

CRÍTICA BIBLIOGRÁFICA

A PROPÓSITO DE «LA DEUDA HISTÓRICA DEL ARBITRAJE MODERNO»
DEL PROFESOR DR. D. ANTONIO FERNÁNDEZ BUJÁN, MADRID, DYKINSON, 2014, 219 PÁGS.

Alfonso AGUDO RUIZ

CATEDRÁTICO DE DERECHO ROMANO
UNIVERSIDAD DE LA RIOJA

Sale a la luz, en primera edición, un interesante estudio titulado *La deuda histórica del arbitraje moderno* de mi maestro, Profesor Fernández de Buján, A., Catedrático de Derecho Romano de la Universidad Autónoma de Madrid, que constituyó su Discurso leído el día 20 de enero de 2014, en el acto de su recepción como Académico de Número de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, y la contestación del Excmo. Sr. D. Luis Díez-Picazo y Ponce de León, Presidente de la Academia, publicado por la Editorial Dykinson.

Estamos ante un estudio sólido, complejo e innovador, pues como destaca el A. la profundidad de un estudio histórico sobre una figura de naturaleza interdisciplinar de la relevancia del arbitraje, genera inevitablemente lagunas y controversias, en una de las instituciones jurídicas que puede presumir, al propio tiempo, de tener pasado, presente y futuro. Momentos que el A. ha analizado atinadamente desde el arbitraje del Derecho griego, pasando por el arbitraje en Derecho Romano y, por último, la pervivencia de las líneas maestras del arbitraje compromisario romano en la normativa del texto legal vigente en la legislación española, Ley 60/2003 de Arbitraje, de 23 de diciembre, modificada por Ley 11/2011, de 20 de mayo.

La materia se expone con absoluto rigor científico, claro y sencillo, en un discurso elegante, lleno de agudísimos matices y sugerencias innovadoras, como corresponde, una vez más, al reconocido magisterio de su A. Abundan las referencias a las fuentes romanas, jurídicas y literarias, así como las relativas al derecho medieval y al vigente Ordenamiento Jurídico español, destacando la incidencia entre el derecho justinianeo y la legislación vigente. Igualmente destaca un número importante de citas a pie de página, un total de 365, que además de enriquecer notoriamente la obra, nos pone claramente de relieve que el A. ha tenido muy en cuenta los estudios recientemente publicados, cuyos resultados han sido objeto de algunas precisiones y revisiones críticas.

El estudio se divide en cuatro capítulos y estos en apartados, resultando la siguiente distribución: Capítulo I: De la mediación al arbitraje compromisario o decisorio (págs. 19-67): 1. Observaciones preliminares (págs. 19-30); 2. Terminología en materia de arbitraje (págs. 30-33); 3. Tipos de arbitraje (págs. 33-39); 4. El arbitraje en Atenas: A) Procesos y arbitrajes en la época homérica (págs. 39-41), B) Legisladores y árbitros (págs. 41-42), C) Origen del arbitraje público obligatorio. Competencias de los árbitros públicos (págs. 42-46), D) Procedimiento arbitral. Apelación. Procedimiento de apelación (págs. 46-48), E) El arbitraje voluntario (págs. 49-51); 5. Arbitrajes de derecho privado: A) Función mediadora o conciliadora del arbitraje primitivo (págs. 51-53), B) El arbitraje de una persona justa: *arbitratus* o *arbitrium boni viri* (págs. 53-57), C) Arbitraje no formal. Arbitraje de *ius gentium* (págs. 57-59), D) Arbitraje decisorio: del *pactum* al *compromissum*. Regulación legal del arbitraje compromisario (págs. 59-67). Capítulo II: de la *fides* en los pactos a la *bona fides* y la *aequitas* en los arbitrajes y negocios *iuris gentium* (págs. 69-99): 1. Consideraciones introductorias: El *pactum* en las XII Tablas. Los pactos en el *ius gentium* (págs. 69-76); 2. La sanción de los *pacta conventa* en el edicto pretorio (págs. 76-79); 3. De la *fides* primitiva como fundamento de los pactos a la *bona fides* como regla de conducta y medida de responsabilidad en los negocios *iuris gentium* (págs. 79-90); 4. *Bona fides* y *aequitas* como elementos de interpretación y aplicación en los *pacta conventa* reconocidos y protegidos por el *ius pretorium* (págs. 90-94); 5. El papel de la *bona fides* y de la *aequitas* en el arbitraje de *ius gentium*, en el arbitraje compromisario, y en los *iudicia bonae fidei* (págs. 94-99). Capítulo III: De los arbitrajes de naturaleza pública (págs. 101-131): 1. Observaciones preliminares (págs. 101-102); 2. El arbitraje internacional (págs. 102-105). 3. El arbitraje federal (págs. 105-108). 4. El arbitraje administrativo (págs. 108-128). 5. El arbitraje legal como fórmula, de naturaleza mixta, de resolución de conflictos (págs. 129-131). Capítulo IV: Bases romanísticas del arbitraje actual: Análisis de las concordancias entre el derecho justinianeo y la legislación vigente en materia de arbitraje (págs. 133-197): 1. Observaciones (Pág. 134). 2. Disposiciones generales (Título I, LA.) (págs. 134-135): A) Materias objeto de arbitraje (págs. 135-136), B) Funciones de apoyo y control judicial del arbitraje (págs. 136-139). 3. Del convenio arbitral (Título II): A) Forma y contenido del compromiso arbitral (págs. 139-144), B) Arbitraje testamentario (págs. 144-145), C) Demanda ante un Tribunal sobre un asunto sometido a arbitraje (págs. 145-149). 4. De los árbitros: A) Capacidad para ser árbitro (págs. 149-155), B) Nombramiento y número de árbitros. Adopción de decisiones colegiadas (págs. 155-156), C) Excusas del arbitraje: motivos de abstención y recusación (págs. 156-159), D) responsabilidad arbitral. Provisión de fondos (págs. 159-163); 5. De la sustanciación de las actuaciones arbitrales (Título IV): A) Inicio. Determinación del procedimiento (pág. 164), B) Lugar del arbitraje. Comparecencia de las partes (págs. 164-168). 6. Del procedimiento del laudo y de la terminación de las actuaciones: A) Normativa aplicable al fondo de la controversia: Equidad o Derecho (págs. 168-170), B) Plazo. Forma. Contenido y notificación de la sentencia arbitral (págs. 170-177), C) Terminación de las actuaciones. Extinción del compromiso (págs. 177-179), D) Corrección, aclaración y complemento de la sentencia arbitral (págs. 179-180). 7. De la anulación y ejecución de la sentencia arbitral: A) De la anulación de la sentencia arbitral. Recursos (págs. 181-186), B) De la ejecución de la sentencia. De la cosa juzgada (págs. 186-197). Se cierra la obra con la contestación del Excmo. Sr. D. Luis Díez-Picazo y Ponce de León, Presidente de la Academia (págs. 201-219).

El Discurso se inicia, como es protocolario, con la salutación y agradecimientos (págs. 11-12), donde el A. agradece a la Real Academia y a cada uno de sus miembros, que de forma

generosa y cordial han decidido incorporarle a su seno, como Académico de Número en esta secular Institución, máximo exponente de la cultura jurídica de nuestro país. Especial agradecimiento expresa a quienes con gran generosidad y benevolencia avalaron su candidatura, Excelentísimos señores D. Aurelio Menéndez y Menéndez, D. Antonio Rodríguez Adrados y D. Rafael de Mendizabal y Allende. Especial mención reserva al Excmo. Sr. D. Luis Díez-Picazo y Ponce de León, a quien profesa un profundo respeto, afecto y admiración, y cuya amistad le honra desde hace más de 15 años. Con la humildad que caracteriza al A., manifiesta que a lo largo de mi trayectoria académica he aspirado sustancialmente a ser un buen profesor universitario en mi querida Universidad Autónoma... Incorporarme ahora a esta Real Academia, gracias a la benevolente decisión de sus miembros, constituye la máxima dignidad científica a que puedo aspirar como jurista español, de la que no sé si soy merecedor, pero que asumo honrado, agradecido y comprometido a compartir las tareas que se me asignen, con toda la dedicación que sea necesaria y con mi mejor voluntad.

