

# Bases romanísticas del arbitraje actual. Análisis de las concordancias entre el Derecho justinianeo y la legislación vigente en materia de arbitraje

## *Bases of Today's Arbitration in Roman Law. Analysis of Concordances Between the Law Under Justinian and Today's Legislation in Matters of Arbitration*

por

ANTONIO FERNÁNDEZ DE BUJÁN Y FERNÁNDEZ\*

**RESUMEN:** El presente trabajo tiene por objeto poner de relieve las concordancias existentes entre los textos jurídicos romanos y la regulación actual en materia de arbitraje, Ley 60/2003 de Arbitraje, de 23 de diciembre, modificada por Ley 11/2011, de 20 de mayo, al objeto de delimitar la pervivencia, en su caso, de las líneas maestras del arbitraje compromisario romano en la normativa del texto legal vigente en la legislación española.

---

\* Antonio FERNÁNDEZ DE BUJÁN Y FERNÁNDEZ es Catedrático de Derecho romano de la Universidad Autónoma de Madrid y Académico de Número de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación. El presente estudio se corresponde con el Capítulo IV de su Discurso de Ingreso en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, el 20 de enero de 2014.

*ABSTRACT: The concordances between Roman legal texts and current arbitration regulations (Spanish Act 60/2003 of 23 December on arbitration, amended by Spanish Act 11/2011 of 20 May) are highlighted to show where the master lines of Roman arbitration survive in prevailing Spanish law today.*

**PALABRAS CLAVE:** Arbitraje. Derecho justiniano.

**KEY WORDS:** Arbitration. Roman law under Justinian.

**SUMARIO:** I. OBSERVACIONES PRELIMINARES.—II. DISPOSICIONES GENERALES (TÍTULO I, LA): A) MATERIAS OBJETO DE ARBITRAJE. B) FUNCIONES DE APOYO Y CONTROL JUDICIAL DEL ARBITRAJE.—III. DEL CONVENIO ARBITRAL (TÍTULO II): A) FORMA Y CONTENIDO DEL COMPROMISO ARBITRAL. B) ARBITRAJE TESTAMENTARIO. C) DEMANDA ANTE UN TRIBUNAL SOBRE UN ASUNTO SOMETIDO A ARBITRAJE.—IV. 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.—V. DE LA SUSTANCIACIÓN DE LAS ACTUACIONES ARBITRALES (TÍTULO IV): A) INICIO. DETERMINACIÓN DEL PROCEDIMIENTO. B) LUGAR DEL ARBITRAJE. COMPARCENCIA DE LAS PARTES.—VI. DEL PRONUNCIAMIENTO DEL LAUDO Y DE LA TERMINACIÓN DE LAS ACTUACIONES: A) NORMATIVA APPLICABLE AL FONDO DE LA CONTROVERSIAS: 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.—VII. 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. DE LA COSA JUZGADA.

## I. OBSERVACIONES PRELIMINARES

Del análisis de las concordancias examinadas entre el Derecho romano justiniano y la legislación actual en materia de arbitraje, cabe deducir 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 y en el arbitraje internacional<sup>1</sup>.

## II. DISPOSICIONES GENERALES (TÍTULO I, LA)

Con carácter general, cabe subrayar que en el Derecho romano hay un mayor grado de reconocimiento de la autonomía de la voluntad de las partes en la configuración del arbitraje, así como un mayor reconocimiento de la discrecionalidad en la actuación arbitral que la existente en el arbitraje moderno<sup>2</sup>, que se caracteriza, en esencia, por el carácter imperativo de muchas de las normas aplicables al arbitraje, que quedan fuera, por tanto, de la disponibilidad de las partes, en aras de una mayor seguridad jurídica y del reforzamiento de las garantías de los intervinientes<sup>3</sup>.

### A) 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.

Así en: D. 4.8.32.6: «Escribe Juliano, sin hacer distinción, que si se recurríó a un árbitro por error para que decida sobre algún delito, cuya condena supone infamia, o sobre asunto respecto del que exista acción pública (así sobre adulterios, asesinatos o cosas semejantes), debe impedir el pretor que se dicte sentencia o que se ejecute la ya dictada». D. 4.8.32.7: «Cuando el compromiso recae sobre una causa relativa a la libertad de una persona, con razón no debe obligarse al árbitro a dictar sentencia, porque la consideración que se debe a la libertad exige que el enjuiciamiento se atribuya a jueces superiores. Lo mismo ha de decirse si la cuestión afecta al nacimiento o no en libertad o a la condición de liberto, y cuando se alega que se debe la libertad por razón de fideicomiso. Lo mismo cabe afirmar respecto de las acciones populares».

Artículo 2. LA. Materias objeto de arbitraje. Artículo 2.1: «Son susceptibles de arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho».

### B) FUNCIONES DE APOYO Y CONTROL JUDICIAL DEL ARBITRAJE

Con anterioridad a la tipificación legal del arbitraje en el edicto pretorio, las partes compromitentes no podían dirigirse al magistrado para obligar al árbitro a dictar sentencia.

En la regulación del arbitraje compromisario previsto en los edictos de los pretores, se habría contemplado, como una de las primeras disposiciones, la tipificación, como obligación legal, de la aceptación del árbitro, *receptum*,

dirigida a dirimir una controversia *inter partes* mediante el pronunciamiento de una sentencia, lo que produce, entre otros efectos, que el árbitro no pueda, sin justa causa, renunciar al ejercicio de su función, que el magistrado intervenga en los casos de actuación dolosa o negligente del árbitro en el curso del procedimiento arbitral y, que sancione, mediante multa<sup>4</sup> o embargo de bienes, la negativa injustificada del árbitro a pronunciarse sobre el fondo del asunto que se le plantea<sup>5</sup>, con lo que ello supone de injerencia y control por parte de los pretores, en el ejercicio de su potestad jurisdiccional —y una vez suprimida esta función pretoria, por parte de los jueces, titulares de la potestad jurisdiccional— de la actuación arbitral.

El principal problema existente con anterioridad a la previsión del compromiso arbitral en el texto edictal era la ausencia de medios jurídicos para obligar al árbitro al cumplimiento de su función, si bien la intervención del pretor en garantía de cumplimiento de la actuación del árbitro suele producirse más que de oficio<sup>6</sup> a instancia de parte, en lo que puede considerarse como un reforzamiento de la posición de las partes frente al árbitro.

La intervención pretoria se manifestaba bien prohibiendo al árbitro que dictase sentencia o que ejecutase la ya dictada<sup>7</sup>, bien obligándole a que la dictase, o bien sancionándole mediante multa<sup>8</sup> o embargo de bienes, si se negase, de forma injustificada, a pronunciarse sobre el fondo del asunto<sup>9</sup>. Conforme se afirma en D. 4.8.3: «Aunque el pretor no obligará a nadie a asumir la función de árbitro, porque la asunción de tal condición es libre e independiente y está fuera de la coacción del magistrado, sin embargo, tan pronto como se acepta el arbitraje, el pretor procurará que la función de árbitro se desempeñe con cuidado y solicitud...».

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, así: las condiciones de capacidad de las partes, de sus representantes, y del árbitro, el objeto del compromiso, las materias que no podían ser objeto de arbitraje, excusas del arbitraje, etc.<sup>10</sup>. Por otra parte, si bien lo usual es que la elección del árbitro se realice por las partes, en ocasiones la designación se atribuye al magistrado. El magistrado concede, asimismo, determinadas acciones y poderes a las partes y al árbitro.

Se produce con todo ello una paulatina aproximación del arbitraje al juicio<sup>11</sup>, respecto del que se comienza ya a configurar el arbitraje privado como un complemento y una alternativa en la resolución de conflictos, al propio tiempo que tiene lugar un progresivo alejamiento de la institución arbitral de la mediación y la transacción, en cuyo marco se había desenvuelto el arbitraje en los primeros tiempos, con lo que ello supone de cambio sustancial en la naturaleza del arbitraje.

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<sup>12</sup>.

### III. DEL CONVENIO ARBITRAL (TÍTULO II)

#### A) FORMA Y CONTENIDO DEL COMPROMISO ARBITRAL

Forma. En ocasiones el compromiso se contiene en un mero pacto, nudo pacto, D. 4.8.3 (Ulp. 13 ed), si bien lo más frecuente es que el pacto de compromiso se refuerce mediante el intercambio de estipulaciones penales entre las partes. Cabe, asimismo, que la estipulación no sea penal, sino pura. La pena prevista en la *stipulatio* podía consistir en una cantidad de dinero o en otra cosa, así en D. 4.8.11.2 (Ulp. 13 ed.). Cabe incluso que uno prometa una cosa y el otro dinero, así en D. 4.8.2, *in fine*<sup>13</sup>.

Observa MURGA que tras el estudio de los documentos de Herculano, en donde se recogen varios tipos de estipulaciones, pudo comprobarse que no existía para los mismos una única fórmula<sup>14</sup>. Es decir, no serían exigibles palabras solemnes determinadas, *verba solemnia* en el intercambio de las preguntas y respuestas en las que consistía la estipulación que se realizaba al propio tiempo que el acuerdo de arbitraje, *stipulatio compromissi*, y que tenía la virtualidad de convertir en obligatoria una convención lícita entre personas capaces de contratar, pero no exigible ante el magistrado jurisdiccional, como era el acuerdo de someter a un árbitro la decisión de una controversia.

El papel que en buena medida cumplían en Derecho romano las preguntas y respuestas en las que consistían las estipulaciones realizadas entre las partes que formalizaban un arbitraje, constituye la referencia histórica más precisa de la previsión contenida en el artículo 9.3 LA, atinente al convenio arbitral: «Se considerará que hay convenio arbitral cuando en un intercambio de escritos de demanda y contestación, su existencia sea afirmada por una parte y no negada por la otra».

Artículo 9.1. LA: «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».

Contenido. En relación con el contenido, cabe señalar que los principales aspectos sobre los que versaba el acuerdo de compromiso o convenio arbitral radicaban, como ya ha sido señalado, en:

- 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 estos sobre el fondo de la controversia y
- d) El tiempo y el lugar en que debe realizarse el arbitraje, que constituían asimismo elementos integrantes del contenido del compromiso.

Podía ser objeto de compromiso una controversia concreta entre partes o todas las existentes entre quienes llegan al acuerdo compromisario. A este último supuesto se refieren los textos como *compromissum plenum*<sup>15</sup>.

