

JURISPRUDENCIA

I. SENTENCIAS COMENTADAS

1. La distinción entre árbitros y arbitradores y el artículo 1.690 Código civil.

(Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de mayo de 1973)

1. LOS ANTECEDENTES DEL CASO

Los demandantes y el demandado, desde el año 1953, habían llevado en común una empresa de fabricación y venta de pretensados. Hasta el año 1964 el demandado se había ocupado por sí sólo de la administración del negocio y no había rendido cuentas a los actores. En el año 1964 abandonó la gestión, alegando padecer una enfermedad, pero sin dejar, no ya conocimiento de los beneficios o de los resultados obtenidos en los años anteriores, sino, ni siquiera, las listas de clientes y la documentación necesaria para la continuación de la empresa.

En 1968, los actores presentaron ante el Juzgado de Primera Instancia una demanda, en la cual solicitaron que se declarase la existencia de sociedad civil y que se condenase al demandado a presentar un balance de su gestión en la sociedad hasta junio de 1964, con expresión del saldo resultante, a hacer entrega a la sociedad de toda la documentación de la misma que obrara en su poder y a practicar con los demás socios la correspondiente liquidación del negocio. Este pleito concluyó por sentencia que acogió en lo esencial las pretensiones de los demandantes.

Esta sentencia quedó firme, y en el trance de tener que promover su ejecución, demandantes y demandado, de común acuerdo, suscribieron un documento en el cual encargaban a un abogado dirimir definitivamente las diferencias económicas existentes entre ellos en todo lo relativo en la confección del balance, determinación del saldo y liquidación de cuentas. Este convenio fue plasmado en un documento privado, en el cual se calificó la actuación del abogado como actuación arbitral.

El 8 de febrero de 1970, el abogado notificó a las partes su resolución, en la cual establecía las cantidades que, procedentes del negocio, se debían distribuir entre los socios y disponía, al mismo tiempo, las bases de la liquidación de la sociedad.

Ante la negativa del demandado a cumplir tal decisión, hubieron los actores de promover un nuevo juicio declarativo ordinario de mayor cuantía, en el cual, en síntesis, se pedía lo siguiente: que se declarase válida la obligatoriedad del documento suscrito por los litigantes y, consecuentemente, la resolución dictada, condenando al demandado al pago de 1.350.000 pesetas a cada uno de los demandantes. Para el supuesto de que el Juzgado no diese lugar a esta pretensión, se pedía en la demanda que se condenara al demandado a resarcir a los actores la totalidad de los gastos causados a con-

secuencia del procedimiento seguido ante el árbitro o arbitrador, así como el pago de los honorarios de éste, las costas del informe pericial, la minuta del letrado de los demandantes y cualesquiera otros gastos que se acreditaran a lo largo de las atenciones judiciales.

Se opuso el demandado a la demanda y el Juzgado de Primera Instancia de Requena dictó sentencia desestimándola en todas sus partes y absolviendo de ella al demandado. Entendía el Juzgado de Primera Instancia que el convenio de los litigantes era constitutivo de un auténtico arbitraje, que había que situar dentro del marco de los denominados arbitrajes informales o arbitrajes libres. Ponia de relieve el juez cómo en el documento discutido se utilizaban expresiones tales como "laudo o resolución arbitral", "cargo informal de árbitro", etc., por lo que era imposible, a su juicio, encajar el convenio en la figura de la "integración de una relación jurídica aún no definida totalmente", a la que se refiere el artículo 2.º, apartado 2.º, de la Ley de Arbitrajes de Derecho Privado.

Denegó también el Juzgado la pretensión subsidiaria de resarcimiento de daños, por entender que el demandado no había incumplido ninguna obligación jurídica que sobre él pesara especialmente.

Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Territorial de Valencia estimó el recurso, revocó la sentencia recurrida y acogió la pretensión fundamental de la demanda.

Fueron premisas sustanciales de este fallo de la Audiencia Territorial la apreciación de que la cuestión litigiosa debatida entre las partes, relativa a la existencia de la sociedad civil particular, a la rendición de cuentas y liquidación y entrega de beneficios y compensación de saldos, se encontraba ya resuelta por una sentencia firme anterior al convenio. La voluntad de los contratantes en el documento de 1970 se encaminaba solamente—a juicio de la Audiencia—a materializar lo resuelto en la indicada sentencia en cuanto a la fijación de beneficios y reparto de los mismos. Sobre esta base, consideraba la Audiencia errónea la inclusión del convenio en el marco de la Ley de Arbitrajes de Derecho Privado. No obstante los términos empleados por los contratantes—árbitro, arbitraje de equidad, laudo arbitral, etcétera—, la calificación debía ser hecha teniendo en cuenta, más que las palabras, la voluntad contractual y su coincidencia o discrepancia con las figuras reconocidas por el ordenamiento jurídico.