Seguido, procede a cumplir la tradición, fielmente observada, de realizar la semblanza de su predecesor en esta Real Academia, Excmo. Sr. D. Diego Espín Cánovas, cuya medalla tiene el honor de ocupar, deber que, en palabras del A., cumple con especial satisfacción, honrándome al hacerlo y con viva admiración y reconocimiento hacia su memoria.

El capítulo primero se dedica al estudio de la mediación al arbitraje compromisario o decisorio (págs. 19-67). Recuerda el A. que la técnica jurídica del arbitraje, como fórmula extrajudicial de resolución de conflictos, no es una institución de creación reciente, sino que, por el contrario, hunde sus raíces en el marco territorial griego y romano, en el seno del comercio internacional e interno, de modo informal, en una primera etapa, para incardinarse, con posterioridad, en el ámbito de sus específicos Ordenamientos Jurídicos. Destaca que si bien el origen del arbitraje moderno está en Grecia, es en el Derecho Romano donde la institución conoce una regulación cuyo desarrollo informa el actual perfil del arbitraje.

Para el A. desde los primeros tiempos de la comunidad política romana, con anterioridad a la organización de la administración de la justicia y de la atribución de competencias a magistrados y jueces, la decisión de las controversias entre particulares en el ámbito del tráfico mercantil, se encargaría, más allá de la autodefensa o autoayuda, a uno o varios árbitros que serían a la vez garantes y peritos, elegidos de común acuerdo por los interesados en solucionar sus conflictos. En este sentido, afirma el A. que el término latino *arbiter*, de donde procede árbitro y arbitraje, derivaría de la lengua fenicia y haría referencia a garantía, conforme a la raíz de origen fenicio *rbn*, a través de la cual se habría introducido, por el cauce de las relaciones comerciales, en la lengua latina.

En la Roma republicana, afirma el A., el pacto de compromiso, de arbitraje, se tipifica como pacto específico, al menos a partir del siglo II a.C., en el Edicto del pretor. Al pacto de *compromissum*, por el que las partes se comprometen a la elección del árbitro, la presentación y seguimiento de las decisiones adoptadas en el procedimiento, y al cumplimiento de la sentencia, se añade el pacto *de receptum arbitrii*, entre las partes y el árbitro, en virtud del cual el árbitro acepta, se compromete a dictar sentencia, bajo la amenaza por el pretor de imposición de multas, embargos de bienes o tomas de cosas en garantía. A finales de la

República, los árbitros constituyen una categoría de jueces, junto a la de jueces ordinarios y jueces recuperadores, conforme se recoge en los textos de distintas leyes.

El mantenimiento del arbitraje, como técnica de resolución de conflictos, en las etapas posteriores a la República, se explica por razones de rapidez, economía, sencillez en la tramitación, especialización en muchos casos del árbitro, no obligatoriedad de la condena pecuniaria, etc., frente a la lentitud y formalismo del proceso oficial, que en contrapartida presenta evidentes ventajas en materia de seguridad jurídica y efectividad en el cumplimiento de la sentencia.

En la Roma clásica, el arbitraje compromisario, que se configura como la forma más característica del arbitraje privado, se conforma a semejanza de los juicios y tiene por finalidad la solución de las controversias. El arbitraje compromisario se caracteriza por el respeto a la autonomía de la voluntad de las partes, la escasa intervención de la autoridad jurisdiccional en el curso del procedimiento arbitral, y el carácter eminentemente dispositivo de la normativa al respecto.

En las etapas postclásica y justiniana se producen cambios relevantes en la configuración y los efectos del arbitraje compromisario que lo aproximan al proceso, al propio tiempo que un notable incremento de su utilización debido al deterioro de la Administración de Justicia, aquejada de males no muy divergentes de los actuales.

Destaca el A. que el actual procedimiento arbitral sigue siendo, en esencia, muy semejante al procedimiento arbitral romano, del que trae su fundamento, origen y características específicas. Así, el pacto por el que las partes acuerdan someter una o varias controversias a arbitraje en Derecho Romano, se recoge en los artículos 1820 y 1821 del CC de 1889, que se mantienen vigentes hasta su derogación por la Ley de Arbitraje de 1988. Parece pues que cabe afirmar que la analogía entre juicio y arbitraje compromisario, de tipo privado, trae su origen del Derecho Romano, y el texto de Paulo (D. 4.8.1) viene a expresar el punto de partida de la actual consideración del arbitraje como «equivalente jurisdiccional», conforme a la conocida y acertada expresión, contenida en las sentencias del Tribunal Constitucional 43/1988, 62/1991 y 174/1995, reproducida en el apartado primero del Preámbulo de la Ley 11/2011, de 20 de mayo, de reforma de la Ley de Arbitraje, de 23 de diciembre de 2003.

Observa el A. que la institución del arbitraje no está prevista de manera expresa en la Constitución de 1978, a diferencia de lo que ocurría en la Constitución de 1812, en cuyo artículo 280 se establecía: «No se podrá privar a ningún español del derecho de terminar sus diferencias por medio de jueces árbitros elegidos por ambas partes». No obstante, cabría fundamentar el arbitraje en la autonomía de la voluntad de las partes, y vincularlo con la libertad como valor superior del ordenamiento.

A continuación analiza el A. la distinta terminología en materia de arbitraje. Distingue: a) *arbitrium merum*, expresión que se suele identificar con el arbitraje compromisario; b) *arbitrium boni viri*, hace referencia a la decisión de una persona recta sobre un aspecto específico de una materia contractual, familiar o sucesoria (D. 18. 1. 57); c) *arbitrium arbitri*, se corresponde con la expresión *arbitrium merum*, por lo que hace referencia al criterio arbitral sobre la cuestión encomendada a su decisión por las partes (D. 4. 8. 44); d) *arbitrium iudicis*, alude a la discrecionalidad del *iudex* designado por el magistrado, para decidir un asunto, dentro del marco de su competencia; e) *arbiter datus*, se trata de supuestos

en los que el árbitro nombrado por el juez para, en la mayoría de los casos, desarrollar una actividad ejecutiva específica, era titular de una *potestas iudicandi* semejante a la del juez ordinario y su decisión resultaba susceptible de ser apelada, en contraposición a la impugnabilidad, con carácter general, propia de la sentencia del árbitro compromisario; f) *arbitrium* o *compromissum plenum*, alude al arbitraje válidamente constituido sobre una o varias causas (D. 4. 8. 21. 6); g) del sustantivo *arbiter* derivan asimismo otros números, términos y expresiones jurídicas como: *actiones arbitrariae*, *arbitrium tutelae*, *interdictum per formulam arbitrariam*, *arbitrium de restituendo*, *arbitrium honorarium*, etc.

Distingue el A., con base en las fuentes romanas, los siguientes tipos de arbitraje: a) arbitraje no formal, que consistiría en un mero pacto, no protegido por el pretor ni por la ley, que no produciría consecuencias jurídicas inmediatas y que se movería en el campo, por otra parte relevante, de la *fides* y de la moral ciudadana; b) arbitraje de una persona recta o justa, *arbitratus* o *arbitrium boni viri*, cuyo papel esencial consistiría o bien en clarificar o precisar hechos o circunstancias confusas que afecten a determinadas personas o bien en dar su parecer sobre aspectos concretos de un negocio jurídico sobre el cual aquéllas no puedan o no quieran pactar. En cuanto a la distinción entre *arbitrium merum* y *arbitrium boni viri*, discutido en la Jurisprudencia romana y en la dogmática actual, considera el A. que en el primero, la resolución tiene carácter obligatorio para las partes, con independencia de que resulte justo o injusto, por lo que las partes renuncian a discutir la decisión arbitral; en el segundo, las partes aceptan la decisión arbitral en la medida en que se considere que es propia de un hombre recto o justo, en caso de que el árbitro hubiese actuado de mala fe, con error manifiesto o grave injusticia, cabría recurso ante un magistrado provisto de potestad jurisdiccional; c) arbitraje del *ius gentium*, era el correspondiente a la resolución de conflictos surgidos en la interpretación o aplicación de los pactos contraídos entre extranjeros y ciudadanos extranjeros entre sí, no previstos por el *ius civile*, pero si reconocidos por el *ius pretorium*, a través de la vía de los mecanismos procesales de la *denegatio* y la *exceptio actionis*; d) arbitraje legal, previsto en la Ley de las XII Tablas o en leyes posteriores; e) arbitraje compromisario, también denominado *merum arbitrium*. Tenía en Derecho Romano un marcado carácter contractual. Consistía en el pacto o compromiso de someter la resolución de un conflicto *inter partes* a la decisión de un árbitro, que se compromete a dar su opinión sobre el asunto. A dicho pacto se añadían estipulaciones recíprocas, generalmente con cláusula penal, para el caso de no colaboración con el árbitro o no acatamiento de su sentencia o laudo arbitral. Es el que más ha influido en el arbitraje de Derecho español moderno; f) arbitrajes de Derecho Público: Internacional, Federal y Administrativo, que surgen, en la praxis romana, con posterioridad al arbitraje de derecho privado.