Así en D. 4.8.21.6: «Llámase compromiso pleno al que versa sobre asuntos varios controvertidos, dado que se refiere a todas las controversias, pero si se discute sobre una sola, aunque se haya hecho un compromiso pleno, subsisten, sin embargo, las acciones nacidas de las demás causas...». Del texto mencionado cabe deducir que el árbitro deberá decidir sobre todas las discordancias, presentes o futuras, que se deriven de la originaria situación, jurídica o extrajurídica, objeto de controversia, pero ello no implicará que asuma el arbitraje sobre otras controversias futuras que puedan surgir entre las partes, que deberá ser objeto de acuerdo expreso. Así en D. 4.8.46 se establece que no podían ser objeto de compromiso cuestiones futuras ni sobrevenidas al compromiso realizado: «El árbitro puede juzgar sobre los asuntos, cuentas y controversias existentes al tiempo de realizar el compromiso, pero no de las sobrevenidas en un momento posterior»<sup>16</sup>.

Cabía, por otra parte, la posibilidad de 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, así en D. 4.8.21.pr: «Qué cabe decir en aquellos casos en los que el árbitro fue nombrado para decidir sobre muchas controversias que no tienen nada de común entre sí y dictó sentencia sobre una y no sobre las otras, decaerá entonces como árbitro?...».

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.

Así, en el marco del proceso formulario, la fase ante el magistrado concluía con la redacción de un documento, denominado fórmula, en el que se recogían, bajo la supervisión del magistrado con potestad jurisdiccional, los términos del conflicto planteado, la aceptación por las partes de someter la controversia al conocimiento y decisión de uno o varios jueces privados y la resolución del magistrado mediante la que se le ordena al juez que proceda a juzgar, *iussum iudicandi*, al tiempo que le otorga la potestad de absolver o condenar, *potestas absolvendi aut condemnandi*.

Redactada la fórmula, cabría afirmar que daba comienzo el juicio en sentido técnico, que deberá desarrollarse sobre la base y en los estrictos términos con-

tenidos en el documento, formula, elaborado, probablemente, por el magistrado en colaboración con las partes.

Los trámites a desarrollar ante el juez privado, investido de la función pública de juzgar, son básicamente, la exposición y defensa de las posiciones de los litigantes, la práctica de la prueba y la sentencia, y se desarrollan, en líneas generales, tanto en el proceso como en el arbitraje, aunque con mayor o menor incidencia de uno u otro principio, según el medio escogido para la resolución de la controversia, conforme a los principios de oralidad, concentración, audiencia, contradicción, dispositivo, de inmediación y de publicidad.

En el marco del arbitraje, el contenido del convenio que es acordado de forma exclusiva por las partes y se materializa en el denominado *compromissum*, fija los límites objetivos del controversia, de los que no podrá apartarse el árbitro en el conocimiento de la causa y en su sentencia, y en cuyo ámbito, eso sí, gozará de una casi total libertad de actuación, superior a la reconocida al juez investido de potestad juzgadora. Así en D. 4.8.32.15: «Deben saber los que ostentan el cargo de árbitro que deben basarse en todos sus extremos en el mismo compromiso, porque ningún árbitro puede ir más allá de lo previsto en el convenio. Así pues, no podrá el árbitro resolver lo que quiera, ni sobre cualquier asunto, sino respecto del que es objeto del compromiso y hasta donde este alcance».

En el artículo 41 de la LA, en relación con los motivos de anulación del laudo se establece: 1. El laudo solo podrá ser anulado cuando la parte que solicita la anulación alegue y pruebe: *c) Que los árbitros han resuelto sobre cuestiones no sometidas a su decisión. d) Que los árbitros han resuelto sobre cuestiones no susceptibles de arbitraje*<sup>17</sup>.

La necesidad de respetar los límites de la controversia fijados en el convenio arbitral y en la fórmula procesal constituyen, por tanto, un rasgo común a ambas técnicas, arbitraje y proceso, de resolución de conflictos. Sin embargo, mientras la conformación del convenio arbitral tiene naturaleza privada, la elaboración del documento procesal, denominado fórmula, en torno al cual se desarrolla el procedimiento ante el juez, se caracteriza por su impronta estatal.

El texto de un compromiso tipo, así uno fechado en el año 590 d.C.<sup>18</sup>, solía contener los siguientes aspectos:

- Identificación de los litigantes.
- Objeto del compromiso, que en este caso consistía en una controversia acerca de la cantidad de dinero a entregar.
- Sumisión expresa de las partes ante el árbitro elegido.
- Juramento.
- Compromiso de las partes de acatamiento de la sentencia arbitral.
- Sanción a la parte que transgreda la resolución arbitral.
- Ratificación del compromiso<sup>19</sup>.

Artículo 9.1 LA: «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».

#### B) ARBITRAJE TESTAMENTARIO

La conexión entre la materia testamentaria y el arbitraje se manifiesta en los primeros textos legales romanos de los que tenemos noticia. Así ya en la Ley de las XII Tablas, del siglo V a.C., se preveía el nombramiento de un árbitro por el magistrado, *legis actio per (iudicis) arbitri postulationem*, en los supuestos en los que se planteaba una controversia en la división de una herencia entre coherederos o legatarios<sup>20</sup>.

Se trataba, en definitiva, de supuestos en los que las partes acudían ante el magistrado ante la existencia de una controversia y este, en atención a la materia y conforme a la previsión legal, y de ahí la denominación de arbitraje legal, procedía al nombramiento no de un juez, sino de un árbitro, que elegido por las partes y convalidado por el magistrado, o bien designado de forma directa por el este, *arbiter datus*, interviene para dar su opinión, sentencia, en determinados tipos de asuntos tipificados en la ley<sup>21</sup>.

El árbitro, en estos casos, juzaría con una mayor discrecionalidad que la atribuida al juez ordinario, más próxima a la equidad que a las normas propias del derecho estricto, *stricti iuris*, y la sentencia arbitral, en estos casos, al igual que la judicial, probablemente tendrían carácter ejecutivo.

Artículo 10 LA: «También será válido el arbitraje instituido por disposición testamentaria para solucionar diferencias entre herederos no forzados o legatarios para cuestiones relativas a la distribución o administración de la herencia».

#### C) DEMANDA ANTE UN TRIBUNAL SOBRE UN ASUNTO SOMETIDO A ARBITRAJE

Cabe, al respecto, el planteamiento de dos cuestiones diferentes en Derecho romano:

1.<sup>a)</sup> ¿Si una de las partes, con anterioridad a que sea dictada la sentencia arbitral, acude a la jurisdicción ordinaria, puede la otra parte oponer la *exceptio pacti* y paralizar la acción, en atención al compromiso de someter la controversia a arbitraje?

Los textos parecen reflejar en este punto una evolución favorable al reforzamiento del pacto compromisorio, dado que si bien en la época clásica no

parece que del mismo se derivase una *exceptio pacti compromissi* que sirviese para paralizar el inicio de un procedimiento judicial sobre la misma cuestión, a partir de la época postclásica, y en la época justinianea, del pacto de compromiso surgiría una excepción, *exceptio pacti* o *exceptio pacti conventi* que cumpliría la función de la actual declinatoria, y paralizaría el conocimiento de la cuestión ante los Tribunales.

Si el *compromissum* no es, en la época clásica, un pacto en sentido técnico, no resultaría, por ende, protegido por el edicto de *pactis*, ni generaría una *exceptio pacti compromissi*, como así parece deducirse de los textos clásicos y conforme a la opinión mayoritaria de la doctrina<sup>22</sup>, por lo que si uno de los compromitentes entabla una acción ordinaria sobre el objeto del compromiso, no cabría enervarla mediante una *exceptio*, y solo cabría plantear, en el caso de que la convención de arbitraje se hubiese reforzado mediante estipulaciones, la acción derivada de las recíprocas estipulaciones puras o *in faciendo*, para exigir la reparación de daños e intereses correspondiente, o la acción derivada de las estipulaciones penales, en el que caso de que estas se hubiesen formalizado, para exigir el pago de la pena prevista.

En definitiva, si un asunto se somete a arbitraje y antes de iniciarse el procedimiento arbitral o sin haberse este 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, por el incumplimiento del acuerdo de someter la controversia a arbitraje, y el magistrado procederá a iniciar el conocimiento del asunto.

A la consideración del *compromissum* como una convención no tutelada por el edicto de *pactis*, de la que no derivaría una *exceptio pacti compromissi* capaz de paralizar el conocimiento de la cuestión ante los Tribunales, aluden los siguientes textos, respecto de los que no parecen existir dudas consistentes de interpolación: D. 4.8.30: «Si alguno lleva a juicio el asunto sobre el que se ha hecho el compromiso... deberá imponérsele la pena prevista, y continuará el pleito por sus trámites ante el juez», D. 4.8.9.5: «Opina Juliano que si los litigantes acuden a juicio ordinario o a otro árbitro, despreciando la autoridad del árbitro al que se ha encargado el conocimiento del compromiso, y con posterioridad acuden de nuevo al mismo árbitro, el pretor no deberá obligarle a juzgar a quienes le hicieron la injuria de despreciarlo y acudir a otro». D. 4.8.2: «Se admite que del compromiso no se deriva una *exceptio*, sino una petición de la pena acordada».

2.<sup>a)</sup> ¿Dictada la sentencia arbitral, puede cualquiera de las partes, la que se sienta perjudicada por la sentencia o incluso aquella parte a cuyo favor presuntamente ha sido dictada la sentencia, acudir a la jurisdicción ordinaria y replantear de nuevo el asunto? Los textos parecen claros al respecto. Así, en D. 4.8.21.1, Ulpiano: «Si el árbitro hubiese sentenciado en el sentido de que Ticio nada debe

a Seye..., y sin embargo este hubiese reclamado “ante un juez”, se entiende que ha actuado contra la sentencia del árbitro, y así respondieron Ofilio y Trebacio». Parece pues, conforme al texto señalado, que cabría iniciar un proceso ordinario, no obstante la decisión arbitral sobre el mismo asunto. *Consultatio veteris iurisconsulti*: 9.17: «Contra la sentencia del árbitro, solo cabe reclamar la pena derivada del compromiso, no lo que deriva del pacto convenido».

