano non quisiere estar por el juicio, seyendo mayor de catorce años. Mas si el huérfano fuese mayor de catorce años, ó metiere su pleito en manos de avenidores, é non oviesse entonces guardador, decimos que conviene que esté por lo que los avenidores mandasen é que lo haya por firme. E si non caerá por ende en la pena á que se obligó. Fuera ende si pudiese probar quel ficieran algun engaño en el pleito ó que se le empeorara por mengua del ó de su abogado ó que á gran su daño juzgaron contra él. Ca probando alguna de estas cosas, non caeria en la pena maguer non quisiere guardar la avenencia ó el mandamiento de los avenidores.»

Gregorio Lopez, glosando esta ley y sacando deducciones de la misma á contrario sensu, sienta que segun ella, no puede celebrar compromiso por sí mismo, esto es, sin la intervencion de su guardador, el menor de cator-

ce años, ni aun obligar en él á sus fiadores; que tanto el menor de catorce años como el mayor de esta edad pueden comprometer válidamente con la autoridad de su tutor ó curador, salvo el recurso de restitucion, y que tambien puede celebrar compromiso por sí mismo válidamente el mayor de catorce años cuando no tuviese curador, salvo tambien el beneficio de restitucion.

320. Estas disposiciones concuerdan con el Derecho romano. En efecto, la ley 34, § 1, Dig. de minor. previene lo siguiente: *Minores, si in iudicem compromiserunt et tutore auctore stipulati sunt, integri restitutionem adversus talem obligationem jura desiderant.* La 35, de Récept. dispone: *Si pupillus sine tutoris auctoritate compromiserit, non est arbiter cogendus pronuntiare, quia si contra eum pronuntietur, pœna non tenetur, præterquam si fidejussorem dederit á quo pœna peti possit.* Y la 3, Cod. de in int. rest. *Si sine curatore constitutus* (se refiere al mayor de catorce años y menor de veinte y cinco) *contractum fecisti, implorare integrum restitutionem, si necdum tempora præfinita excesserint causa cognita non prohiberis.*

321. Dudan los intérpretes, si atendiendo á lo prescrito por el art. 771 de la nueva ley de Enjuiciamiento sobre que no pueden contraer compromiso las personas que no tienen aptitud para obligarse, estarán facultados los menores en los casos expuestos para someterse al juicio arbitral. En nuestro concepto no hay razon suficiente para no declararse por la afirmativa, puesto que los casos que expresa la ley 25 de Partida son los mismos que mencionan las leyes 4 y 5, tit. 11, Partida 5, 17, tit. 16, y 2, tit. 19, Part. 6, como pudiendo obligarse en ellos válidamente los menores, y que la nueva ley de Enjuiciamiento requiere para celebrar el compromiso aptitud legal para obligarse, y considerando que los menores gozan de cierto discernimiento para consentir, y si bien no tienen toda la aptitud que la ley requiere para obligarse por sí mismos, esta falta se suple por el consentimiento y autoridad del tutor ó curador, los cuales por otra parte no pueden cometer abusos sobre este punto ni perjudicar al menor, puesto que las leyes conceden á este en tales casos el beneficio de restitucion *in integrum* para reclamar la reparacion del perjuicio experimentado, en cuanto llegan á la mayor edad y cuatro años despues. Véase lo expuesto en los núms. 42 y 43 del lib. 2.º de esta obra. No se opone tampoco á esta doctrina el artículo 201 de la nueva ley, que exime de la necesidad de intentarse el acto de conciliacion en los juicios en que estén interesados los menores y los incapacitados, pues que el acto conciliatorio es de distinta naturaleza que el juicio arbitral, y en su consecuencia aquella disposicion se funda en consideraciones especiales de otra clase que las á que se atiende respecto de este. V. el núm. 250 del lib. 2.º citado.