Analiza el A., a continuación, el arbitraje en Atenas, donde ya desde época homérica conviven la jurisdicción y el arbitraje, según atestiguan diversos textos contenidos en la *Iliada* y la *Odisea*. Paulatinamente se habría producido una evolución en la condición de los árbitros que habrían dejado de ser personas de especial autoridad y relieve social, para pasar a ser personas anónimas con capacidad suficiente, elegidas por las partes para decidir y resolver de forma imparcial una discordancia o controversia.

En ocasiones son los propios legisladores los que asumen la función de árbitros en una contienda civil o una discordia entre facciones políticas rivales. Así Aristóteles afirma que Solón actuó como árbitro entre las facciones de los eupátridas y el pueblo de Atenas.

Junto al arbitraje voluntario, el arbitraje público obligatorio caracteriza particularmente el sistema jurisdiccional ático a partir del siglo VI a.C. En el ámbito de las causas privadas se reconoce amplia competencia a los árbitros públicos, en materia de: filiación; patria potestad; tutela; declaraciones de herederos; servidumbres; reclamaciones por deuda líquida; reclamaciones por vejaciones; acciones por daños contractuales, extracontractuales y procesales; acciones contra los fiadores de exigencia de la garantía prevista; ejecución de sentencia en una causa pública; rendición de cuentas de los tutores; acción por injurias o calumnias; acción a la víctima por robo. Del resto de acciones civiles ordinarias conocían los Tribunales sumarios de causas mensuales, así denominados por ser un mes el periodo de tiempo en que debía ser instruida la causa, cuya rápida resolución resultaba esencial para la actividad económica de Atenas. Para todas las causas civiles de cuantía superior a diez dracmas era competente el Tribunal de los Cuarenta jueces.

Seguido, el A. aborda el desarrollo del procedimiento arbitral, si las partes no habían llegado a una transacción. La demanda debía ser concisa. Las partes procuraban convencer mediante sus discursos, cuya duración quedaba a criterio del tribunal. Cabe plantear excepciones, igualmente cabe un interrogatorio bajo juramento indecisorio y la confesión con juramento decisorio. La prueba testifical es la de mayor relevancia. Los testigos están obligados a declarar, en caso contrario son sancionados con una multa de mil dracmas. Se sanciona el falso testimonio. Cabe la utilización de la tortura como medio para el esclarecimiento de los hechos. Los árbitros prestaban juramento de emitir un laudo de forma imparcial y en conciencia, no eran motivados. Las actuaciones podían ser impugnadas por nulidad en el término de 10 días, en cuyo caso se repetía el arbitraje. La responsabilidad del árbitro se sustanciaba ante el Colegio Arbitral, y podía llegar hasta la pérdida de los derechos civiles.

En el mismo día en que el árbitro notifica el laudo a las partes éstas deben decidir si se conforman con él o recurren al Tribunal de los Dicasterios, cuya resolución era definitiva. Si aceptan la decisión arbitral, el árbitro entrega el laudo al Tribunal de los Cuarenta, para proceder a su archivo, lo que le otorga carácter ejecutivo.

Junto a los arbitrajes públicos, se conoce asimismo el arbitraje voluntario, en el que el árbitro es elegido por las partes y el laudo dictado no es susceptible de apelación. No se exigía el juramento en el arbitraje voluntario, y la obediencia al laudo se garantizaba mediante la constitución de prendas o fiadores. El número usual de árbitros oscilaba entre uno o tres. En el caso de ser tres los árbitros, cada uno de los contendientes nombraba un árbitro y el tercero era elegido por los árbitros designados por las partes.

Finaliza el capítulo I con un análisis de los arbitrajes de derecho privado. En la etapa primitiva, el árbitro sería un mediador, un testigo y un conciliador en las controversias, un mitigador del uso de la violencia *inter partes*, tanto en el ámbito privado como en el público. La acción mediadora habría pues constituido el germen de la acción arbitral. Paulatinamente, la palabra *arbiter* cambiaría su significado primitivo por el más general del que actúa libremente y decide, mediante sentencia, según su propio convencimiento y autoridad, conforme a la previsión legal y al progresivo respaldo de la autoridad pública. Es decir, de árbitro mediador, conciliador o componedor, se habría pasado al árbitro juzgador o compromisario. Una etapa intermedia sería la representada por el arbitraje del *bonus vir* en

el que el árbitro no dictaría sentencia, al igual que sucedía en el primitivo modelo de arbitraje, y se limitaría a aplicar criterios de equidad en la clarificación, precisión o determinación de cuestiones o relaciones existentes *inter partes*.

La distinción entre árbitros y arbitradores, casi desconocida en nuestra doctrina jurídica, procede del Derecho Romano y fue objeto de atención preferente en el derecho medieval. En la práctica jurídica medieval, de clara influencia romanística, especialmente a partir del siglo XIII, es frecuente la fórmula «*arbitros, arbitradores seu amicabile compositores*». Así, en la Venecia del siglo XIII se estableció que las controversias en derecho marítimo se decidirían mediante sentencia dictada por tres árbitros y, con carácter general, se difundió y fomentó el arbitraje en el marco de las transacciones comerciales en la Italia del medievo.

El arbitraje no formal, sin tutela específica por parte del pretor, acaba diluyéndose en el arbitraje de *ius gentium* que acaba siendo reconocido, sancionado y protegido en el marco de la jurisdicción pretoria, en un primer momento, para acabar siendo considerado, en determinados supuestos, como una institución del derecho civil.

En cuanto al debate doctrinal surgido en torno a cuál sea el origen y la naturaleza jurídica de los arbitrajes de buena fe, así como de los juicios de buena fe que se conformaron en un momento posterior, considera el A. que los arbitrajes primitivos que habrían surgido en el marco del mercado interno de Roma, libres de formalidades, se habrían acogido, con posterioridad, al ámbito de la protección otorgada por los pretores a las prácticas e instituciones propias del tráfico comercial y del *ius gentium*, que tendrían su fundamento no en el *ius ni en las leges*, sino en una *fides* ya evolucionada.

Para terminar, aborda el A. el estudio del arbitraje compromisario, donde el carácter contractual del arbitraje se manifiesta, de forma especial, al consistir en un acuerdo, entre dos o más personas entre las que existe una controversia, conforme a la cual los intervinientes deciden presentarse ante uno o varios árbitros, elegidos por las partes o designados por el pretor, así como colaborar en la instrucción del arbitraje y cumplir lo decidido por el árbitro. La aceptación del árbitro se sanciona por el pretor desde finales del siglo II a.C. mediante un *edictum de receptis*. El convenio de compromiso solía reforzarse mediante una estipulación común o una estipulación penal. El incumplimiento de la *stipulatio* daría lugar a la exigibilidad del contenido de ésta por medio de la *actio ex stipulatu*.

El pacto de compromiso puede tener por objeto cualquier cuestión litigiosa de las consideradas de libre disposición de las partes, al igual que se establece en la vigente Ley de Arbitraje de 1988, que supuso una superación del objeto previsto en la Ley de Arbitraje Privado de 1953, que limitaba su ámbito de aplicación a los asuntos de Derecho Privado. Excepcionalmente, no pueden ser objeto de arbitraje, según establece D. 4.8.6 y 7: los delitos cuya condena supone infamia, los asuntos sobre los que exista una acción pública, las cuestiones relativas a la libertad de una persona y los supuestos perseguibles mediante acciones populares. A partir de la época clásica se produce una progresiva reglamentación del arbitraje, que lo aproxima en materia de garantías al proceso ordinario, del que destaca el A. un amplio elenco.