La opción que se da, por otra parte, en D. 4.8.11.3, a quienes han realizado un pacto de compromiso revestido de estipulación penal, de acudir a la *exceptio pacti* o a la acción derivada de la *stipulatio poenae* no parece aplicable al compromiso, en la medida en que la *conventio compromisoria* no tiene la consideración de un pacto en sentido técnico, del que se derive una *exceptio pacti*, como así se señala en los textos en los que se alude con carácter específico al compromiso, así en D. 4.8.2 y Consultatio 9.17 (vid. en el sentido expresado en nota 68 de VALIÑO, y en contra este autor), y a que en el mencionado texto se hace referencia a un específico pacto de no pedir, *pactum de non petendo*, entre los compromitentes, del cual si se deriva una excepción: «En ocasiones, como escribe Pomponio, el compromiso se hará mediante nudo pacto, así si ambas partes fueran deudores, y pactaran que el que no cumpla la sentencia del árbitro, no pueda reclamar judicialmente lo que se le debe»<sup>23</sup>.

En la época postclásica se habría introducido la *exceptio veluti pacti* en el pacto de compromiso, así en C. J. 2.55.5.pr.: «...dictada la resolución arbitral, no solo nacerá para el reo la excepción a semejanza de la derivada de pacto, sino también por nuestra voluntad la acción por el hecho a favor del actor... *Non solum reo exceptionem veluti pacti generari, sed etiam actori ex nostro numine in factum actionem...*». Una vez dictada la resolución arbitral cabrá, por tanto, oponer la excepción derivada del compromiso frente a cualquier pretensión de replantear la cuestión ante un órgano judicial, en la línea de la actual declinatoria. A la excepción como de pacto se refiere ya a finales de la época clásica Ulpiano, recogido en D. 4.8.13.1: «...si el compromiso arbitral es solo sobre los asuntos controvertidos de uno de los estipulantes, no hay razón para dudar que valga el compromiso... si demanda el estipulante puede decirse que el compromiso es pleno, porque el demandado está ya seguro mediante una excepción como de pacto...»<sup>24</sup>.

Artículo 11 LA. Convenio arbitral y demanda en cuanto al fondo ante un Tribunal.

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».

La propia referencia a «cumplir lo estipulado» es una huella de la institución de la estipulación romana, *stipulatio*, utilizada para formalizar el compromiso arbitral.

## IV. DE LOS ÁRBITROS

### A) CAPACIDAD PARA SER ÁRBITRO

Solo podían ser árbitros aquellas personas que tuviesen plena capacidad de obrar negocial<sup>25</sup>.

No podían, en consecuencia, asumir un arbitraje, los menores sometidos a tutela o a patria potestad, ni los mayores de edad menores de veinte años, así en un texto de Calistrato, D. 4.8.41, en el que se equipara, a estos efectos, a jueces y árbitros, hasta el punto de utilizarse la expresión de *iudicem compromissarium*: «Estando dispuesto por la Ley Julia, que el menor de veinte años no sea apremiado a juzgar a nadie, no es lícito elegir como juez compromisario al menor de veinte años, por lo que en modo alguno se incurre en pena por el incumplimiento de su sentencia...».

Sí podían ser árbitros y, en consecuencia, ser obligados a dictar sentencia, si hubiesen asumido tal responsabilidad, los hijos de familia mayores de veinte años y sometidos a patria potestad, así en D. 4.8.5: «También puede ser obligado el hijo de familia a desempeñar la función que aceptó como árbitro».

El principio de incapacidad por razón de falta de libertad de la persona elegida como árbitro decae sí, con posterioridad, desaparecida la causa de invalidez y atribuido el *status libertatis* a la persona encargada de asumir el arbitraje, las partes manifiestan su conformidad con la actuación arbitral, así en D. 4.8.9.pr. Asimismo la incapacidad por razón de edad, para actuar como juez, parece, no obstante, encontrar una excepción, en aquellos casos de consentimiento expreso de las partes, siempre que quien actúa como juez sea mayor de dieciocho años, lo que parece extensible, por analogía con la disposición prevista en la *Lex Iulia*, al árbitro compromisario, así en D. 42.1.57, texto probablemente interpolado en época justiniana: «...si se nombró, con el consentimiento de las partes, un juez menor, se dice con todo derecho que la sentencia es válida para aquellos que lo sabían y consintieron en su nombramiento...»<sup>26</sup>.

En D. 4.8.9.1 se recoge la opinión de Pomponio, relativa a que no se puede formalizar un compromiso para que actúen como árbitro las personas sometidas a tutela, los sordos, los mudos, y las personas que padecen locura: «Según escribe Pomponio, no se puede contraer compromiso para que sea árbitro una persona sometida a tutela, un loco, un sordo o un mudo». La prohibición relativa a los sordos y a los mudos debe enmarcarse en los requisitos exigidos en el ejercicio de la actividad jurisdiccional y en la oralidad requerida para la aceptación de la condición de árbitro mediante estipulación.

Cabe elegir como árbitro a cualquier persona con independencia de su estimación social, así en D. 4.8.7.pr.: «Escriben Pedio y Pomponio que no tiene relevancia que el árbitro elegido sea persona de buena fama o de reputación dudosa...». Ahora bien, si el árbitro actuare de forma venal o con manifiesta

arbitrariedad a favor de una de las partes, cabrá el ejercicio de la excepción de dolo malo o de la acción de dolo, *actio doli*, derivada de la cláusula de dolo, en el caso de que esta se hubiere agregado a la estipulación<sup>27</sup>. Asimismo se afirma en D. 4.8.32.14 que: «Cuando un árbitro resultase ser enemigo de forma pública y manifiesta “de uno de los litigantes” por otras causas y fuese interpelado para que no dictase sentencia, no obstante lo cual hubiese persistido en su intención, sin que nadie le apremiase a ello, el emperador Antonio (Caracala respondió por rescripto a la pregunta de quién le demandaba sobre esta cuestión, que podía interponer la excepción de dolo malo)».

En el caso de incapacidad de una de las partes sobrevenida durante el desarrollo del arbitraje, el árbitro no debe dictar sentencia. Así en relación con la demencia o trastorno psíquico relevante en D. 48.47.1: «Si una de las partes que hubieren formalizado el compromiso se hubiera vuelto loco». 48: «no podrá obligarse al árbitro a dictar sentencia». 49.pr.: «sino que por el contrario se le requerirá para que no dicte sentencia, porque se considera que no vale lo que se hace en presencia de una persona demente. Ahora bien, si esta persona aquejada de demencia tuviese curador, o hubiese sido incapacitado por curatela durante el desarrollo de la controversia sometida a arbitraje, podrá dictarse la sentencia en presencia del curador».

La aproximación y progresiva equiparación entre jueces y árbitros se manifiesta en el contenido de diversos textos. Así en:

- D. 5.1.81: «No puede ser juez quien no ejerce jurisdicción... ni fue elegido en virtud de arbitraje compromisario...», donde se subraya la proximidad entre ambas funciones al efecto de juzgar<sup>28</sup>.
- Pauli Sententiae 5.5.1: «La decisión de un *iudex* compromisario no tiene fuerza de cosa juzgada; ahora bien, si se estipuló entre las partes una pena, y la cuestión ha sido sometida a juicio ordinario, la pena puede ser reclamada sobre la base de la estipulación»<sup>29</sup>.
- D. 4.8.13. 2: «Se entiende que aceptó el arbitraje, según dice Pedio en el libro noveno, el que aceptó las funciones propias de un juez, y se compromete mediante sentencia a poner fin a las controversias»<sup>30</sup>.
- La equiparación de juicios a arbitrajes tiene lugar asimismo a los efectos de determinados días feriados, C.J. 3.12.7: «Ordenamos que todos los días sean hábiles a efectos jurídicos. Serán feriados los días de los meses que el año ha destinado con más indulgencia para el descanso del trabajo, los del estío... en estos días no deben conocerse asuntos litigiosos ni actuaciones ante árbitros...», o en relación con contiendas futuras o sobrevenidas, D.4.8.46: «El árbitro puede juzgar respecto a los asuntos, cuentas y controversias existentes en el momento de formalización del compromiso, pero no de las sobrevenidas con posterioridad», y D.5.1.35: «Así como puede estar pendiente la obligación de un fiador..., no puede,

en cambio, quedar pendiente un juicio, ni referirse a cosas que van a ser en un momento futuro objeto de la obligación...»<sup>31</sup>.

- En el texto de Calistrato, D. 4.8.41, ya mencionado, se equipara, a los efectos de capacidad para juzgar a jueces y árbitros, hasta el punto de utilizarse la expresión de *iudicem compromissarium*: «Estando dispuesto por la Ley Julia, que el menor de veinte años no sea apremiado a juzgar a nadie, no es lícito elegir como juez compromisario al menor de veinte años, por lo que en modo alguno se incurre en pena por el incumplimiento de su sentencia...».

Artículo 13 LA: «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 puedan estar sometidos en el ejercicio de su profesión...».

En la reforma de la LA de mayo de 2011, relativa al artículo 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. Cabe, no obstante, poner de relieve que los reglamentos de las distintas cortes de arbitraje pueden exigir requisitos concretos a quienes ejercen la función de árbitro en los arbitrajes que en las mismas se tramitan<sup>32</sup>.

Por razón de cargo, se afirma en D.4.8.9.2 que la persona que conoce como juez de un asunto no puede asumir la función de árbitro del mismo: «Prohíbe la Ley Julia —sobre los juicios privados— que el que es juez asuma el arbitraje sobre un asunto respecto del que es juez, o que autorice que se contraiga tal arbitraje compromisario, y si se hubiese dictado sentencia, no debe dar acción para reclamar la pena por incumplimiento».

El árbitro, por su parte, se compromete a asumir sus funciones como tal y a dirimir el conflicto, mediante su sentencia, dentro del ámbito de lo que constituye el objeto de la controversia. Es decir, a ningún árbitro le es permitido ir más allá de lo previsto en el pacto de compromiso, así se establece en distintos textos:

- «Deben saber los que ostentan el cargo de árbitro que deben basarse en todos sus extremos en el mismo compromiso, porque ningún árbitro puede ir más allá de lo previsto en el convenio. Así pues, no podrá el árbitro resolver lo que quiera, ni sobre cualquier asunto, sino respecto del que es objeto del compromiso y hasta donde este alcance». D. 4.8.32.15.
- «El árbitro no puede hacer nada que no esté previsto en el compromiso, por lo que es necesario que se incluya la prórroga del plazo del compromiso; en caso contrario, puede desobedecerse impunemente al árbitro que disponga una prórroga». D. 4.8.32.21.
- «El plazo del compromiso puede prorrogarse, pero no por acuerdo, sino por disposición del árbitro, cuando es necesario que se prorogue para que no se incurra en la pena». D. 4.8.32.11.