322. Cuestionase entre los intérpretes sobre si podrán verificar el compromiso en árbitros los menores respecto de aquellos bienes ó derechos para cuya enagenacion ó transaccion requieren las leyes formalidades especiales, ademas del consentimiento de los menores y sus curadores. Tales son, se-



gun la ley 18, tit. 16, Part. 3, los bienes raíces de los huérfanos para cuya enajenación requiera la misma previo decreto judicial dado con conocimiento de causa justa, y según la nueva ley de Enjuiciamiento los mismos bienes raíces pertenecientes á menores é incapacitados y los derechos de toda clase, las alhajas de plata, oro y piedras preciosas, los bienes inmuebles y los muebles ó semovientes de valor que puedan conservarse sin menoscabo, para cuya enajenación requiere el art. 1402 que la pida por escrito el tutor del menor, ó este asistido de su curador, con expresión del motivo que la aconseja y el objeto á que deba aplicarse la suma que se obtenga; que se justifique la necesidad ó utilidad de la enajenación: que se oiga sobre ello al curador para pleitos del menor que lo hubiese nombrado con anterioridad, y en su defecto al promotor fiscal del juzgado, y que recaiga en su vista la autorización judicial. Tales son también los derechos de los menores é incapacitados para transigir, sobre los cuales requiere el art. 1411 de la ley los requisitos que se acaban de mencionar, y que se oiga para la justificación de la necesidad ó utilidad de la transacción, el parecer á lo menos de tres letrados en ejercicio de su profesión, recayendo sobre ello la autorización judicial.

525. Autores respetables, si bien opinan sobre esta cuestión, que no podrá efectuarse el compromiso en árbitros sobre dichos bienes y derechos por el solo consentimiento de los menores y sus tutores, porque pudiendo resultar del compromiso una especie de enajenación, si pudiera verificarse de esta suerte, se permitiría enagenar ó transigir indirectamente sin guardar las solemnidades que se requieren para vender ó transigir de un modo directo, opinan que puede verificarse el compromiso en árbitros sobre esta clase de bienes y derechos, observándose las solemnidades que requiere la ley respecto de la enajenación y transacción de los mismos en cuanto pueden aplicarse al compromiso. Esta opinión puede apoyarse diciendo, que interviniendo la autoridad del juez con el debido conocimiento de causa además del consentimiento de los menores y de la autoridad de sus guardadores, concurre en este acto la aptitud legal por parte del menor que requiere la ley para el compromiso, además de las otras solemnidades que exige para la venta ó transacción de dichos bienes ó derechos, con el objeto de evitar todo abuso ó negligencia que pudiera haber por parte de los guardadores respecto del debido examen sobre la necesidad ó utilidad que existe para someter en árbitros el conocimiento de aquel negocio, y finalmente, como se lee en la Enciclopedia de Derecho, que siendo los menores hasta su mayor edad incapaces de empeorar su condición, de suerte que si de resultados de sus contratos mejoran ó reciben beneficio, la obligación queda subsistente, y si por el contrario, reciben perjuicio, el contrato se invalida, nada importa que celebren compromiso sobre estas cosas, si llegados á la mayor edad y cuatro años después, pueden todavía ser restituidos por entero del perjuicio recibido. Sin embargo, autores no menos respetables, entre los que figuran Berriat, Toullier y Dalloz, opinan que ni aun observando dichas formalidades pueden los menores y sus guardadores celebrar el com-

promiso, y se fundan en que respecto de la venta ó transacción se conocen fijamente las condiciones del avenimiento y pueden apreciarse debidamente, al paso que se ignoran los resultados futuros del compromiso, los cuales por otra parte podría ser de trascendencia y hasta producir los efectos de la absoluta pérdida del derecho que se compromete.

524. En cuanto á los locos, dementes, furiosos y mentecatos, no teniendo aptitud legal para obligarse, no pueden comprometer sus negocios en árbitros, ni aun con la autoridad ó intervención de sus curadores, como lo verifican los menores en los casos que acabamos de exponer en el párrafo anterior. La razón de diferencia consiste en que la ley reconoce discernimiento en los menores y en su consecuencia pueden prestar su consentimiento, si bien necesita suplirse ó autorizarse con la intervención de sus guardadores, mas respecto de los locos y mentecatos no reconoce este discernimiento, por su incapacidad moral V. la ley 4, tit. 11, Part. 5.