Llegaba, por último, la Audiencia a la conclusión de que la convención de referencia había de ser incardinada en el supuesto previsto en el artículo 1.690 C. C., conforme al cual los socios pueden deferir válidamente a un tercero la determinación de las pérdidas y ganancias sociales y la fijación de la parte que en unas y otras corresponda a cada uno de ellos, de lo cual debía seguirse la validez, eficacia y obligatoriedad de la convención.

II. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

Interpuso el demandado recurso de casación por infracción de ley y de doctrina legal, que el Tribunal Supremo, en esta sentencia de 18 de mayo de 1973, desestima.

Como fundamento de su resolución, establece el Tribunal Supremo los siguientes considerandos, que por su interés transcribimos a continuación literalmente.

“CONSIDERANDO: Que para el correcto estudio del problema planteado hay que partir del hecho básico de que habiéndose constituido por los litigantes una sociedad civil privada para la fabricación de pretensados de cemento, bajo la denominación de Vigar, en la que actuaba de administrador el hoy demandado, don Vicente García Marzo, éste abandonó la administración en 1964, y con el fin de aclarar la situación se presentó demanda ante el Juzgado de Requena el 21 de marzo de 1968, en cuyo proceso recayó sentencia de 12 de diciembre de 1968, estimando la demanda en la que después de declarar la existencia de una sociedad civil particular entre demandantes y demandado, se condena a éste último a presentar el balance de su gestión hasta junio de 1964, con expresión del saldo, hacer entrega de la documentación que obre en su poder y practicar con los otros socios la correspondiente liquidación, al mismo tiempo que estimando la reconvencción ordena que se presenten también las cuentas desde la fecha posterior al cese del demandado como administrador y abonar los beneficios o cargar las pérdidas que correspondiesen a cada uno de los socios y fueran compensables.”

“CONSIDERANDO: Que en esta situación las partes contendientes, en documento de veinte de junio de 1969, manifiestan claramente que “han llegado a un entendimiento amistoso de cumplir el contenido dispositivo de la mentada sentencia y al objeto de transigir todas sus diferencias” (al no hacer aclaración es lógico suponer que se refiere a las del citado cumplimiento de la sentencia), lo someten a la resolución de un tercero, don Manuel Martínez y Pérez Lurbe, precisando el objeto de su intervención en dos puntos: Primero: Fijación y distribución de beneficios; Segundo: Bases para la liquidación de VIGAR; con lo cual aparece bien claro que el objeto perseguido es, con carácter primordial y básico, como las partes advierten, la fijación y distribución de beneficios y una accesoria y futura de posible liquidación de la sociedad, una vez cumplida aquella finalidad, como una consecuencia natural, en su caso, de la liquidación.”

“CONSIDERANDO: Que los hechos expuestos, coincidentes sustancialmente con los sentados como premisa en la sentencia recurrida y que por no haber sido impugnados en forma por vía de error de hecho o de derecho en la apreciación de la prueba, hay que tener como inmovibles, se establece la conclusión por dicha sentencia de que lo que han hecho los litigantes ha sido confiar a un tercero la designación de la parte de cada uno en las ganancias y pérdidas de la sociedad, al amparo de lo dispuesto en el artículo 1.690 del Código Civil, por las razones que el propio recurrente admite de evitar toda publicidad que lleva consigo aneja una ejecución judicial forzosa con el peligro de una repercusión en el crédito mercantil de los interesados.”

“CONSIDERANDO: Que contra esta conclusión se levanta el recurso por cinco motivos, de los cuales el primero hay que desestimar por su defectuosa formulación por denunciar en él, no la infracción concreta de un precepto legal, sino de un conjunto de normas dictadas para supuestos muy

diversos de interpretación de contratos, lo que produce una falta de claridad y precisión sancionada por el artículo 1.720 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sin perjuicio de que no se trata de un problema de interpretación, sino de calificación jurídica.”