- «Si el árbitro dispone que se le agregue otro árbitro, no estando esto previsto en el compromiso, no se considera dictada la sentencia, porque la sentencia debe ser sobre el objeto del compromiso, y aquello no entraña en el compromiso». D. 32.13.17.
- C. J.2.56: «Más si se pronunció sentencia pasado el día fijado en el compromiso, es nula la sentencia, y no incurre en pena alguna el que no la hubiere obedecido» (a. 213).
- «Se entiende que asumió el arbitraje, según dice Pedio en el libro noveno, el que aceptó las funciones de juez, y se comprometió a poner fin a la controversia mediante su sentencia. Pero si, añade Pedio, la persona elegida se limita a comprobar si las partes se ponen de acuerdo en que se resuelva el conflicto con su consejo y autoridad, ello no es suficiente, en su opinión, para que se considere asumido el arbitraje»: D. 4.8.13.2 (Ulp. 13 ed.).

En el texto mencionado de Ulpiano se resalta la analogía entre las funciones de juez y árbitro, al subrayar la opinión del jurista Pedio conforme a la cual quien acepta un arbitraje se compromete a asumir en el desarrollo de su actuación las funciones propias de los jueces<sup>33</sup>.

#### B) NOMBRAMIENTO Y NÚMERO DE ÁRBITROS. ADOPCIÓN DE DECISIONES COLEGIADAS

Las partes podían designar libremente el número de árbitros, uno o varios<sup>34</sup>, si bien lo usual, y lo que se recomendaba a las partes, era que el número fuese impar, por razones prácticas, así se afirma por Ulpiano en D. 4.8.16.6: «Cuando en el compromiso se acuerda la designación de dos árbitros... puede quedar el asunto sin resolver a causa de la natural facilidad de los hombres para no ponernos de acuerdo, por lo que se suelen nombrar en el arbitraje un número impar de árbitros, no porque sea fácil que todos lleguen a un acuerdo, sino porque, aunque disientan, se encuentra una mayoría a cuyo arbitraje se habrá de estar... Si se eligen dos árbitros para dirimir la controversia y estos disienten, el pretor les obligará a designar a un tercero, cuya autoridad deberá ser reconocida».

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

Cuestiones distintas atinentes a las excusas del arbitraje se hayan previstas, de forma casuística, y satisfactoriamente resueltas en los textos romanos. Así en:

- D. 4.8.15<sup>35</sup>: «Si bien el magistrado obligará al árbitro a dictar sentencia, sin embargo, en ocasiones, deberá tener en cuenta sus razones para excusarlo del arbitraje, previa cognición de causa, así por ejemplo, si hubiese sido difamado por los litigantes, o si hubiese una enemistad manifiesta entre él y los litigantes, o con alguno de ellos, o por razón de edad, de una enfermedad sobrevenida, de la necesaria atención a los propios negocios como causa de dispensa, de un viaje urgente o del ejercicio de las funciones propias de un cargo público. 16. O si le acontece cualquier otro impedimento surgido con posterioridad a la aceptación del arbitraje. No obstante, en casos de enfermedad u otros semejantes, el magistrado está obligado a prorrogar el arbitraje».
- Parece que si la enfermedad del juez, lo que cabría extender al árbitro, era pasajera, se producía un aplazamiento del procedimiento, mientras que si tenía visos de prolongarse en el tiempo, se consideraba un motivo de excusa y exigía el nombramiento de un sustituto<sup>36</sup>. Así en: D. 50.5.13.pr. D. 2.11.2.3 y D. 5.1.46.
- D. 4.8.9.4: «Dice Juliano que si los litigantes han difamado al árbitro, el pretor no debe excusarle sin más, sino previa cognición de causa».
- D. 4.8.32.14: «Cuando un árbitro resultase ser públicamente enemigo de un litigante por causas diversas y es interpelado mediante pruebas para que no dicte sentencia, y no obstante hubiese persistido en dictar sentencia sin que nadie le apremie, el emperador Antonino Caracalla mediante rescripto estableció que, aunque no cabía apelar la sentencia arbitral, sí era posible oponer la excepción de dolo malo frente a la petición de pena».

Se prevé, por tanto, en las fuentes romanas la recusación del árbitro por los compromitentes en aquellos casos en los que la corrupción del árbitro o la enemistad sobrevenida con alguno de los litigantes, le incapacite para continuar desempeñando su función y dictar sentencia. La enemistad pública entre árbitro y litigantes se configura pues como un motivo de abstención y de recusación.

- Se considera asimismo causa de abstención y excusa arbitral que uno de los litigantes plantee la controversia, pendiente de resolución arbitral, ante un juez ordinario o ante otro árbitro. Así en D. 4.8.9.5, 4.8.10 y 4.8.11.pr.: «Si los litigantes desprecian la autoridad del árbitro acudiendo a un juicio ordinario o a otro árbitro y, con posterioridad, vuelven a plantear la cuestión al árbitro originario, el pretor no debe obligar a este a juzgar a quienes le hicieron la injuria de despreciarlo y acudir a otro».
- Constituye también causa de excusa que el árbitro tenga pendiente un juicio propio que le impida ocuparse del arbitraje, así en D. 4.8.16.1: «El árbitro debe ser excusado del compromiso por razón de un juicio

propio que tenga pendiente, ya sea público o privado, siempre que no pueda prorrogarse el plazo del compromiso, dado que si puede ¿por qué no va a obligar a que se prorogue siendo posible?».

- Se prevé asimismo en los textos la recusación del juez y la prohibición de que el juez asuma el arbitraje de un asunto que está conociendo como juez, así en D. 4.8.9.2: «Prohíbe la Ley Julia que el que es juez asuma el arbitraje de un asunto que está juzgando como juez, o que autorice que se contraiga tal arbitraje, y si, no obstante, el árbitro así elegido hubiese dictado sentencia, no se debe dar acción para reclamar la pena por incumplimiento», así como la prohibición de que el árbitro asuma el arbitraje sobre un asunto propio, así en D. 4.8.51: «Si alguien hubiese sido nombrado árbitro de un negocio propio, no puede dictar sentencia, porque se mandaría o se prohibiría hacer algo a sí mismo, lo que no cabe».

Artículo 17 LA. 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.  
En cualquier momento del arbitraje cualquiera de las partes podrá pedir a los árbitros la aclaración de sus relaciones con alguna de las otras partes.
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 relación con la función arbitral, cabe señalar que desde el punto de vista de la sistemática jurídica, los supuestos de asunción no formal de responsabilidad previstos en el edicto de los magistrados reciben el nombre de recepta. Al respecto, se prevé la asunción de responsabilidad de los árbitros, de los navieros, hospederos y dueños de esclavos, y de los banqueros, bajo la denominación de:

- a) *Receptum arbitrii*, con referencia a los árbitros.
- b) *Receptum nautarum, cauponum y stabulorium*, con referencia a los navieros, hospederos y dueños de establos, y
- c) *Receptum argentarii*, con referencia a los banqueros.

El título 8 del libro 4.<sup>º</sup> del Digesto dedicado íntegramente, en sus 52 capítulos, al arbitraje, se rubrica como: «Sobre los casos de responsabilidad asumida: Que los que asumieron un arbitraje, dicten sentencia: «Quiere con ello decirse que en el texto edictal se tipifica y sanciona la asunción de responsabilidad por los árbitros que se han comprometido a dictar sentencia, *edictum de receptis*.

El título 9 del libro 4.<sup>a</sup> del Digesto, que continúa con la regulación de supuestos de responsabilidad asumida, tiene por rúbrica «Qué los navieros, posaderos y dueños de establos restituyan lo que asumieron bajo su custodia». En estos casos, la responsabilidad que se les exigía a los titulares era objetiva, es decir, se les imputaba la pérdida o deterioro de la cosa, con independencia de la culpa, hasta el límite de la fuerza mayor, *vis maior*, mientras que 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 asunción de responsabilidad por parte de los banqueros, *receptum argentarii*, hace referencia a aquellos supuestos en los que el banquero se compromete a efectuar un pago por cuenta de su cliente. En la época justiniana, este tipo específico de asunción de responsabilidad se integra en la figura del *constitutum debiti alieni*, es decir, la promesa de pago de una deuda ajena.

En contraposición con la obligación de asumir el oficio de juez, cuando un ciudadano es elegido por las partes o designado como tal por el magistrado, en atención a la impronta de carga pública o deber ciudadano de colaboración en la impartición de la justicia, los árbitros compromisarios no estaban obligados a aceptar el encargo de arbitraje, pero si lo aceptaban, quedaban obligados a dictar sentencia, así en D. 4. 8.3.1 (Ulp. 13 ed.): «Aunque el pretor no obliga a nadie a asumir la función de árbitro, porque esto es cosa libre e independiente, y puesta fuera de la coacción del magistrado, sin embargo, tan pronto alguien hubiese aceptado el arbitraje, estima el pretor que el asunto atañe a su cuidado y solicitud, no solo porque debe procurarse que se resuelvan las controversias, sino porque no deben ser defraudados los que eligieron a una persona, como hombre recto, para que sea árbitro en su contienda..., porque si después de tratarse la causa una o dos veces, y descubrirse las intimidades de uno y otro contendiente, y conocerse los secretos del negocio, el árbitro por favoritismo, venalidad o por cualquier otra causa, no quisiera dictar sentencia, ¿quién va a negar que será lo justo que el magistrado intervenga a fin de que el árbitro cumpla el encargo que aceptó» (Ulp. 13 ed.)<sup>37</sup>, y D. 4.8.3.3: «El pretor obligará al árbitro, con independencia del puesto que desempeñe, a cumplir la función que asumió....».

Si un asunto se somete a arbitraje compromisario y antes de iniciarse el procedimiento arbitral o sin haberse resuelto mediante sentencia, se inicia un proceso sobre el fondo de la cuestión por alguna de las partes, la parte que inicia el pleito deberá pagar la pena prevista por incumplimiento, pero el magistrado iniciará el conocimiento del asunto, así en D. 4.8.30: «Si alguno lleva a juicio el asunto sobre el que se ha hecho el compromiso... deberá imponérsele la pena prevista, y continuará el pleito por sus trámites ante el juez». D. 4.8.9.5: «Opina Juliano que si los litigantes acuden a juicio ordinario o a otro árbitro, despreciando la autoridad del árbitro al que se ha encargado el conocimiento del compromiso, y con posterioridad acuden de nuevo al mismo árbitro, el pretor no deberá obligarle a juzgar a quienes le hicieron la injuria de despreciarlo y acudir a otro».