525. Los hijos de familia pueden comprometer en árbitros los negocios que versen sobre el peculio castrense y cuasi castrense porque les pertenecen de pleno derecho y en ellos se tienen por padres de familias y puede obligarse sobre los mismos y parecer en juicio sin el consentimiento del padre. V. las leyes 2, tit. 2, Part. 3, y 6 y 7, tit. 17, Part. 4: y lo dicho en el núm. 41 del lib. 2.º

526. Mas no podrán celebrar compromiso respecto de los demás bienes sin licencia de sus padres, puesto que les es necesaria para contratar y obligarse y aun que deben ser representados por estos en juicio. V. la 17, título 1, lib. 10, Nov. Recop. y lo dicho en lo, números 44 y 45 del lib. 2.º de esta obra.

527. Los concursados y quebrados no pueden verificar compromiso en árbitros sobre los bienes de cuya administración se les ha privado, ni tampoco aquellos á quienes se ha impuesto la pena de interdicción civil, pues que según el art. 41 del Código penal produce esta pena el efecto, entre otros, de privar de la administración de bienes.

528. Los apoderados, mandatarios ó procuradores, no pueden comprometer en árbitros los negocios ó derechos de sus comitentes, si no se hallan autorizados por estos por medio de un poder especial en que se exprese dicha facultad: ley 19, tit. 5, part. 3. Hevia Bolaños en su Curia Filípica lib. 2.º, que trata del comercio terrestre, cap. 14, números 1 y 2, sienta, que el procurador á quien es dado poder para transigir, si no es que se le da cierta forma para hacerlo, puede hacer compromiso en árbitro arbitradores, y se funda en que la facultad de comprometer se considera comprendida en la de trasigir, como en el género la especie. Pero esta doctrina no es conforme á la naturaleza de la transacción y del compromiso, puesto que en aquella se preve anticipadamente un resultado cierto, pues que se conocen las condiciones en que estriba; y que en el compromiso los resultados son inciertos, como en todos los juicios, y pueden comprometer gravemente los intereses del poderdante, como que puede llegar á imponerse por la sentencia arbitral la obligación de entregar al contrario la cosa sobre que



versa el compromiso. V. Dalloz, palabra *Arbitre*, números 220, 246 y 259 y siguientes. El mismo autor opina que sería válido el compromiso celebrado en virtud de un mandato que facultase para transigir, pero que no contuviera cláusula sobre la de comprometer, si resultara de cartas escritas al mandatario por el mandante que este le facultaba para celebrar compromiso. V. el núm. 264.

329. Así por carecer de autorizacion ó facultad competente para ello, no pueden comprometer en árbitros, los síndicos de un concurso, las contiendas sobre los bienes ó derechos de la masa concursada, á no facultárseles para ello por los interesados; ni el defensor de los bienes de un ausente que los dejó abandonados (ley 12, tít. 2, Part. 3), y si lo hiciere sería nulo el compromiso, como dice Dalloz, aun respecto de la otra parte, fundándose en que para que el curador de un ausente pueda comprometer sobre los negocios de este, necesita poder especial del mismo.

330. El administrador judicial, el gerente de una sociedad, el tutor ó curador, el defensor de una herencia yacente, tampoco pueden comprometer en árbitros las controversias sobre los bienes ó derechos cuya administracion ó defensa se les encomienda, porque sus facultades de administrar, defender, contratar, etc., no comprenden la de comprometer por la grave trascendencia que puede tener el compromiso, segun ya hemos expuesto. Algun intérprete opina que podrán ejercer dichas personas esta facultad, fundándose en que pueden celebrar contratos, entre los que se cuenta el compromiso, y en que las leyes quieren para las personas que no consideran hábiles para administrar sus bienes por sí mismas, todo lo que les es beneficioso, y que tal es el concepto en que se autoriza la reduccion á árbitros. Pero á esto se contesta observando, que el compromiso es un contrato especial de mucha trascendencia que los demás, segun hemos dicho, y que si bien el arbitraje es beneficioso por cuanto por su medio se evitan pleitos dilatados y costosos, y se tiene la ventaja de elegir jueces de la confianza de los comprometidos, esto se ha de entender respecto de aquellas personas que tienen el discernimiento suficiente para verificar el compromiso por sí y graduar y prever su extension y consecuencias; mas respecto de las que por carecer de este discernimiento ó por otra causa se hallan representadas por otras que no tienen el interés personal de mirar como suyos los negocios que administran ó defienden, el compromiso es muy peligroso, porque se renuncia por él á las garantías que ofrecen los jueces ordinarios á quienes el Estado considera adornados de las condiciones necesarias para administrar rectamente justicia, y asimismo se renuncia á las seguridades que ofrece á la defensa el procedimiento jurídico con todas las formas solemnes de que le reviste la ley.