“CONSIDERANDO: Que la posibilidad de encargar a un comisario la realización de la distribución de pérdidas y ganancias entre los socios, establecida por el artículo 1.690 del Código Civil, es perfectamente aplicable a la ejecución de sentencias, ya que el cumplimiento voluntario de lo impuesto por aquélla no es contrario a su naturaleza, la que tampoco se modifica por el hecho de que los interesados den al comisario la denominación de árbitro y adopten las garantías que crean conveniente para su designación y actuación utilizando una terminología impropia o inadecuada a la finalidad y a la institución querida por las partes; razones por las cuales hay que desestimar los motivos segundo y tercero, que pretenden lo contrario.”

“CONSIDERANDO: Que el motivo cuarto denuncia como infringidas por violación, la doctrina legal, contenida en las tres sentencias que cita, ninguna de las cuales tiene exacta paridad con la que se discute, pues, la primera no tenía siquiera definida la división al plantearse el arbitraje; en la segunda, se encargaba a los árbitros, no sólo la división, sino determinar la posibilidad del rescate de cuotas por los socios que continuaban en la sociedad y otros problemas complejos sometidos a un arbitraje impropio, muy adecuados a la institución; y la tercera, versaba sobre reclamación de daños y perjuicios por incumplimiento de contrato.”

“CONSIDERANDO: Finalmente, que el quinto y último motivo, que denuncia la aplicación indebida del artículo 1.690 del Código Civil, está virtualmente rechazado en los considerandos anteriores, especialmente en el quinto, por lo que hay que desestimar dicho motivo sin necesidad de mayores razonamientos.”

C O M E N T A R I O

1. LA DISTINCION ENTRE ARBITROS Y ARBITRADORES

Hace años me ocupé (1) de la distinción entre árbitros y arbitradores, que determina en nuestro Derecho positivo el artículo segundo de la Ley de Arbitrajes de Derecho Privado, de 22 de diciembre de 1953, el cual, como es sabido, dice que no se considera arbitraje la intervención de un tercero que no se haga para dirimir una controversia o un conflicto pendiente entre las partes, sino para integrar o completar una relación jurídica aún no definida totalmente. No son abundantes las ocasiones que la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo ha tenido para perfilar esta distinción. Por ello, la sentencia sobre la que ahora llamamos la atención, de 18 de mayo de 1973, puede tener algún interés.

De esta sentencia se pueden extraer algunas conclusiones que resultan de algún modo categóricas. Así: a) que no debe atenderse, para decidir si hay arbitraje o no, a la denominación que las partes hayan dado al meca-

(1) *El arbitrio de un tercero en los negocios jurídicos*. Barcelona, 1957.

nismo por ellas establecido o a la intervención del tercero; es decir, aunque las partes hayan hablado de "árbitro" y de "arbitraje", tal calificación no es vinculante para el juzgador, sino que habrá de atenderse por éste a la naturaleza objetiva de tal actividad o de tal intervención; b) que tampoco es decisivo el hecho de que las partes puedan haber remitido este "arbitraje" a la Ley Especial de 22 de diciembre de 1953. La calificación del convenio y, por ello, en sede teórica, la distinción, deben hacerse objetivamente.

La verdad es que la ley suministra unos datos que no son de mucho valor. Por una parte, se habla de "dirimir" o de "resolver" un conflicto o una "controversia" pendiente entre las partes. Por otro lado, se dice "integrar o completar una relación jurídica aún no definida totalmente". Ocurre, sin embargo, que ambos criterios de definición no comportan una escisión o separación total, sino que, a veces, pueden entrecruzarse. Al mismo tiempo que se dirime o se resuelve un conflicto pendiente entre las partes, se puede integrar o completar la relación jurídica existente entre ellas, que no se hallaba definida totalmente. Hay, además, una cierta indeterminación en el concepto mismo de conflicto o de controversia, que tanto puede aludir a los específicos conflictos o controversias de carácter jurídico, a los que habría que denominar más precisamente litigios, y puede referirse también a las simples controversias de orden económico.

Si la intervención de un tercero se produce en el momento del nacimiento mismo o de la originación de la relación jurídica *inter partes*, que, en el acto constitutivo, no ha quedado plenamente integrada, resulta claro que esta intervención constituye un caso de actuación de un arbitrador. El tipo paradigmático es la intervención de un tercero para señalar el precio en el contrato de compraventa.

Podemos también considerar como firme que la actuación es de arbitrador cuando, aunque haya de producirse en el momento de la ejecución del contrato o, en general, de la relación jurídica, tal intervención esté prevista ya inicialmente en el propio acto de originación o de constitución de la relación. Así, por ejemplo, es arbitrador el tercero a quien las partes se remiten para que apruebe la obra realizada, determinando simplemente el ajuste o adecuación entre la prestación cumplida y la prestación tal y como había sido proyectada.