La asunción de responsabilidad por parte del árbitro, en caso de una negativa a dictar sentencia<sup>38</sup>, o de no hacerlo, sin justa causa, dentro del plazo previsto, no implicaba que el magistrado pudiese obligarle a dirimir el conflicto, pero si 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*<sup>39</sup>.

Así en referencia a remedios extraprocesales, en el caso de incumplimiento de las resoluciones pretorias, se afirma en D. 4.8.32.12: «Si el árbitro hubiere intentado ocultarse, el pretor procurará encontrarlo, y si no lo hallare pasado un plazo amplio de tiempo, procederá a la imposición de una multa», y en D. 25.4.1.3: «...se le obligará, con los remedios extraprocesales pretorios, a comparecer en juicio, y si no compareciera, se le tomarán y venderán cosas en prenda, o se le sancionará mediante multas», con independencia de la responsabilidad por los daños y perjuicios que se derivasen de su actuación, lo que suponía una coacción indirecta en la actuación arbitral.

La obligación del árbitro de dictar sentencia se condicionaba, por otra parte, a la existencia y validez efectiva del compromiso *inter partes*. Así D. 4.8.11.1: «No debe ser obligado el árbitro a dictar sentencia más que si hubiere mediado compromiso».

La condición de árbitro era personal e intransferible, conforme se afirma en D. 4.8.45: «El arbitraje conferido en los compromisos es personalísimo», lo cual no excluye, a mi juicio, la transmisión de la obligación al heredero de cumplir la sentencia o de satisfacer, en su caso, la pena estipulada, si la sentencia arbitral hubiese sido ya dictada, o bien si en el convenio arbitral se hubiese previsto que el compromiso se perpetuaría en la persona del heredero o herederos de los compromitentes, así en D. 4.8.27.1, Ulp. 13 ad ed.: «Si en el compromiso no se hubiere hecho mención del heredero o de los demás sucesores, el compromiso se extinguirá por la muerte, y no compartimos el parecer de Labeón, según el cual, si el árbitro hubiese dispuesto que alguien diese una cantidad y este muriese antes de darla, se incurrirá en la pena, aunque su heredero estuviese dispuesto a ofrecer la cantidad».

En la etapa justinianeña se produce un acercamiento en la posición jurídica de jueces y árbitros compromisarios en numerosos aspectos, así en materia de pactos, en C. J. 2.3.29.2 (a. 531): «...si hasta en el mismo edicto del pretor se obliga a respetar los pactos convenidos en todos los casos, si no contravienen las leyes, ni se celebraron con dolo malo... y es una regla del antiguo derecho que todos pueden renunciar a lo que en su favor se ha establecido, mandamos que estos principios los observen todos nuestros jueces en los litigios, y llegue tal observancia a los jueces pedáneos, a los jueces compromisarios y a los árbitros elegidos, quienes deberán saber que si desatendieren esta disposición, se entenderá que hacen suyo el litigio».

La función arbitral, al igual que la función judicial, hasta bien avanzada la época clásica en la que los jueces se profesionalizan y pasan a formar parte de la Administración estatal, se realiza de forma gratuita por quienes asumen el arbitraje, así en D. 48.11.7. pr: «La Ley Julia de concusión prohíbe que nadie cobre nada por nombrar, cambiar o decretar que juzgue un juez o árbitro... ni por la estimación en una controversia, ni por condenar a pena capital o pecuniaria ni por dejar de hacerlo», lo que contrasta con el carácter remunerado de la actuación de los jueces y de los árbitros en la época postclásica, así en C.J. 12.19.1: «Mandamos que el importe de los gastos de tasas procesales sea moderado y que se pague a los ejecutores del cuerpo de agentes en los negocios que se le hayan atribuido, un solo sueldo hasta el final del negocio, dos sueldos por el ingreso que se haga en el tribunal..., la mitad de un sueldo a los escribientes por la escritura de sus actuaciones, y si resultare que el negocio se ventila ante un árbitro, un solo sueldo y nada más al árbitro...».

Artículo 21 LA. Responsabilidad de los árbitros y de las instituciones arbitrales. Provisión de fondos:

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 aquella 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.

## V. DE LA SUSTANCIACIÓN DE LAS ACTUACIONES ARBITRALES (TÍTULO IV)

### A) INICIO. DETERMINACIÓN DEL PROCEDIMIENTO

La idea motriz del arbitraje romano es la de la autonomía de la voluntad y el acuerdo *inter partes*, por lo que no constituyen la norma las disposiciones que prevén la intervención del magistrado jurisdiccional con carácter vinculante para las partes que acuerdan someter una o varias controversias a arbitraje, así en D. 4.8.32.21: «El árbitro no puede hacer nada que no esté previsto en el compromiso...».

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».

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. COMPARRECENCIA 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 estas, será determinado por los árbitros. Así en D. 4.8.21.10: «Si el árbitro dispuso, por ejemplo, que los litigantes compareciesen en una provincia, habiéndose no obstante acordado en Roma el arbitraje compromisario, se pregunta si se puede dejar impunemente de obedecer al árbitro, y es más cierto lo que dice Juliano, de que se entiende que el lugar en el que deba desarrollarse el compromiso es aquel en el que este se ha formalizado, por lo que se puede impunemente dejar de obedecer al árbitro, si este hubiese dispuesto que se compareciese en otro lugar...».

Lo que sí puede el árbitro, en determinados casos, es citar para la sustanciación de las actuaciones en un lugar próximo a la ciudad en la que se hubiese acordado el compromiso. Así en 4.8.21, *in fine*: «¿Qué sucederá si el árbitro convoca a las partes en un lugar próximo a la ciudad en la que se hubiese acordado el compromiso? Pegaso opina que la disposición es válida, lo que me parece que es cierto en el caso de que el árbitro fuese de tal autoridad que acostumbrase a citar a las partes en un lugar apartado de la ciudad, al que los comparecientes pueden acceder sin dificultad».

Artículo 26 LA. 1. «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 estas, 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: «Si hubiese estado ausente alguno de los contendientes, y por esta causa no se hubiese dictado la sentencia arbitral, el ausente incurrirá en la pena prevista (en la estipulación). Conforme a este punto de vista, la sentencia dictada sin estar presentes los contendientes no será válida, salvo que en el compromiso se haya acordado de forma expresa que la sentencia se puede dictar aunque uno o los dos compromitentes estén ausentes...».

Aunque no se alude a la posibilidad de que el compromitente alegue una justa causa de su ausencia, en D. 4.8.27.4 parece razonable pensar que el régimen clásico aplicable al respeto sería el previsto en D. 4.8.21.9, en el que se alude a la exoneración de responsabilidad en el caso de que pueda realizarse un nuevo compromiso. En el Derecho justiniano, por el contrario, como se afirma en D. 44.4.4.2, la alegación de una justa causa que impida la realización del arbitraje exime de responsabilidad a la persona afectada.

En materia de justa causa de la no comparecencia, los textos de mayor relevancia son, por tanto, los correspondientes a:

D. 4.8.21.9, correspondiente a Ulpiano: «Si alguno de los litigantes no hubiese comparecido, por serle imposible a causa de enfermedad, por ausencia a causa de asunto público, por su magistratura o por otra justa causa, dicen Próculo y Atilio que incurre en la pena estipulada; pero si el litigante estuviese dispuesto a realizar un nuevo compromiso con el mismo árbitro, se denegará la acción en su contra o quedará protegido mediante excepción. Sin embargo, esto será solamente cierto si el árbitro estuviese dispuesto a asumir el arbitraje, pues escribe acertadamente Juliano, 4 dig., que no puede ser obligado contra su voluntad...», y

D. 44.4.4.2, en el que afirma Ulpiano: «Si hubiéramos quedado mediante un compromiso en someter una controversia a arbitraje, y como consecuencia de mi incomparecencia por un problema de salud incurriese en la pena estipulada, ¿podré valerme de la excepción de dolo?, Pomponio opina que cabrá ejercitar la excepción de dolo malo».

En el caso presente, la exoneración de responsabilidad por incomparcencia debida a enfermedad no se supedita a la realización de un nuevo compromiso, lo que se explicaría por una alteración justiniana del texto clásico tendente a eliminar o atenuar la responsabilidad de los compromitentes cuando concurra una justa causa, como es la incomparcencia por enfermedad. En este sentido se pronuncia TALAMANCA cuando afirma que, en definitiva, prevalece el interés del compromitente que no comparece por razón de una causa imputable frente al interés de la otra parte que en el juicio arbitral despliega todos los remedios procesales, por medio de las acciones estipulatorias complementarias, contra la parte ausente, lo que, por otra parte, representa una consecuencia de la propia evolución de las instituciones jurídicas<sup>40</sup>:

- Conforme a D. 4.8.49.1: «El árbitro puede disponer la comparecencia de los litigantes bien por mensajero bien por carta».
- Las partes podrán comparecer ante el árbitro por sí mismas o por medio de representante, así en D. 4.8.47-48 y 49.pr., donde se afirma que: 47: «Si el compromiso se hizo para que el árbitro dicte la sentencia en presencia de ambas partes, o de sus herederos, y uno de los litigantes hubiere fallecido habiendo dejado una persona sometida a tutela como heredera, no se entiende dictada la sentencia si no constase la autorización del tutor. 1. Asimismo, si uno de los compromitentes hubiere perdido el juicio. 48: No será obligado el árbitro a dictar sentencia. 49: Sino que, por el contrario, no podrá dictar sentencia, por falta de validez de lo actuado en la sola presencia de la persona sin juicio. 1. Pero si la persona incapacitada por locura tuviese curador o lo hubiese tenido durante el transcurso de la controversia sometida a arbitraje, puede dictarse la sentencia en presencia del curador».
- Conforme a D. 4.8.40: «Dispuso un árbitro que las partes comparecieran el primero de enero, pero falleció antes de ese día y uno de los litigantes no compareció; no cabe duda de que en modo alguno se incurrió en la pena estipulada. Porque dice Aristón haber oído a Casio afirmar que no se incurre en la pena cuando es el árbitro quien no acude el día fijado, así como dice Servio que no se incurre en la pena cuando la causa de no cobrarla es la ausencia del estipulante».

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 alegados por el demandante.
- c) Una de las partes no comparezca a una audiencia o no presente pruebas, los árbitros podrán continuar las actuaciones y dictar el laudo con fundamento en las pruebas de que dispongan.