El capítulo II se dedica al análisis de la *fides* en los pactos a la *bona fides* y la *aequitas* en los arbitrajes y negocios *iuris gentium* (págs. 69-99). Comienza el A. planteando la polémica doctrinal sobre significado del *pactum* en las XII Tablas, para algunos se identifica

con la idea de renuncia transaccional, mientras para otros se identifica con la noción positiva de convenio.

Avanzada la República, la intensificación del tráfico comercial, marítimo y terrestre, interno e intercomunitario, plantea la necesidad de protección por parte de los pretores, como magistrados jurisdiccionales, de los acuerdos, pactos o convenciones propias del *ius gentium*. Estos pactos o convenciones producirían entre los intervinientes una vinculación en cuanto al cumplimiento de lo acordado, basada en la *fides*, la ética comercial y las costumbres y usos propios del tráfico y por tanto no jurídica. Su reconocimiento, probablemente primero en los edictos de los pretores peregrinos y con posterioridad en los edictos de los pretores urbanos, habría supuesto la sanción de su juridicidad y la correspondiente protección procesal a través de las vías de la *exceptio* y la *denegatio actionis*, siempre que no se opusiese a disposiciones legales, causaren daño a particulares o supusiesen una actuación dolosa o fraudulenta.

Aborda el A., a continuación, la sanción de los *pacta conventa* en el edicto del pretor, considera que el reconocimiento y protección de los pactos (*nuda pactis*) se establece en la cláusula genérica «*de pactis*» contenida en el Edicto pretorio, conforme a la cual no se considera a los pactos como fuentes de producción de obligaciones, exigibles mediante acciones, sino como modos de extinción de obligaciones a través de la *exceptio pacti* y de la *denegatio actionis*.

Hasta que se produce el reconocimiento y protección en el edicto pretorio de los pactos convenidos, estos se enmarcaban solo en el ámbito de la *fides*, conforme a la cual se exigía el cumplimiento de los acuerdos y la lealtad a la palabra dada. La sanción pretoria de los pactos supuso la aplicación a los mismos de los criterios de la *bona fides* y la *aequitas* propias del *ius praetorium*. La historia del *pactum* es por tanto anterior a la del contrato. Su génesis y desarrollo se habría producido en el marco del comercio, de la libertad de formas y de la consensualidad. La protección por el pretor de los pactos supondría, por tanto, un reforzamiento de la autonomía privada y de la libertad negocial, en la medida en que los pactos que constituían su principal expresión no fuesen contrarios al Ordenamiento Jurídico. La protección de la consensualidad de los pactos, habría constituido el camino para la posterior asunción de esta idea en el *ius civile*, si bien de los *pacta conventa* recogidos en el edicto, solo cuatro pasaron a la categoría de contratos con su nombre específico, bajo la fórmula de *obligationes consensu contractae*, como negocios *iuris gentium*.

Analiza el A. la evolución de la *fides* primitiva como fundamento de los pactos a la *bona fides* como regla de conducta y medida de responsabilidad en los negocios *iuris gentium*. Considera que sería el respeto a la *fides* lo que haría social y éticamente exigibles el cumplimiento de los acuerdos o pactos libres de forma y de reconocimiento legal, con anterioridad a su sanción en el edicto pretorio. La lealtad a la palabra dada no sería exigible jurídicamente como un deber jurídico basado en la ley, ni en el edicto, sino en la *fides*. El *ius gentium* no es un derecho de los extranjeros, sino un derecho accesible a los extranjeros, formado por instituciones romanas y no romanas, pero aceptadas estas últimas por los pueblos del mundo mediterráneo (D. I. I. 9).

Señala el A. que *fides* y *bona fides* no son conceptos equivalentes. La *bona fides* es un principio surgido en el marco de una ética comercial, libre de formas, basada en la reciprocidad, la confianza y la lealtad en el trato, lo que contrastaría con el sistema jurídico del *ius civile*, básicamente garantista y formalista, caracterizado por la tipicidad de base legal.

Frente a la, en cierto sentido, caracterización subjetiva de la *fides*, y su moverse en la esfera de la libertad, la fidelidad y el cumplimiento de la palabra dada, la *bona fides* tendría un matiz más objetivo y objetivable que la *fides*, en cuanto se enmarcaría en el cumplimiento de los usos del tráfico, el respeto de la ética comercial, la bilateralidad y reciprocidad en la conducta respecto a la persona con la que se establece la relación jurídica, su campo de actuación sería más patrimonial que internacional y si bien será por sí sola fuente de vínculo obligatorio, si sería un punto de referencia y un elemento relevante en determinadas situaciones del campo contractual, posesorio y procesal.

Contrarios a la *bona fides* se consideran en un primer momento aquellas actuaciones afectadas por *fraus* o *dolus malus* y con posterioridad también las actuaciones culposas. La *bona fides* exige, asimismo, interpretar los negocios ateniéndose tanto a la letra como al espíritu de los mismos y acaba configurándose como una regla de conducta debida en las relaciones con la persona con la que entabla la relación jurídica. La *bona fides* acaba funcionando como criterio de responsabilidad de los intervinientes en los negocios, lo que permite concretar la medida de su responsabilidad.

El carácter expansivo de la *bona fides* ha sido, por otra parte, constante, a lo largo de todo el desarrollo del Derecho Romano. La expansión de la buena fe no se ha interrumpido hasta la actualidad, y hoy la buena fe aparece como uno de los principios generales que sirven de fundamento al Ordenamiento, informan la labor interpretativa y contribuyen como decisivo instrumento de integración.

Aborda a continuación el A. el tema de la *bona fides* y *aequitas* como elementos de interpretación y aplicación en los *pacta conventa* reconocidos y protegidos por el *ius pretorium*. Considera que la *fides bona* habría constituido el elemento esencial de los *pacta conventa* en el marco de la contratación con extranjeros, y el más frecuente de estos *pacta* tendría la forma de *pactum vendendi emendi*, un pacto en el que uno vendía y otro compraba. Este pacto tendría como punto de cohesión la *conventio* o *convenire de pretio*, es decir, el acuerdo sobre el precio, el dar a cambio de un precio, *venum dare*, de donde se derivaría la palabra *vendere*, entrega de cosas a cambio de un precio. El *venum dare* se completaría con el *emere*, en la forma de *emptus*, que significaría aprehender mediante compensación. Estos pactos se realizarían originariamente entre extranjeros o entre romanos y extranjeros y serían, con posterioridad, protegidos en el marco del edicto de los pretores peregrinos.

Tales pactos darían lugar a una *exceptio* o, en su caso, *denegatio actionis*, así como a la posibilidad, en caso de discrepancia, de que el pretor sancionare un *arbitrium*, que consistiría en una exigencia de cumplimiento de todo lo que pudiera derivarse de la buena fe en el nacimiento, desarrollo, interpretación y ejecución del pacto, y que sería conocido por uno o varios árbitros nombrados por el pretor, probablemente a propuesta de los intervinientes en el pacto, que podrían exigirse recíprocamente todas las consecuencias de dicha *bona fides*. Cuando, en un momento posterior, se funden los edictos del pretor urbano y del pretor peregrino y se reciben en el *ius civile* instituciones del *ius gentium*, a través de la vía del edicto de los pretores peregrinos, los *arbitria* propios de los *pacta emendi vendendi*, se transformarían en *iudicia bonae fidei*.

El capítulo II finaliza con el estudio del papel de la *bona fides* y de la *aequitas* en el arbitraje de *ius gentium*, en el arbitraje compromisario y en los *iudicia bonae fidei*. La decisión del árbitro compromisario se denominaba *arbitrium* o *aestimatio*, y podía y debía tener en

cuenta todo lo que se derivase de la *bona fides* y de la *aequitas*, no siendo equivalentes las ideas de hacer uso de la equidad en la interpretación de una norma o de una cláusula, y de proceder a un arbitraje de equidad. Conforme al arbitraje de equidad el árbitro decidía originariamente conforme a su leal saber y entender, si bien con posterioridad se establece que debe tener en cuenta criterios de conducta o comportamientos propios del caso concreto. Se produce, asimismo, un progresivo acercamiento entre el arbitraje legal y el de *ius gentium* y el compromisario, en materia de actuaciones y garantías, en relación con el proceso ordinario.