En otros casos, sin embargo, la línea de separación entre árbitros y arbitradores se torna sobre manera ambigua.

Una de las líneas tradicionales de pensamiento para establecer la distinción entre árbitros y arbitradores, es la que trata de hacer hincapié en el carácter controvertido o pacífico del asunto sobre el cual la intervención del tercero recae. Esta línea de pensamiento admite diferentes matices.

La distinción entre arbitraje y arbitrio de un tercero, se ha dicho que es la misma que existe entre el pronunciamiento sobre una discusión y el pronunciamiento sobre un acuerdo. Siempre que hay discusión entre las partes o "desacuerdo" entre ellas, el tercero que interviene es un árbitro. Por el contrario, si existe acuerdo, el tercero que interviene para integrar el acuerdo es un arbitrador. Ahora bien, la llamada a un tercero para producir la integración significa que, por lo menos en el caso a integrar, el acuerdo

ha faltado. Las cosas, entonces, se tornan enormemente borrosas, porque se hace muy difícil distinguir entre desacuerdo y simple falta de acuerdo. Si el acuerdo no se ha producido, o falta, es porque en el caso concreto ha habido desacuerdo.

Conforme a un segundo punto de vista el árbitro opera en un terreno que es de derecho. Es, en definitiva, un órgano del Estado, a quien se encomienda una función pública también, que es la función de pacificación. Sustituye a un juez u órgano jurisdiccional y es, él mismo, un juez. Todo aquello que, en un ordenamiento dado, puede ser sometido a la decisión del juez, puede serlo a la decisión de un árbitro. El arbitrador, en cambio, desenvuelve su actividad en el campo del Derecho privado y dentro de un *iter* negocial que se desarrolla entre las partes.

Tratando de perfilar las distinciones anteriores, ya desde antiguo se señaló que la distinción bascula sobre la diferencia entre *res litigiosa* y *res non litigiosa*. El arbitraje opera siempre sobre un litigio y se desenvuelve siempre en torno a un litigio, mientras que el arbitrador interviene en caso de inexistencia del litigio.

Este punto de vista, que a nosotros, en principio, nos parece exacto, exige, por una parte, una puntualización del concepto de litigio y por otra el examen de algunas cuestiones marginales.

El concepto de litigio, como se ha señalado, viene definido no sólo por la existencia de una controversia o de un conflicto de intereses, sino también porque a dicha controversia o conflicto se sobreañade otro que versa sobre la tutela jurídica. En el litigio las partes tienen intereses encontrados, pero existe entre ellas también un choque en punto a quién de las dos goza tutela jurídica. Presupone, por consiguiente, que, en el choque de intereses existe efectivamente una tutela jurídica y que uno de los intereses recibe del ordenamiento una especial protección. En definitiva, que uno de los dos tiene derecho o tiene razón y que este derecho o esta razón puede formularse a través de una pretensión y debe recaer sobre él una decisión. Ocurre así, claramente, cuando dos personas pretenden ser al mismo tiempo propietarios o cuando una persona pretende que es acreedor de otra y ésta otra niega la deuda.

Frente al litigio, aparecen las situaciones que hay que calificar en forma puramente negativa como no litigiosas. El hecho de que no sean litigiosas no tiene por qué entrañar necesariamente el que sean pacíficas o el que en ellas exista necesariamente acuerdo. Se trata, simplemente, de que la pretensión no puede ser formulada, porque el ordenamiento jurídico no atribuye especial tutela. Aunque en otro lugar nosotros hemos dicho que negocio y litigio son la raíz profunda de toda la distinción, tal vez ahora convenga precisar aquella idea, pues de la simple inexistencia de litigio no se deduce necesariamente la existencia de negocio.

Dicho todo lo anterior, conviene pasar, para tratar de realizar alguna síntesis, a lo que antes llamábamos las hipótesis marginales.

La primera de ellas es la de la posible presencia de un arbitrador—y no de un árbitro— en una transacción. En un primer momento, mi opinión fue que el tercero que interviene en una transacción es siempre un árbitro, enten-

diendo que la transacción presupone el litigio y que dejar su integración a un tercero significa delegar en él la solución de tal litigio.