## VI. DEL PRONUNCIAMIENTO DEL LAUDO Y DE LA TERMINACIÓN DE LAS ACTUACIONES

### A) NORMATIVA APLICABLE AL FONDO DE LA CONTROVERSIAS: 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 ordinario<sup>41</sup>, si bien no parece razonable pensar, con TALAMANCA y WЛАSSAK, que la sentencia pudiera ser totalmente contraria al derecho objetivo<sup>42</sup>. Cabe señalar, sin embargo, que los textos no resultan del todo esclarecedores en esta materia<sup>43</sup>.

Lo que, en todo caso, parece claro que sí se puede afirmar es que el árbitro decidía con mayor libertad<sup>44</sup> que la que se atribuía al juez ordinario, elegido por las partes o sorteado entre los componentes del álbum judicial, que tenía que atenerse al documento escrito, o fórmula, suministrado por el magistrado, incluso en aquellos supuestos que resultaban más próximos al arbitraje compromisario<sup>45</sup>, en los que se reconocía al juez una mayor discrecionalidad en su decisión, así en las *acciones in bonum et aequum conceptae* y en las *acciones bonae fidei*<sup>46</sup>.

En la LA de 2003, conforme se afirma en el apartado VII de la Exposición de Motivos: «...el arbitraje de equidad queda limitado a los casos en que las partes lo hayan pactado expresamente, ya sea a través de una remisión literal a la “equidad”, o a términos similares como decisión “en conciencia”, *ex aequo et bono*, o que el árbitro actuará como “amigable componedor”. No obstante, si las partes autorizan la decisión en equidad y al tiempo señalan normas jurídicas aplicables, los árbitros no pueden ignorar esta última indicación»<sup>47</sup>.

#### 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 compromitentes las que deciden el plazo y la prórroga para dictar la sentencia arbitral, por acuerdo entre ellas o con intervención arbitral, así en D. 4.8.14: «Si se hizo el compromiso sin señalar plazo, es absolutamente necesario para el árbitro fijar uno, por supuesto, con el consentimiento de las partes, puesto que si no se hiciese esto en cualquier momento el árbitro estaría obligado a dictar sentencia». Es decir, el compromiso requiere que la sentencia del árbitro se dicte dentro del plazo fijado con carácter previo en el acuerdo *inter partes* o, en un momento posterior, conforme a la voluntad de estas.

En materia de plazo, forma, contenido y notificación de la sentencia arbitral, las principales disposiciones establecidas en las fuentes romanas se recogen en los textos que siguen:

En D. 4.8.13.3 se equiparan los días hábiles judiciales a los días hábiles para dictar sentencia arbitral: «El árbitro, en virtud del compromiso, no está obligado a dictar sentencia en aquellos días en que el juez no lo estaría, a no ser que fuera a transcurrir el plazo del compromiso y no pudiera prorrogarse».

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. Así en:

- D. 4.8.32.21: «...es necesario que la previsión de prórroga se incluya en el propio compromiso...».
- D. 4.8.13.4: «Si el magistrado apremia al árbitro para que dicte sentencia, será muy justo que si este jura que aún no está bastante clara la causa para él, se le dé tiempo para sentenciar».
- D. 4.8.16 (Paul. 13 ed.): «En caso de enfermedad u otro semejante, el pretor deberá prorrogar el arbitraje, conocida la causa».
- D. 4.8.16 (Paul. 13 ed.): «La cláusula “prorrogar el plazo del compromiso” no da al árbitro ninguna otra facultad más que la de prorrogar el plazo, y por tanto, no puede disminuir, ni alterar las condiciones del primer compromiso...».
- D. 4.8.27: «El árbitro puede —en los casos previstos— prorrogar el plazo para dictar sentencia, de palabra, por mensajero o por carta».
- D. 4.8.33: «El árbitro elegido por compromiso con facultad para prorrogar el plazo puede hacerlo, pero no puede anticipar la sentencia contra la voluntad de las partes».
- D. 4.8.11.5: «...si se compromete la pena bajo condición, no se debe obligar al árbitro a dictar sentencia antes de que se hubiere cumplido la condición...».
- D. 4.8.12: «...en cuyo caso, y solo en este, corresponderá al pretor la prórroga del compromiso».

Artículo 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<sup>48</sup>.
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 suceder los árbitros». La redacción de este segundo párrafo responde a la reforma de mayo de 2011. Conforme a la nueva regulación son, por tanto, válidos los laudos dictados fuera de plazo, salvo acuerdo en contrario de las partes, sin perjuicio de la responsabilidad de los árbitros.

Con razón critica OLIVENCIA la nueva regulación contenida en el artículo 37.2, a la que tacha de improvisada e irreflexiva, dado que con el argumento de favorecer el arbitraje se inserta un factor de inseguridad jurídica y de incertidumbre temporal, contrario a las ventajas del arbitraje, como la economía de tiempo y la previsibilidad de su duración, al tiempo que estima aconsejable que las partes acuerden en contra de la validez del laudo extemporáneo *sine die* y de no resultar posible el pacto, mantiene una interpretación restrictiva de la norma<sup>49</sup>.

El artículo 37.2, párrafo 2.<sup>º</sup> LA, con anterioridad a la reforma de mayo de 2011 establecía que: «La expiración del plazo, sin que se haya dictado laudo definitivo, determinará la terminación de las actuaciones arbitrales y el cese de los árbitros. No obstante, no afectará a la eficacia del convenio arbitral, sin perjuicio de la responsabilidad en que hayan podido suceder los árbitros».

Se resuelve con la nueva redacción la polémica existente respecto a la validez del laudo arbitral, si bien ha sido objeto de crítica que la prevalencia de la autonomía de la voluntad en esta cuestión no se corresponda con la regulación, de carácter imperativo prevista en los restantes motivos de anulación del laudo, contenida en el artículo 41 LA y que pueda suponer una disminución en la rapidez del procedimiento arbitral<sup>50</sup>.

La previsión de la redacción originaria de la LA de 2003, se correspondía con lo establecido en el Código Justiniano. Así en: C.J. 2.56.1: «Más si se pronunció sentencia pasado el día fijado en el compromiso, es nula la sentencia, y no incurre en pena alguna el que no la hubiere obedecido» (a. 213).

Mediante la sentencia, el árbitro decide la cuestión litigiosa, así en D. 4.8.13.1: «Se entiende que asumió el arbitraje, según Pedio, quien aceptó las funciones

propias de un juez, y se comprometió a que con su sentencia pondría fin a las controversias».

La sentencia arbitral, en contraposición al carácter pecuniario de la sentencia judicial en la época clásica, no tenía necesariamente que consistir en una cantidad de dinero, sino que podían tener una naturaleza diversa, lo que obedecía asimismo a la mayor discrecionalidad propia de la actuación arbitral respecto de la estrictamente judicial, así en D. 4.8.39.pr.: «No se incurre en la pena del arbitraje por cualquier causa de desobediencia a la sentencia arbitral, sino tan solo en aquellos aspectos que se refieren al pago de una cantidad o a la realización de alguna actividad...».

Dictada la sentencia arbitral, se concede un breve plazo para su cumplimiento, *quoddam modicum tempus*, transcurrido el cual, podrá exigirse a la parte incumplidora el pago de la pena acordada<sup>51</sup>, o exigírselle la responsabilidad derivada del incumplimiento de la estipulación *in faciendo*, por los daños y perjuicios causados<sup>52</sup>, así en D. 4.8.21.12: «Habrá que determinar pasado cuento tiempo, se podrá exigir el pago de la pena por incumplimiento de lo dispuesto por el árbitro. Es cierto que si no hubiese fijado un término cierto, pasado un plazo razonable, se podrá pedir la pena establecida...», y en D. 44.7.23: «Si un árbitro hubiera dispuesto, en virtud del compromiso, que uno de los litigantes diera una cantidad un cierto día, y este no cumpliera por causa imputable a él mismo, respondió Juliano que no se incurría en la pena establecida, de tal suerte que Servio opinaba con mucha razón que cuando no se determinaba en la sentencia arbitral en qué día concreto se debía entregar la cantidad fijada, se consideraba concedido un plazo prudencial...»<sup>53</sup>.

Distinguen pues las fuentes entre aquellos supuestos en los que se fija el cumplimiento de la sentencia en un día determinado y aquellos en los que no se fija plazo determinado para el cumplimiento, así como entre aquellos supuestos en los que el incumplimiento se debe a causa imputable al obligado y aquellos otros en los que este se produce como consecuencia de causa ajena a la voluntad del obligado.

A la responsabilidad patrimonial o penal en la que incurren los compromitentes 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, así en: D. 4.8.2: «Se admite que del compromiso no se deriva una *exceptio*, sino una petición de la pena acordada», D. 4.8.9.2: «Prohíbe la Ley Julia —sobre los juicios— que el que es juez asuma el arbitraje sobre un asunto del que es juez, o que autorice que se contraiga tal compromiso, y si hubiese dictado sentencia, no se debe dar acción para reclamar la pena por incumplimiento», D. 4.8.21.12: «Habrá que determinar pasado cuánto tiempo se podrá exigir el pago de la pena por incumplimiento de lo dispuesto por el árbitro. Es cierto que si no hubiese fijado un término cierto, pasado un plazo

razonable, se podrá pedir la pena establecida...». D. 4.8.27.3: «Si se hubiesen elegido varios árbitros y hubiesen dictado sentencias diversas, será lícito no seguir sus sentencias, pero si la mayoría estuviese de acuerdo en una, se estará a ella, y, de lo contrario, se incurrirá en pena». D. 4.8.44: «...Respondí que si no se obedeció al árbitro en aquello sobre lo que hubiese pronunciado la sentencia arbitral en presencia de ambas partes, se incurrirá en pena». D. 4.8.21.9: «Si alguno de los litigantes no hubiese comparecido, por serle imposible a causa de enfermedad, por ausencia a causa de asunto público, por su magistratura o por otra justa causa, dicen Próculo y Atilio que incurre en la pena estipulada; pero si el litigante estuviese dispuesto a realizar un nuevo compromiso con el mismo árbitro, se denegará la acción en su contra o quedará protegido mediante excepción. Sin embargo, esto será solamente cierto si el árbitro estuviese dispuesto a asumir el arbitraje, pues escribe acertadamente Jualino, 4 dig., que no puede ser obligado contra su voluntad...».

### 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: «...el compromiso se extinguirá por causa de transcurso del plazo establecido, muerte, manifestación expresa de satisfacción del débito por parte del acreedor, incoación de un proceso sobre el mismo asunto y acuerdo *inter partes*». En 4.8.32.5 se menciona asimismo la transacción entre las partes como causa de extinción del compromiso: «No debe ser compelido el árbitro a dictar sentencia si las partes transigieron sobre el asunto sometido a compromiso...».