En relación con lo que podría denominarse arbitraje de *ius gentium*, cabría afirmar que probablemente los *pacta conventa* reconocidos y protegidos en el Edicto del pretor peregrino, en caso de discrepancia en su interpretación o aplicación darían lugar al nombramiento de un *arbiter*, por parte del pretor, quizás a propuesta de los intervinientes, que darían su opinión, *arbitrium*, con un margen amplio de discrecionalidad con arreglo a criterios de equidad y buena fe.

El capítulo III se dedica al análisis de los arbitrajes de naturaleza pública (págs. 101-131). Se inicia con unas observaciones preliminares donde el A. destaca al arbitraje privado de índole comercial como el antecedente de los arbitrajes internacional, federal y administrativo. Sigue el estudio del arbitraje internacional, cuyo origen se localiza en Grecia, siendo Sicilia quien mantiene la tradición del arbitraje con posterioridad a su conquista, romanización y conversión en la primera provincia romana. El recurso al arbitraje internacional era de frecuente previsión en las cláusulas contenidas en los tratados de amistad suscritos entre distintas comunidades, a fin de conservar la concordia entre los estados y poner las bases de una buena relación, en especial, en el ámbito de las transacciones mercantiles. El procedimiento arbitral se fundamentaba en mayor medida en los usos y costumbres propios del tráfico mercantil o de la práctica política, que en la equidad o en el *ius*, como sucedía en el arbitraje privado. La reciprocidad internacional y el recurso al uso de la fuerza, habrían tenido en la práctica, una mayor eficacia disuasoria que las disposiciones legales previstas en los supuestos de falta de cumplimiento de la sentencia dictada en un arbitraje privado compromisario. Los árbitros, en la comunidad política romana, habrían integrado el originario colegio de *recuperatores* o *reciperatores* que seguramente habrían tenido su origen en el marco de las controversias surgidas entre Roma y las demás ciudades itálicas y que habría acabado por configurarse como un tribunal, de tres o cinco árbitros, con competencia para conocer los conflictos entre extranjeros, o entre extranjeros y ciudadanos romanos.

A continuación analiza el A. el arbitraje federal, como aquél que tenía lugar en el seno de la federación latina y el que se desarrollaba en el marco de aquellas ciudades aliadas de Roma a las que se reconocía el estatuto jurídico de federadas, *civitates foederatae*, respecto de las que existían diferentes modelos en su posición jurídica respecto de Roma. Distingue entre tratados concertados en pie de igualdad –*foedus aequum*–, con finalidades militares o políticas, y tratados concertados por Roma como potencia dominante –*foedus iniquum*–.

Aborda el A. el arbitraje administrativo que era el que se utilizaba, en el ámbito de las relaciones internas de la comunidad política romana, en los conflictos que se producen entre ciudades de pleno derecho, ciudades libres, ciudades estipendiarias o tributarias, ciudades dependientes o sometidas al poder romano, ciudades integradas en el territorio romano en virtud de tratados, entre municipios o colonias, o bien entre alguna de estas entidades y

ciudadanos romanos o extranjeros residentes en su territorio. Menciona, asimismo, a los árbitros nombrados por las autoridades municipales en los contratos administrativos para conocer especialmente en aquellos supuestos en los que se produzca un incumplimiento de las obligaciones contractuales asumidas o que haya de fijar el importe de los daños sufridos con ocasión de la ejecución del contrato.

Solían ser objeto de arbitraje administrativo supuestos de controversias referidas a límites territoriales, allanamientos de terreno público, conflictos de orden interno entre comunidades públicas, división de cosas comunes, asuntos de naturaleza tributaria o financiera, discordancias surgidas entre ciudadanos y los distintos entes públicos, desviación de ríos públicos, y utilización ilícita de servidumbres, de aguas públicas y de ríos públicos. Por último, señala el A. un largo elenco de casos de arbitraje administrativo contenidos en inscripciones epigráficas, haciendo especial mención del contenido en la denominada *Tabula Contrebiense*.

Cierra el capítulo III el arbitraje legal como fórmula, de naturaleza mixta, de resolución de conflictos, es decir, aquél en el que, el árbitro, elegido por las partes y nombrado o convalidado por el magistrado, o bien designado de forma directa por el magistrado, interviene para dar su opinión, en determinados tipos de asuntos previstos por la ley. El árbitro tendría una amplia discrecionalidad en su decisión, si bien, no podría decidir al margen de la legalidad vigente. La sentencia tendría carácter ejecutivo.

El capítulo IV se dedica al estudio de las bases romanísticas del arbitraje actual: análisis de las concordancias entre el derecho justiniano y la legislación vigente en materia de arbitraje (págs. 133-197). Destaca la base romanística del arbitraje actual, en atención a la similitud existente entre numerosos textos romanos y las normas reguladoras de los distintos aspectos y soluciones previstas en la ley española de arbitraje, Ley 60/2003 de Arbitraje, de 23 de diciembre, modificada por Ley 11/2011, de 20 de mayo, y en el arbitraje internacional.

Seguido el A. analiza pormenorizadamente las líneas maestras del arbitraje compromisario romano en la normativa del texto legal vigente en la legislación española. Con carácter general subraya el mayor grado de reconocimiento de la autonomía de la voluntad de las partes, así como una mayor discrecionalidad en la actuación del árbitro en Derecho Romano frente al carácter imperativo de muchas de las normas existentes en el arbitraje actual.

- Materias objeto de arbitraje.

Se consideran materias, en los textos romanos, no susceptibles de arbitraje: el conocimiento de los delitos públicos, así como de aquellos delitos cuya condena suponga infamia, de las causas relativas a la libertad de las personas y de las actuaciones que sean objeto de persecución mediante acciones populares (D. 4. 8. 32. 6, D. 4. 8. 32. 7).

Art. 2. 1 LA.: «Son susceptibles de arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho».

- Funciones de apoyo y control judicial del arbitraje.

Con anterioridad a la tipificación legal del arbitraje en el Edicto pretorio, las partes comprometidas no podían dirigirse al magistrado para obligar al árbitro a dictar sentencia. La intervención pretoria se manifestaba bien prohibiendo al árbitro que dictase sentencia o

que ejecutase la ya dictada, bien obligándole a que la dictase, o bien sancionándole mediante multa o embargo de bienes, si se negase, de forma injustificada, a pronunciarse sobre el fondo del asunto (D. 4. 8. 3). El magistrado controla el cumplimiento de las condiciones de validez del *compromissum* y del *receptum*, mediante una *cognitio* de las circunstancias que se le plantean. Se produce con todo ello una paulatina aproximación del arbitraje al juicio, respecto del que se comienza ya a configurar el arbitraje privado como un complemento y una alternativa en la resolución de conflictos.

La previsión legal referente a las funciones de apoyo y control del arbitraje se regula en los artículos 8 LA, artículo 33 relativo a la Asistencia judicial para la práctica de pruebas y artículo 722 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

- Forma y contenido del compromiso arbitral.

En ocasiones el compromiso se contiene en un mero pacto (D. 4. 8. 3), si bien, solía añadirse una estipulación, penal o pura (D. 4. 8. II. 2, D. 4. 8. 2).

La LA. prevé la forma en el artículo 9. 1: «El convenio arbitral, que podrá adoptar la forma de cláusula incorporada a un contrato o de acuerdo independiente...» 3: «El convenio arbitral deberá constar por escrito, en un documento firmado por las partes o en un intercambio de cartas, telegramas, telex, fax u otros medios de telecomunicación que dejen constancia del acuerdo».