En un momento posterior, sin embargo, traté también de precisar la idea intentando distinguir dos hipótesis distintas, como son: a) la que se produce cuando las partes están simplemente de acuerdo en transigir, esto es, en pacificar privadamente su discordia y delegan en el tercero la total integración de la relación nacida de la transacción, y b) la que existe cuando las partes producen el acuerdo transaccional y sientan además las bases o las características generales de la relación jurídica que nace de la transacción, dejando a un tercero únicamente la fijación de concretos puntos de esta relación (2).

Así como en la hipótesis sub a) la transacción por arbitrador debe considerarse como auténtico arbitraje y, por consiguiente, sometida a los requisitos ya las prescripciones de la Ley de 22 de diciembre de 1953, me parece que no ocurre lo mismo en la hipótesis sub b), donde la situación litigiosa originaria ha desaparecido ya y ha sido ya substituida por una nueva relación jurídica nacida de la transacción. En definitiva, lo que se quiere decir es que no es lo mismo el encomendar al tercero toda la transacción, caso en el cual no hay todavía transacción, y la situación litigiosa no ha sido substituida por la *res nova*, que la situación en la que se encomienda al tercero integrar una relación ya transigida, completando la relación jurídica derivada de la transacción, que hay que entender como ya nacida.

El segundo supuesto marginal es, precisamente, el que de algún modo contempla esta sentencia de 18 de mayo del año 1973, que es un litigio decidido ya por una sentencia firme, que, como tal, define la situación jurídica existente entre las partes, si bien de ella deriva una condena que debe todavía recibir una concreción. En un caso como éste, no cabe duda de que la originaria situación litigiosa (p. ej., en la especie, existencia o no de sociedad civil y obligaciones entre las partes derivadas del cumplimiento de la sociedad civil), ha devenido *res nova* a partir de la sentencia. La llamada a un tercero, en el trámite de ejecución de sentencia, ¿constituye entonces arbitraje o es pura y simplemente actuación de arbitrador? Parece que la segunda respuesta, que implícitamente da el Tribunal Supremo, es la más correcta.

2. LA DISTRIBUCION DE LAS PERDIDAS Y GANANCIAS SOCIALES POR UN TERCERO Y EL ARTICULO 1.690 DEL C. C.

El artículo 1.690 del C. C., como es bien sabido, dispone que "si los socios se han convenido en confiar a un tercero la designación de la parte de cada uno en las ganancias y pérdidas, solamente podrá ser impugnada la designación hecha por él, cuando evidentemente haya faltado a la equidad", añadiendo a renglón seguido que "en ningún caso podrá reclamar el socio que haya principiado a ejecutar la decisión del tercero o que no la haya impugnado en el término de tres meses, contados desde que le fue conocida".

Este texto, que tiene claros antecedentes en el derecho romano y en la historia del Derecho, parece originariamente pensado para determinar el al-

(2) En *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1965.

cance de un pacto que ha formado parte del negocio constitutivo de la sociedad. Es verdad que, en los textos, todo el peso de la problemática ha recaído más que sobre la naturaleza de la inserción del tercero en las relaciones entre las partes, sobre la eficacia de su decisión y sobre la posibilidad de rescisión de una resolución injusta. Sin embargo, los fragmentos que poseemos parecen plantearse sobre el tema de un pacto, que se establece, como decimos, en el negocio constitutivo de la sociedad. Se habla, así, de "sociedad según las partes que Ticio designa", de sociedad contraída de esta manera o de "pactos valederos entre los compañeros". Y este planteamiento es el que parece subsistir todavía en los comentaristas de nuestro C. C., aunque lo cierto es que el problema que continúa preocupando, sobre todo, es el de la posibilidad de impugnación y el fundamento de los límites puestos al poder del tercero.

La regla ha sido, pues, la posibilidad de fijación por un tercero de la distribución de las ganancias y pérdidas sociales, que se considera como cláusula contractual del contrato de sociedad. A lo más a que se llega en ocasiones es a admitir que la designación del tercero puede hacerse en el propio contrato de sociedad y al tiempo de contraerlo o bien en acto posterior a su conclusión. Se admite también un caso mixto, que es el de designación de la fórmula en el contrato social, con indicación de las bases para exigir el nombramiento de arbitrador por acto posterior de los socios.

El anterior planteamiento ejerce indudable repercusión en el problema de la deficiencia del tercero en la aceptación del encargo o en la no realización de éste, sea por muerte, por incapacidad o por otras causas cualquiera. Los comentaristas del C. C. francés entendían que, en este caso, la sociedad debe considerarse como nula, solución que tiene su apoyo en un antiguo texto de Celso. Sin embargo, ha sido señalado con acierto que tal texto tiene como base el caso en que la designación de persona determinada aparezca en el contrato como condición esencial del mismo.