En D. 4.8.14 se hace asimismo referencia, como ya ha sido señalado, al plazo previsto para la resolución de la controversia mediante arbitraje: «Si el compromiso se hizo sin fijar plazo, es absolutamente necesario que el árbitro fije uno con el consentimiento de las partes y que antes de su finalización se decida la controversia...». Es decir, que el compromiso requiere que la sentencia del árbitro se dicte dentro del plazo fijado con carácter previo en el acuerdo *inter partes* o, en un momento posterior, conforme a la voluntad de aquellas. En C. J. 2.56 se afirma que la sentencia dictada con posterioridad al plazo fijado es nula: «Si se pronunció sentencia, pasado el día fijado en el compromiso, es nula la sentencia, y no incurre en pena alguna el que no la hubiere obedecido» (a. 213).

En relación con la muerte cabe señalar el carácter personalísimo del compromiso, así en D. 4.8.45: «el arbitraje conferido en los compromisos es personalísimo», lo que implica la intransmisibilidad del compromiso, es decir, que el fallecimiento de cualquiera de las partes supone la extinción del compromiso, salvo la previsión de la mención del heredero como sucesor en el compromiso de su causante, así en D. 4.8.27.1, Ulpiano, 13 ed.: «Si en el compromiso no se

hubiese hecho mención del heredero o de los demás sucesores, el compromiso se extinguirá por la muerte...», y en D. 4.8.49.2: «Si tan solo una de las partes compromitentes hubiese hecho mención del heredero, el compromiso se extinguirá por la muerte de cualquiera de los litigantes, del mismo modo que se extinguiría si ninguno de estos hubiese previsto la transmisión al heredero del compromiso»<sup>54</sup>.

La muerte del árbitro también conlleva la extinción del compromiso, así en D. 4.8.40: «Dispuso el árbitro que se compareciera el primero de enero, pero falleció con anterioridad a ese día, y uno de los litigantes no se presentó en el día previsto, y no por ello queda obligado al cumplimiento de la pena. Como afirma Aristón, que recuerda haber oído al respecto la opinión de Casio, no se queda obligado al cumplimiento de la pena cuando es el árbitro quien no comparece...».

El compromiso arbitral cesará también cuando las partes acuerden, en cualquier momento del procedimiento, la terminación de las actuaciones derivadas del pacto compromisorio, así en D. 4.8.32.3: «...el compromiso se extingue por pacto *inter partes*».

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, así en D. 4.8.13.pr.: «Afirma Pomponio que si una de las partes ha dado por recibida la pena de compromiso, no debe ser el árbitro compelido a dictar sentencia».

Artículo 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, *causa preparatione*, así en:

- D. 4.8.19.2: «Habrá que determinar acerca de si el árbitro puede modificar su sentencia. En alguna ocasión se ha discutido para el caso de que el árbitro dispusiera que se diera alguna cosa, y después lo negara, si deberá darse lo que mandó o lo que prohibió. Sabino era de la opinión de que sí puede el árbitro alterar su sentencia. Casio procura disculpar la

opinión de su maestro explicando que Sabino no se refería a la sentencia conclusiva del arbitraje, si no a las decisiones atinentes a la preparación de la causa, así si mandó a los litigantes que se presentasen el primer día del mes, y con posterioridad resolvió que se presentasen el quince, dado que puede variar la fecha, pero no si condenó o absolvio, pues al dejar de ser árbitro, no puede ya alterar la sentencia» y en

- D. 4.8.20: «Porque el árbitro, aunque hubiere incurrido en error al dictar la sentencia, no puede corregirla»<sup>55</sup>.

Artículo 39 LA: «Dentro de los diez 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.

## VII. DE LA ANULACIÓN Y EJECUCIÓN DE LA SENTENCIA ARBITRAL

Los aspectos relativos a la anulación, ejecución y cosa juzgada en materia de arbitraje plantean la cuestión, oscilante en su evolución histórica, de la atribución o no a las decisiones de los árbitros de una eficacia igual a la atribuida a los órganos ordinarios de la jurisdicción, en atención a que en el arbitraje, al igual que en el juicio ordinario, existen contendientes que someten el objeto de la controversia a la decisión de un juez árbitro, que no actúa en nombre ni por cuenta de los litigantes, sino en nombre propio y en interés de la justicia, y que debe dictar la sentencia conforme a los hechos alegados y probados, *iusta alligata et probata*<sup>56</sup>.

### A) DE LA ANULACIÓN DE LA SENTENCIA ARBITRAL. RECURSOS

La sentencia arbitral era, en línea de principio, inapelable en Derecho romano. Así, se afirma en:

- D. 4.8.27.2, Ulp. 13 ed.: «La sentencia que el árbitro dictó sobre la cuestión debe cumplirse, tanto si es justa como si es injusta... y soportarse, con buen ánimo, aún la menos aceptable...», y en

- C. J. 2.56: «De la aceptación de los árbitros»: «Con frecuencia se respondió por rescripto que no se puede apelar la sentencia del árbitro, al que se acudió en virtud de compromiso legalmente formalizado, así como que la sentencia arbitral no produce efectos de cosa juzgada, por lo que se promete por ambas partes una pena, a fin de que por miedo a ella no se separe ninguna de lo convenido» (a. 213)<sup>57</sup>.

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

- a) Si se lograba probar que el árbitro había actuado de mala fe resultaba lícito la revocación de la sentencia arbitral por parte del Magistrado. Así se afirma en D. 4.8.32.14: «...El emperador Antonio Caracala, al ser consultado por un juez ante el que se pedía la imposición de la pena por incumplimiento de la sentencia arbitral, respondió mediante rescripto que aún cuando no puede apelarse la sentencia de un árbitro, podía oponerse a la petición de la pena la excepción de dolo malo. De modo que, por medio de esta excepción hay una especie de apelación, en la medida en que resulta lícito revocar la sentencia arbitral». A la posibilidad de oponer la excepción de dolo malo, *exceptio doli*, frente a la acción derivada de la *stipulatio*, *actio ex stipulatu*, para exigir la pena por incumplimiento, en los supuestos en los que el árbitro hubiera actuado de forma venal o parcialidad manifiesta, se hace referencia en una Constitución, en forma de rescripto, dada por Diocleciano y recogida en CJ. 2.56.3: «No quedarás sometida a la sentencia de los árbitros compromisarios, si medió venalidad o parcialidad manifiesta, por lo que podrás interponer la excepción de dolo malo frente a la acción de la estipulación ejercitada por tu hija. Puedes asimismo demandar a tu hija mediante la cláusula de dolo, que suele agregarse a la estipulación de compromiso». La excepción de dolo malo, *exceptio doli*, solo podría, por tanto, oponerse, frente a la *actio ex stipulatu* ejercitada por el beneficiario del laudo arbitral en aquellos casos en los que el árbitro dicta una sentencia manifiestamente parcial e injusta, en perjuicio de uno de los litigantes.
- b) Cuando es manifiesta la venalidad o corrupción del árbitro, el pretor no puede obligar al árbitro a dictar sentencia, conforme a D. 4.8.9.3: «No se obliga a dictar sentencia a determinadas personas, por ejemplo, al árbitro venal o corrupto».
- c) 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, solución que se ha impuesto finalmente en la legislación actual. Así en D. 4.8.32.15: «...no podrá el árbitro resolver lo que quiera, ni sobre

- cualquier asunto, sino respecto de aquel que es objeto del compromiso, y hasta donde este alcance».
- d) Conforme a D. 32.13.17: «Si el árbitro dispone que se le agregue otro árbitro, no estando esto previsto en el compromiso, no se considera dictada la sentencia, porque la sentencia debe ser sobre el objeto del compromiso, y aquello no entraña en el compromiso».
  - e) Conforme a D. 4.8.21.8: «Si se compareció ante el árbitro dentro del plazo fijado en el compromiso, pero aquel hubiese mandado comparecer con posterioridad al plazo establecido en el compromiso, no se incurrirá en la pena prevista».
  - f) Conforme a C. J. 2.55.1: «Más si se pronunció sentencia pasado el día fijado en el compromiso, es nula la sentencia, y no incurre en pena alguna el que no la hubiere obedecido» (a. 213). Esta disposición se recogía, conforme ha sido ya señalado, en el artículo 37. 2-2, LA: «La expiración del plazo sin que se haya dictado laudo definitivo determinará la terminación de las actuaciones arbitrales y el cese de los árbitros...».
  - g) En la reforma de la Ley de Arbitraje de mayo de 2011, conforme se afirma en el apartado II del Preámbulo: «Se modula una solución, a favor del arbitraje, para los casos en que el laudo se dicta fuera de plazo, sin perjuicio de la responsabilidad de los árbitros...», que se concreta en la siguiente redacción: «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».
  - h) No es válida una sentencia indeterminada, así en D. 4.8.21.3: «Opina Pomponio que no es válida una sentencia indeterminada, del tipo por ejemplo “devuélvele cuanto le debes” o “debe respetarse la división que habéis realizado” o “que se te reintegre en la parte en que pagaste a tus acreedores”». Tampoco resulta válida la sentencia consistente en una mera valoración o indicación no decisoria de la controversia, así en D. 4.8.19.1: «Dicta sentencia quien tiene intención de apartar a las partes mediante su resolución del conflicto planteado y si el arbitraje se hubiese asumido sobre varias cuestiones no se entiende que se haya dictado sentencia más que si se hubiese puesto término a todas las controversias y si no se actuase en este sentido, el pretor obligará al árbitro a hacerlo».
  - i) No es válida la sentencia cuando se condiciona por las partes la resolución arbitral, así en D. 4.8.17.3: Ulpiano, 13 ed.: «Pregunta Pomponio quién habrá de ser obligado si el compromiso fuese que sentencie Seyo según el parecer del árbitro Ticio. Yo creo que no es válido tal arbitraje, dado que no existe libertad para el que árbitro dicte su sentencia».