En relación con el contenido cabe señalar: a) la determinación del objeto de la controversia sometida a arbitraje, b) la elección de árbitro o árbitros, c) el sometimiento de las partes a la decisión de éstos sobre el fondo de la controversia y d) el tiempo y el lugar en que debe realizarse el arbitraje. Podía ser objeto de compromiso una controversia concreta entre partes o todas las existentes entre quienes llegan al acuerdo compromisorio. Cabía que al árbitro se le encargase por las partes la decisión de diversas controversias que podían, o no, tener algún elemento común entre sí, en cuyo caso era determinante saber si el compromiso era de que dictase sentencia a la vez sobre todos los asuntos pendientes, o no se requería esta exigencia (D. 4. 8. 21 pr.).

El objeto de la controversia constituye, por tanto, uno de los aspectos esenciales del convenio arbitral. En su concreción, la voluntad de las partes se configura como el único elemento determinante, lo que constituye una diferencia relevante con la mecánica propia del juicio ordinario.

La LA., en su artículo 9. 1: «El convenio arbitral... deberá expresar la voluntad de las partes de someter a arbitraje todas o alguna de las controversias que hayan surgido o puedan surgir respecto de una determinada relación jurídica, contractual o extracontractual».

- Arbitraje testamentario.

La conexión entre la materia testamentaria y el arbitraje se manifiesta ya en la Ley de las XII Tablas, del siglo V a.C., *legis actio per (iudicis) arbitri postulationem*, para los supuestos en los que se planteaba una controversia en la división de una herencia entre coherederos o legatarios. El árbitro, en estos casos, juzgaría con una mayor discrecionalidad que la atribuida al juez ordinario, más próxima a la equidad que a las normas propias del derecho estricto, y la sentencia arbitral, al igual que la judicial, probablemente tendría carácter ejecutivo.

El arbitraje testamentario se recoge en el artículo 10 LA.: «También será válido el arbitraje instituido por disposición testamentaria para solucionar diferencias entre herederos no forzosos o legatarios para cuestiones relativas a la distribución o administración de la herencia».

- Demanda ante un Tribunal sobre un asunto sometido a arbitraje.

En Derecho Romano, si un asunto se somete a arbitraje y antes de iniciarse el procedimiento arbitral o sin haberse éste resuelto mediante sentencia, se inicia un proceso sobre el fondo de la cuestión por alguna de las partes, la parte que incoa el procedimiento deberá pagar la pena, o la indemnización por daños e intereses, prevista en las estipulaciones, y el magistrado procederá a iniciar el conocimiento del asunto.

¿Dictada sentencia arbitral, puede cualquiera de las partes acudir a la jurisdicción ordinaria y replantear de nuevo el asunto? A finales de la época clásica se puede oponer la excepción como de compromiso, en la línea de la actual declinatoria, recogida en el artículo 11 LA.: «El convenio arbitral obliga a las partes a cumplir lo estipulado e impide a los tribunales conocer de las controversias sometidas a arbitraje, siempre que la parte a quien interese lo invoque mediante declinatoria».

4. De los árbitros: A) Capacidad para ser árbitro, B) Nombramiento y número de árbitros. Adopción de decisiones colegiadas, C) Excusas del arbitraje: motivos de abstención y recusación, D) responsabilidad arbitral. Provisión de fondos.

a) Capacidad para ser árbitro.

Solo podían ser árbitros aquellas personas que tuviesen plena capacidad de obrar negocial. No podían, en consecuencia, asumir un arbitraje: a) los menores sometidos a tutela o a patria potestad, ni los menores de 20 años, salvo con consentimiento. expreso de las partes, siempre que el árbitro sea mayor de 18 años (D. 4. 8. 41, D. 4. 8. 5), c) los sordos, los mudos y los que padecen locura (D. 4. 8. 9. 1), d) el juez que conoce un asunto no puede asumir la función de árbitro del mismo. En el caso de incapacidad sobrevenida de una de las partes durante el desarrollo del arbitraje, el árbitro no debe dictar sentencia (D. 48. 47. 1).

El artículo 13 LA. dispone: «Pueden ser árbitros las personas naturales que se hallen en el pleno ejercicio de sus derechos civiles, siempre que no se lo impida la legislación a la que pueden estar sometidos en el ejercicio de su profesión.. ». En la reforma de la LA de mayo de 2011 relativa al art. 15. 1, se sustituye el requisito de ser abogado en ejercicio para arbitrar en derecho, por la condición de jurista, que deberá ostentar todo árbitro único y al menos uno de los tres árbitros que formen un tribunal arbitral. No obstante, las distintas cortes de arbitraje pueden exigir requisitos concretos.

b) Nombramiento y número de árbitros. Adopción de decisiones colegiadas.

Las partes podían designar libremente el número de árbitros, uno o varios, si bien lo usual, y lo que se recomendaba a las partes, era que el número fuese impar (D. 48. 16. 6).

El artículo 12 LA. establece, con carácter obligatorio, que el número de árbitros debe ser impar: « Las partes podrán fijar libremente el número de árbitros, siempre que sea impar. A falta de acuerdo se designará un solo árbitro».

c) Excusas del arbitraje: motivos de abstención y recusación.

El Derecho Romano prevé, de forma casuística, distintos motivos de abstención y recusación, previo conocimiento y autorización del magistrado (D. 4. 8. 15, D. 50. 5. 13 pr., D. 2. 11. 2. 3, D. 5. 1. 46, D. 4. 8. 32. 14, D. 4. 8. 9. 5, D. 4. 8. 10, D. 4. 8. 11 pr., D. 4. 8. 16. 1, D. 4. 8. 9. 2, D. 4. 8. 51): a) si hubiese sido difamado por los litigantes (D. 4. 8. 15), b) si hubiese una enemistad manifiesta entre él y los litigantes, o con alguno de ellos, c) por razón de edad, d) de una enfermedad sobrevenida prolongada, e) por la necesaria atención a los negocios propios, f) por un viaje urgente, g) por el ejercicio de las funciones propias de un cargo público, h) por cualquier otro impedimento surgido con posterioridad a la aceptación del arbitraje, i) cuando uno de los litigantes plantee la controversia, pendiente de resolución arbitral, ante un juez ordinario o ante otro árbitro, j) cuando el árbitro tenga pendiente un juicio propio que le impida ocuparse del arbitraje, k) cuando el juez que asume el arbitraje de un asunto que está conociendo como juez, l) el árbitro que asume el arbitraje de un asunto propio.

El artículo 17 LA. establece los siguientes motivos de abstención y recusación: 1) Todo árbitro debe ser y permanecer durante el arbitraje independiente e imparcial. En todo caso no podrá mantener con las partes relación personal, profesional o comercial. 2) La persona propuesta para ser árbitro deberá revelar todas las circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas sobre su imparcialidad e independencia. El árbitro, a partir de su nombramiento, revelará a las partes sin demora cualquier circunstancia sobrevenida. 3) Un árbitro solo podrá ser recusado si concurren en él las circunstancias que den lugar a dudas justificadas sobre su imparcialidad e independencia, o si no posee las cualificaciones convenidas por las partes. Una parte solo podrá recusar al árbitro nombrado por ella, o en cuyo nombramiento haya participado, por causas de las que haya tenido conocimiento después de su designación.

d) Responsabilidad arbitral. Provisión de fondos.

En Derecho Romano los árbitros compromisarios no estaban obligados a aceptar el encargo de arbitraje, pero si lo aceptaban, quedaban obligados a dictar sentencia, salvo que exista justa causa (D. 4. 8. 3. 1, D. 4. 8. 3. 3). Dicha obligación se condicionaba a la existencia y validez efectiva del compromiso *inter partes*. En caso contrario, está previsto como sanción: a) la imposición de una multa, que se configura como sanción de derecho público administrativo, o b) un embargo de bienes específicos o tomas de cosas del árbitro en garantía (D. 4. 8. 30, D. 4. 8. 9. 5). En el arbitraje compromisario el criterio de responsabilidad es subjetivo, es decir, la exigencia de responsabilidad se circunscribe al dolo y a la culpa. La condición de árbitro era personal e intransferible (D. 4. 8. 45), lo que no excluye la obligación al heredero de cumplir la sentencia o de satisfacer, en su caso, la pena estipulada (D. 4. 8. 27. 1). En época clásica, el arbitraje se realiza gratuitamente, lo que contrasta con el carácter remunerado en época postclásica (D. 4. 11. 7 pr., C. J. 12. 19. 1).