Esta doctrina puede apoyarse en la ley de 20 de febrero de 1850, al menos en lo relativo á los meros administradores, puesto que por ella se le prohíbe al gobierno, no obstante pertenecerle la administracion de la hacienda pública; enajenar ni hipotecar los derechos de la misma, ni someter á juicio de árbitros las contiendas que sobre ellos se susciten, sino en vir-

tud de una ley, pues como dice acertadamente el Sr. Colmeiro en su Tratado de Derecho Administrativo, estos actos son mas que de simple gestion y pueden comprometer de una manera grave y permanente los intereses de la hacienda: puede apoyarse asimismo en la ley de 8 de enero de 1845, en el real decreto de 22 de setiembre del mismo año y en la real orden de 15 de Agosto de 1848, segun los cuales, para que sea válido cualquier acto de compra, venta ó permuta á nombre de los establecimientos públicos de beneficencia, asi municipales como provinciales, es preciso que despues de justificada su reconocida utilidad haya una deliberacion de los ayuntamientos ó diputaciones provinciales favorable, y se consulte al Consejo Real para que recaiga la autorizacion del gobierno, y que igualmente no puedan enajenar los ayuntamientos ó diputaciones las propiedades ó disponer de los créditos municipales ó provinciales sin una autorizacion equivalente.

Escusado parece advertir que todo lo dicho se refiere al arbitraje voluntario, que es el que reconoce la ley de Enjuiciamiento civil, pues respecto del forzado, que autoriza la ley de Enjuiciamiento mercantil, puede celebrarse por los síndicos ó administradores de los quebrados ó concursados, por el liquidador de sociedad mercantil, el administrador de una sociedad y por los curadores de los locos, mentecatos, pródigos, etc.

### SECCION III.

#### DE LAS PERSONAS QUE PUEDEN SER NOMBRADAS ARBITROS.

531. Aunque la ley permite á las partes nombrar personas que sin tener el carácter público de jueces, entiendan sobre sus controversias, no ha creído prudente ni conforme con la especie de delegacion indirecta y momentánea de las funciones judiciales que comprende el arbitraje, dejar á los comprometidos en una libertad absoluta para elegir por árbitros á toda clase de personas, sino que la ha limitado por el contrario, respecto de aquellas que por falta de razon y discernimiento, de moralidad y de imparcialidad, ó de conocimientos necesarios, ó por hallarse privadas del ejercicio de ciertos derechos, no podian desempeñar las elevadas funciones judiciales sin menoscabo de la moral pública y desdoro de la dignidad de la justicia.

532. En su consecuencia, previene la ley de Enjuiciamiento en su artículo 776, que *el nombramiento de jueces árbitros no puede recaer mas que en letrados, mayores de veinte y cinco años y que esten en el pleno ejercicio de sus derechos civiles*, disposicion análoga á la contenida anteriormente en el art. 266 de la ley de Enjuiciamiento mercantil.

533. La nueva ley requiere en el árbitro el conocimiento del derecho, no obstante no requerirlo nuestras leyes anteriores, porque segun dijimos, el árbitro tiene que conocer del negocio con arreglo á las leyes, como los jueces ordinarios, á los cuales se asimila y en quienes tambien se exige el título de abogado. Es cierto que la ley no requiere precisamente esta circunstancia en los jueces de paz que pueden entender de los juicios verbales y