La sentencia de 18 de mayo de 1973 posee, dentro de este amplio temario, una notable importancia, a nuestro juicio. Entre los comentaristas, dada la de algún modo anómala intervención de un tercero en el seno de una relación jurídica *inter partes*, se había discutido sobre la excepcionalidad o generalidad de la regla y sobre la posibilidad de una interpretación extensiva. La sentencia que comentamos se lanza decididamente por la vía de la interpretación extensiva.

a) No limita el artículo 1.690 a la mera determinación por el tercero de la "parte de cada uno" en las ganancias y pérdidas, frase, que, literalmente entendida, no se refiere al saldo o cantidad líquida a percibir en cada ejercicio, sino el establecimiento de las cuotas iniciales. Por ejemplo: se celebra un contrato de sociedad entre A y B, dejando a un tercero que fije la parte de cada uno de ellos; con ello, lo único que se habrá remitido al tercero C será decir si las partes han de ser, por ejemplo, 50 por 100 y 50 por 100, 40 por 100 y 60 por 100, u otras cualesquiera. Según la sentencia, el artículo 1.690 permite encomendar al tercero también la distribución de las pérdidas y ganancias ya producidas o verificadas.

b) Este planteamiento amplio del artículo 1.690 lleva, sin embargo, a algunas especiales dificultades.

En primer lugar, existe la posibilidad de que quepan aisladas remisiones a terceros, respecto de concretos ejercicios económicos o de concretos períodos de tiempo, lo que, a la vista de la sentencia, y presuponiendo que las cuotas sociales estén preestablecidas, no parece tener dificultad.

En segundo lugar, cabría pensar en una constante intervención del tercero, durante toda la vida de la sociedad, al fin de cada ejercicio, lo cual, pactado en el contrato inicial, tampoco parece presentar especiales dificultades.

Cabría, por último, que la encomienda hecha al tercero, en forma permanente y respecto de cada ejercicio, consistiera no sólo en la distribución de los saldos, sino incluso en una constante reconversión de las posibles cuotas, lo cual suscita ya mayores dificultades.

Por último, aunque el artículo 1.690 se refiere únicamente al caso de la sociedad civil, en la línea de la interpretación de carácter extensivo que se sigue, tampoco habría especial dificultad para trasladar la norma y aplicarla a las sociedades mercantiles.

c) En cualquier caso, parece que con esta interpretación el precepto recibe una nueva carga de sentido que por lo menos en su origen no estaba, pues una cosa es confiar al tercero que éste determine la participación de los socios en las pérdidas y ganancias y otra cosa es permitirle que determine las pérdidas y ganancias concretas y la fijación de la parte que en unas y otras corresponda a cada socio, que fue lo que en el caso concreto entendió la Audiencia de Valencia y el criterio que, en definitiva, acepta el Tribunal Supremo.

d) Por último, la cuestión de la aplicación del artículo 1.690 está estrictamente relacionada con el tema de nuestro epígrafe anterior. Cualquier intervención de un tercero, en orden a la fijación de las pérdidas y ganancias sociales, de su distribución, etc., deberá ser considerada como actividad de arbitrador, no sometida, por tanto, a la Ley de Arbitrajes de Derecho Privado, si se trata de un asunto no litigioso. El asunto será no litigioso siempre que la intervención del tercero aparezca convencionalmente establecida antes de que se haya suscitado contienda o cuando ésta se haya ya resuelto. La sentencia que comentamos, admite que es aplicable el artículo 1.690 para ejecutar una sentencia firme que declaraba la existencia de la sociedad y que ordenaba que se fijaran entre los socios las pérdidas y ganancias sociales.

En cambio, la actividad no será de arbitrador, sino propiamente de árbitro, cuando, en punto a la concreción de la parte de cada uno de los socios en las pérdidas y ganancias sociales, en punto a la determinación concreta de estas últimas o en punto a su distribución, haya surgido controversia litigiosa entre los socios. Por ejemplo: se discute si en el contrato, el pacto fue de reparto igual o desigual; se discute si hubo o no hubo ganancias en el período contemplado; se discute cuál fue la cuantía concreta de éstas. En todos estos casos, no obstante la sentencia, nosotros entendemos que la decisión será siempre arbitral y que deberá quedar sometida a las reglas de la Ley de 22 de diciembre de 1953.