En el artículo 21 LA. se establece: 1) La aceptación obliga a los árbitros y, en su caso, a la institución arbitral, a cumplir fielmente el encargo, incurriendo, si no lo hicieren, en responsabilidad por los daños y perjuicios que causaren por mala fe, temeridad o dolo. En los arbitrajes encomendados a una institución, el perjudicado tendrá acción directa contra la misma, con independencia de las acciones de resarcimiento que asistan a aquélla contra los árbitros. 2) Salvo pacto en contrario, tanto los árbitros como la institución arbitral podrán exigir a las partes las provisiones de fondos que estimen necesarias para atender a los honorarios y gastos de los árbitros y a los que puedan producirse en la administración del arbitraje.

5. De la sustanciación de las actuaciones arbitrales.

a) Inicio. Determinación del procedimiento.

La idea motriz del arbitraje romano es la de la autonomía de la voluntad y el acuerdo *inter partes* (D. 4. 8. 32. 21).

El artículo 27 LA. Inicio del arbitraje: «Salvo que las partes hayan convenido otra cosa, la fecha en que el demandado haya recibido el requerimiento de someter la controversia a arbitraje se considerará la del inicio del arbitraje».

El artículo 29 LA: Demanda y contestación: «Dentro del plazo convenido por las partes o determinado por los árbitros y a menos que las partes hayan acordado otra cosa respecto del contenido de la demanda y de la contestación, el demandante deberá alegar los hechos en que se funda, la naturaleza y circunstancias de la controversia y las pretensiones que formula y el demandado podrá responder a lo planteado en la demanda...».

b) Lugar del arbitraje. Comparecencia de las partes.

El lugar en el que se va a desarrollar el arbitraje será el fijado por las partes, y a falta de acuerdo entre éstas, será determinado por los árbitros (D. 4. 8. 21. 10). El árbitro puede citar a las partes, en determinados casos, para la sustanciación de las actuaciones en un lugar próximo a la ciudad en la que se hubiese acordado el compromiso (D. 4. 8. 21 *in fine*).

El artículo 26. 1. LA.: «Las partes podrán determinar libremente el lugar del arbitraje. A falta de acuerdo, lo determinarán los árbitros, atendidas las circunstancias del caso y la conveniencia de las partes». 2. «Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado anterior, los árbitros podrán, previa consulta a las partes y salvo acuerdo en contrario de éstas, reunirse en cualquier lugar que estimen apropiado para oír a los testigos, a los peritos o a las partes, o para examinar o reconocer objetos, documentos o personas. Los árbitros podrán celebrar deliberaciones en cualquier lugar que estimen oportuno».

En cuanto a la comparecencia de las partes, cabe señalar que en D. 4. 8. 27. 4 se prevé la necesaria presencia de las partes en el momento de dictar la sentencia y las consecuencias del incumplimiento, salvo que exista justa causa para la no comparecencia. Las partes podrán comparecer ante el árbitro por sí mismas o por medio de representante (D. 4. 8. 47-48 y 49 pr.).

El artículo 31 LA. Falta de comparecencia de las partes: «Salvo acuerdo en contrario de las partes, cuando, sin alegar causa suficiente a juicio de los árbitros: a) el demandante no presente su demanda en plazo, las partes darán por terminadas las actuaciones, a menos que,

oído el demandado, este manifieste su voluntad de ejercitar alguna pretensión. b) el demandado no presente su contestación en plazo, los árbitros continuarán las actuaciones, sin que esa omisión se considere como allanamiento o admisión de los hechos por el demandante. c) que las partes no comparezcan a una audiencia o no presenten pruebas, los árbitros podrán continuar las actuaciones y dictar el laudo con fundamento en las pruebas de que dispongan».

6. Del procedimiento del laudo y de la terminación de las actuaciones: a) Normativa aplicable al fondo de la controversia: Equidad o Derecho, b) Plazo. Forma. Contenido y notificación de la sentencia arbitral, c) Terminación de las actuaciones. Extinción del compromiso, d) Corrección, aclaración y complemento de la sentencia arbitral.

a) Normativa aplicable al fondo de la controversia: Equidad o Derecho.

El árbitro compromisario romano decidía conforme a criterios de equidad, con una discrecionalidad y un libre arbitrio que lo distinguía del juez romano, si bien no parece razonable pensar que la sentencia pudiera ser totalmente contraria al derecho objetivo.

El artículo 34 LA. Normas aplicables al fondo de la controversia 1. «Los árbitros solo decidirán en equidad si las partes les han autorizado expresamente para ello».

b) Plazo. Forma. Contenido y notificación de la sentencia arbitral.

Son las partes comprometidas las que deciden el plazo y la prórroga para dictar la sentencia arbitral, por acuerdo entre ellas o con intervención arbitral (D. 4. 8. 14).

En D. 4. 8. 13. 3 se equiparan los días hábiles judiciales a los días hábiles para dictar sentencia arbitral. La posible prórroga del plazo para dictar sentencia debe estar prevista en el pacto de compromiso, o ser acordada por las partes en un momento posterior, salvo en aquellos casos previstos en la legislación específica (D. 4. 8. 32. 21, D. 4. 8. 13. 4, D. 4. 8. 16, D. 4. 8. 27, D. 4. 8. 33, D. 4. 8. 11. 5).

Art. 37. Plazo, forma, contenido y notificación del laudo. 1 «Salvo acuerdo en contrario de las partes, los árbitros decidirán la controversia en un solo laudo o en tantos laudos parciales como estimen necesarios. 2. Si las partes no hubieran dispuesto otra cosa, los árbitros deberán decidir la controversia dentro de los seis meses siguientes a la fecha de presentación de la contestación a que se refiere el artículo 29 o de expiración del plazo para presentarla. Salvo acuerdo en contrario de las partes, este plazo podrá ser prorrogado por los árbitros, por un plazo no superior a dos meses, mediante decisión motivada. Salvo acuerdo contrario de las partes, la expiración del plazo sin que se haya dictado laudo definitivo no afectará a la eficacia del convenio arbitral ni a la validez del laudo dictado, sin perjuicio de la responsabilidad en que hayan podido incurrir los árbitros». (La redacción de este segundo párrafo responde a la reforma de mayo de 2011).

Mediante sentencia el árbitro decide la cuestión litigiosa (D. 4. 8. 13. 1). La sentencia arbitral en la época clásica, no tenía necesariamente que consistir en una cantidad de dinero, sino que podían tener una naturaleza diversa (D. 4. 8. 39 pr.). Dictada la sentencia arbitral, se concede un breve plazo para su cumplimiento (D. 4. 8. 21. 12, D. 44. 7. 23).

A la responsabilidad patrimonial o penal en la que incurren los comprometidos derivada de la no comparecencia, la falta de colaboración con el árbitro, la negativa a cumplir

la sentencia arbitral o el inicio de un proceso ordinario pendiente la resolución de la cuestión por parte del árbitro elegido, se refieren numerosos textos: D. 4. 8. 2, D. 4. 8. 9. 2, D. 4. 8. 21. 12, D. 4. 8. 27. 3, D. 4. 8. 44, D. 4. 8. 21. 9.

c) Terminación de las actuaciones. Extinción del compromiso.

En D. 4. 8. 32. 3 se hace mención de determinados supuestos de cesación del acuerdo compromisario. En D. 4. 8. 32. 5 se menciona asimismo la transacción entre las partes como causa de extinción del compromiso. En D. 4. 8. 14 se hace asimismo referencia al plazo previsto para la resolución de la controversia mediante arbitraje. En C. J. 2. 56 se afirma que la sentencia dictada con posterioridad al plazo fijado es nula.

En relación con la muerte cabe señalar el carácter personalísimo del compromiso (D. 4. 8. 45, D. 4. 8. 27. 1, D. 4. 8. 49. 2). La muerte del árbitro también conlleva la extinción del compromiso (D. 4. 8. 40)

El compromiso arbitral cesará también cuando las partes acuerden, en cualquier momento del procedimiento, la terminación de las actuaciones derivadas del pacto compromisario (D. 4. 8. 32. 3). La declaración expresa, por parte del litigante victorioso, de cumplimiento de la sentencia arbitral o de la pena prevista, por parte del otro litigante, constituye asimismo otra causa de extinción del compromiso (D. 4. 8. 13 pr.).

Art. 38 LA. Terminación de las actuaciones: «1... Las actuaciones arbitrales terminarán y los árbitros cesarán en sus funciones con el laudo definitivo. 2. Los árbitros también ordenarán la terminación de las actuaciones cuando: a) El demandante desista de su demanda, a menos que el demandado se oponga a ello y los árbitros le reconozcan un interés legítimo en obtener una solución definitiva del litigio. B) Las partes acuerden dar por terminadas las actuaciones. C) los árbitros comprueben que la prosecución de las actuaciones resulta innecesaria o imposible».

d) Corrección, aclaración y complemento de la sentencia arbitral.

El árbitro no podía alterar su sentencia, ni aunque hubiese incurrido en error al dictarla, aunque sí los términos propios de la preparación de la causa (D. 4. 8. 19. 2, D. 4. 8. 20).

Art. 39 LA: «Dentro de los 10 días siguientes a la notificación del laudo, salvo que las partes hayan acordado otro plazo, cualquiera de ellas podrá, con notificación a la otra, solicitar a los árbitros: a) La corrección de cualquier error de cálculo, de copia, tipográfico o de naturaleza similar. B) La aclaración de un punto o de una parte concreta del laudo. C) El complemento del laudo respecto de peticiones formuladas y no resueltas en él. D) La rectificación de la extralimitación parcial del laudo, cuando se haya resuelto sobre cuestiones no sometidas a su decisión o sobre cuestiones no susceptibles a arbitraje».

7. De la anulación y ejecución de la sentencia arbitral: a) De la anulación de la sentencia arbitral. Recursos. b) De la ejecución de la sentencia. Efectos de cosa juzgada.

a) De la anulación de la sentencia arbitral. Recursos.

La sentencia arbitral era, en línea de principio, inapelable en Derecho Romano (D. 4. 8. 27. 2, C. J. 2. 56).

En relación con la anulación de la sentencia arbitral en Derecho Romano, cabe señalar los siguientes textos:

- Si se lograba probar que el árbitro había actuado de mala fe resultaba lícito la revocación de la sentencia arbitral por parte del magistrado (D. 4. 8. 32. 14). La excepción de dolo malo, solo podía oponerse frente a la *actio ex stipulatu* ejercitada por el beneficiario del laudo arbitral en aquéllos casos en los que el árbitro dicta una sentencia manifiestamente parcial e injusta, en perjuicio de uno de los litigantes (C. J. 2. 56. 3).

- Cuando es manifiesta la venalidad o corrupción del árbitro, el pretor no puede obligar al árbitro a dictar sentencia (D. 4. 8. 9. 3).

- El conocimiento de cuestiones no previstas en el convenio de arbitraje o no susceptibles de arbitraje, no resultaba lícito, pero no invalidaba aquellos aspectos que las partes habían sometido a la decisión arbitral (D. 4. 8. 32. 15, D. 32. 13. 17, D. 4. 8. 21. 8, C. J. 2. 55. 1).

En la reforma de la Ley de Arbitraje de mayo de 2011, se afirma en el apartado II del Preámbulo: «Salvo acuerdo en contrario de las partes, la expiración del plazo sin que se haya dictado laudo definitivo no afectará a la eficacia del convenio arbitral ni a la validez del laudo dictado, sin perjuicio de la responsabilidad en que hayan podido incurrir los árbitros».

- No es válida una sentencia indeterminada (D. 4. 8. 21. 3). Tampoco resulta válida la sentencia consistente en una mera valoración o indicación no decisoria de la controversia (D. 4. 8. 19. 1).

- No es válida la sentencia cuando se condiciona por las partes la resolución arbitral (D. 4. 8. 17. 3).

- No es válida la sentencia dictada sobre asuntos propios del árbitro (D. 4. 8. 51).

- No es válida la sentencia no pronunciada en presencia de las partes, salvo acuerdo en contrario (D. 4. 8. 27. 4).

Si el *arbitrium* era *boni viri* cabía la posibilidad de impugnar en juicio la decisión arbitral (D. 17. 2. 79).

Art. 40 LA. Acción de anulación del laudo: «Contra un laudo definitivo podrá ejercitarse la acción de anulación en los términos previstos en este título».

Art. 41 LA. Motivos: 1. El laudo solo podrá ser anulado cuando la parte que solicite la anulación alegue y pruebe: a) Que el convenio arbitral no existe o no es válido. b) Que no ha sido debidamente notificada la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales o no ha podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos. c) Que los árbitros han resuelto sobre cuestiones no sometidas a su decisión. Que la designación de los árbitros o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo entre las partes, salvo que dicho acuerdo fuera contrario a una norma imperativa de esta ley, o, a falta de dicho acuerdo, que no se han ajustado a esta ley. d) Que los árbitros han resuelto sobre cuestiones no susceptibles de arbitraje. e) Que el laudo es contrario al orden público.

a) De la ejecución de la sentencia. Efectos de cosa juzgada.

En la etapa del derecho clásico, el arbitraje compromisario no generaba una acción ejecutiva, sino que era necesario, dictada la sentencia arbitral, acudir a la mecánica de las recíprocas estipulaciones de cumplimiento de lo acordado, o penales. En la época postclásica, el pacto de compromiso, se desvincula de las estipulaciones, siendo cada vez más infrecuente su utilización como garantía de cumplimiento del acuerdo, y la pena se convierte en elemento esencial del acuerdo y de cumplimiento de la sentencia arbitral. En la etapa justiniana, se reconoce a la sentencia arbitral naturaleza de título ejecutivo y se le dota de eficacia de cosa juzgada. Para que la sentencia arbitral tenga el mencionado carácter ejecutivo, se requiere que las partes y el árbitro hayan prestado juramento (C. J. 2. 55. 4. 1). El mismo carácter ejecutivo tendrá la sentencia arbitral cuando sea solo el árbitro, y no las partes, quien haya prestado juramento (C. J. 2. 55. 4. 3).

En las Partidas, III. 4. 23, se mantiene básicamente la concepción romana. En el derecho castellano la primera manifestación conocida de que los laudos arbitrales habrían de tener fuerza ejecutiva por sí mismos se encuentra en una ley de Enrique IV, promulgada en Madrid en 1458, que mantuvo su vigencia hasta el siglo XIX. El artículo 281 de la Constitución de 1812 atenuó la fuerza ejecutiva de la sentencia arbitral al establecer que: «La sentencia que dieran los árbitros se ejecutará si las partes al hacer el compromiso no se hubiesen reservado el derecho a apelar».

De la revisión del laudo. Artículo 43 LA: «El laudo firme produce efectos de cosa juzgada y frente a él solo cabrá ejercitar la acción de anulación y, en su caso, solicitar la revisión conforme a lo establecido en la Ley 1/2000, de 7 de febrero, de Enjuiciamiento Civil para las sentencias firmes».

De la ejecución forzosa del laudo. Artículo 44 LA: «La ejecución forzosa de los laudos se regirá por lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil y en este título».

Afirma el A. que en este último capítulo ha glosado algunos textos romanos en la materia y destacado aquellos que mantienen su vigencia actual. Son textos clásicos y, por tanto, imperecederos, que expresan principios y reglas que han sido incorporados, buen número de ellos, en los preceptos jurídicos de las leyes de arbitraje de los distintos países, entre ellos el nuestro.

Concluye el A. afirmando que es consciente que la profundidad de un estudio histórico sobre una figura de naturaleza interdisciplinar de la relevancia del arbitraje, genera inevitablemente lagunas y controversias en los distintos aspectos abordados en su Discurso. Es por ello, y por la satisfacción que le produce el estudio de esta materia, que espera dedicar al arbitraje una especial atención en mi su labor de investigación en los próximos años.

La monografía finaliza con la contestación del Excmo. Sr. D. Luis Díez-Picazo y Ponce de León, Presidente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, al Discurso de ingreso en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación del Excmo. Sr. D. Antonio Fernández de Buján.

Podemos decir, con satisfacción, que estamos ante una excelente obra que reúne claridad expositiva y rigor científico, que se lee con gran interés y sugiere otros muchos comentarios que no hemos podido hacer por impedirlo la forzosa limitación de una reseña.