- j) No es válida la sentencia dictada sobre asuntos propios del árbitro: «Si alguno hubiese sido nombrado árbitro en negocio propio no puede dictar sentencia, porque se mandaría a sí mismo hacer algo o se prohibiría pedir, y no cabe que alguien se mande o prohíba a sí mismo», así en D. 4.8.51.
- k) No es válida la sentencia no pronunciada en presencia de las partes, salvo acuerdo en contrario, así en D.4.8.27.4: «La sentencia dictada sin la presencia de los contendientes no será válida, a no ser que estos hubiesen acordado que será válida la sentencia dictada en ausencia de uno o de los dos litigantes....».
- l) D. 4.8.19.pr.: «...si el compromiso se formalizó con el objetivo de que el árbitro dictase sentencia en un determinado sentido, escribe Juliano, 4 dig., que es nulo el arbitraje, y que el árbitro no ha de ser obligado a dictar sentencia».
- m) Conforme a D. 4.8.32.15: «Deben saber los que ostentan el cargo de árbitro que deben basarse en todos sus extremos en el mismo compromiso, porque ningún árbitro puede ir más allá de lo previsto en el convenio. Así pues, no podrá el árbitro resolver lo que quiera, ni sobre cualquier asunto, sino respecto del que es objeto del compromiso y hasta donde este alcance».

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, así en D. 4.8.32.15, solución que se ha impuesto finalmente en la legislación actual.

Si el *arbitrium* era *boni viri cabía* la posibilidad de impugnar en juicio la decisión arbitral, así a propósito de la decisión de un árbitro no compromisario, de nombre Nerva, al que se le encarga la determinación de las partes de una sociedad, se afirma en D. 17.2.79: «Si la determinación de partes que hizo Nerva es tan perversa que resulta de ella una manifiesta iniquidad, puede ser rectificada mediante la acción de buena fe».

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

#### **Artículo 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 de 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.
- d) 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.
- e) Que los árbitros han resuelto sobre cuestiones no susceptibles de arbitraje.
- f) Que el laudo es contrario al orden público.

#### B) DE LA EJECUCIÓN DE LA SENTENCIA. DE LA COSA JUZGADA

En la etapa del Derecho clásico, el arbitraje compromisario no generaba una acción ejecutiva, del tipo de la *actio iudicati*, acción por lo juzgado en el proceso, mediante la que se pudiera exigir de forma directa el cumplimiento de la sentencia arbitral, sino que era necesario, dictada la sentencia arbitral, en el caso de inobservancia de esta por una de las partes, acudir a la mecánica de las recíprocas estipulaciones de cumplimiento de lo acordado, *in faciendo*, o penales, con las que se solía reforzar el pacto de compromiso<sup>58</sup>, como garantía y soporte del procedimiento y de la sentencia arbitral, con lo que ello suponía de coacción indirecta para la parte incumplidora, dado que la parte perjudicada por el incumplimiento podía interponer la acción derivada de la pura o simple estipulación penal, *actio ex stipulatu*<sup>59</sup>.

Cabría por tanto afirmar, en definitiva, que en el caso de que las partes hubiesen decidido revestir el pacto de una *stipulatio*<sup>60</sup> simple o de una *stipulatio* con cláusula penal, si bien la sentencia arbitral no tendría carácter ejecutivo, en estos casos, mediante el ejercicio de la *actio ex stipulatu* cabía reclamar tanto los perjuicios o intereses derivados del incumplimiento de la estipulación, como la cantidad de dinero o la cosa prevista a título de pena o sanción, *poena compromissi*<sup>61</sup>, por el incumplimiento de la sentencia arbitral o la no colaboración con el árbitro en el desarrollo del procedimiento<sup>62</sup>, lo que constitúa una garantía<sup>63</sup> *inter partes* de observancia de las indicaciones del árbitro y de cumplimiento de la sentencia arbitral<sup>64</sup>.

Las estipulaciones recíprocas, con las que se revestía y reforzaba el pacto de compromiso, debían prever, de forma congruente, el cumplimiento de la sentencia arbitral, «estar a la sentencia arbitral, en expresión de Ulpiano, en D. 4.8.27.7: *simpliciter sententia stari quis promisserit...*» y, en su caso, la entrega de una cantidad o de una cosa a título de pena, *stipulatio poenae*, para el caso de incumplimiento o de ausencia de colaboración con la labor arbitral.

Las estipulaciones tenían, por otra parte, carácter accesorio respecto del pacto de compromiso arbitral, cuya ineficacia, por cualquier causa, así la falta de capacidad de los intervenientes<sup>65</sup> o del árbitro<sup>66</sup>, acarreaba la nulidad de aquellas.

Si la parte incumplidora se negaba al pago de la pena estipulada, *pecunia compromissi*, la otra parte podía exigírselo mediante el ejercicio de la acción derivada del contrato estipulatorio, *actio ex stipulatu*, cuya función, en este concreto sentido, era asimilable a la acción por la que se exigía el cumplimiento de la sentencia judicial, la *actio iudicati*<sup>67</sup>.

Por otra parte, como señala LINARES, a propósito de la relativa abstracción que puede derivarse de las estipulaciones en el pacto de compromiso arbitral, es siempre necesario interpretar de forma integradora las mencionadas estipulaciones con la voluntad de las partes en su otorgamiento<sup>68</sup>.

La excepción derivada del pacto o compromiso de arbitraje, *exceptio pacti conventi* o *exceptio pacti compromissi*, no resultaba, por otra parte, suficiente para paralizar la acción que cualquiera de las dos partes podía ejercitar ante un juez o tribunal, instándole a juzgar el asunto sometido con anterioridad al pacto de arbitraje.

Cabía pues iniciar, en la comúnmente denominada época clásica, un proceso ordinario con el mismo objeto de la controversia sometida a arbitraje, en atención a que al no tener la sentencia arbitral carácter ejecutivo y, por ende, no resultar exigible su cumplimiento mediante la correspondiente acción ejecutiva, ni producir el efecto de cosa juzgada, tampoco tenía lugar la consunción de la acción. La evolución habida al respecto en la época justiniana, en la que la sentencia arbitral adquiere carácter ejecutivo, con independencia de la pena estipulada, hace que en esta cuestión, como en otras muchas, haya que considerar clásica la previsión justiniana, en atención a su perdurabilidad temporal.

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<sup>69</sup>.

Finalmente, en la etapa justiniana, se reconoce a la sentencia arbitral naturaleza de título ejecutivo y se le dota de eficacia de cosa juzgada<sup>70</sup>. La sentencia arbitral no tuvo pues, hasta la época justiniana, por sí misma carácter ejecutivo, ni producía efectos de cosa juzgada<sup>71</sup>, de *res iudicata*, como sucedía con la sentencia pronunciada por un juez, en la medida en que la parte que se considerase perjudicada podía incumplir la sentencia arbitral, *non stari sententiae arbitri*, proceder a satisfacer, a la otra parte, la pena prevista, *pecunia compromissi*, para el caso de incumplimiento de la sentencia, e iniciar, en su caso, un proceso ordinario<sup>72</sup>.

En la etapa justiniana, el pacto de compromiso, en contraposición a la ausencia de acción para exigir su cumplimiento en épocas anteriores, se integra en la categoría de los pactos legales o convenciones legítimas, a las que se dota de eficacia obligatoria y de acción para exigir su cumplimiento, al propio tiempo que se dota de carácter ejecutivo a la sentencia arbitral. Al mencionado pacto legal parece pues aplicable lo establecido en D. 2.14.6, interpolado: «La

convención legítima es la que está sancionada en una ley, y por tanto de ella nace, o se extingue, una acción, conforme a la ley o a un senadoconsulto», y en D. 4.8.1, interpolado: «El arbitraje compromisario se configura a semejanza de los juicios, y sirve para poner fin a las controversias».

Cabría pues afirmar que en la última etapa del Derecho romano, la sentencia arbitral, suscrita por las partes y no impugnada en el plazo de diez días desde su pronunciamiento es plenamente eficaz, es decir, ejecutiva, por lo que no necesita ser homologada como ejecutiva por el magistrado ordinario.

Cabría, por tanto, considerar el arbitraje romano, en la etapa justiniana, un equivalente jurisdiccional, así en C. J. 3.1.14: «...o a quienes por haberlo aceptado, es decir, por compromiso, que se asemeja a un juicio, toman a su cargo dirimir litigios, o a quienes hacen un arbitraje...»<sup>73</sup>. Justiniano distingue en este texto entre el arbitraje compromisario, respecto del que afirma que se asemeja a un juicio, y los demás tipos de arbitraje, *vel arbitrium peagunt...* Conforme a la afirmación de Paulo, contenida en D. 4.8.1, el arbitraje se configura a semejanza de los juicios, *ad similitudinem iudiciorum redigitur*. Justiniano parece que va un poco más allá al afirmar que el arbitraje se asemeja al juicio, *iudicium imitatur*<sup>74</sup>.

En la época justiniana se produce la mayor aproximación, y equiparación en sus efectos, entre proceso y arbitraje<sup>75</sup>, especialmente en materia de cumplimiento de la resolución arbitral. Así, en relación con la ejecución de la sentencia arbitral, se atribuye una *exceptio veluti pacti* a favor del demandado compromitente para paralizar la *actio* de la otra parte dirigida a iniciar un proceso ordinario sobre la cuestión resuelta en arbitraje, y una *actio in factum*, en caso de incumplimiento de la sentencia arbitral, a favor del compromitente que solicita ejecución de la sentencia, así en C. 2.55.5.pr.: «...dictada la sentencia arbitral... nazca no solo a favor del demandado la excepción como de un pacto, *non solum exceptionem veluti pacti generari*, sino también por nuestra voluntad la acción por el hecho a favor del actor, a fin de que ejecutarse la sentencia arbitral, *sed etiam actori ex nostro numine in factum actionem, quatenus possit sententia eius executioni mandari...*».

En C.J. 2.55.4.4, además de mediante la *actio in factum* se dispone que la ejecución de la sentencia arbitral podrá solicitarse mediante el ejercicio de una *condictio ex lege* o una *actio utilis in rem*: «y sea lícito en todos estos supuestos ejercitar la acción por el hecho, la acción nacida de la ley, o la acción real útil, según lo exigiere la naturaleza del hecho».

Para que la sentencia arbitral tenga el mencionado carácter ejecutivo, se requiere, por otra parte, en lo que constituye una novedad respecto de la regulación clásica y supone una nueva asimilación al proceso respecto del juramento prestado por los jueces, que las partes y el árbitro hayan prestado juramento<sup>76</sup>, aquellas de viva voz ante el árbitro o en escritura pública o privada de que se comprometían a aceptar la decisión del árbitro, y este que haya jurado que dirimiría el litigio con entera verdad, en cuyo caso, dispone Justiniano, en una

Constitución del año 529, C.J. 2.55.4.1: «...mandamos que de todas maneras se guarde su decisión, y que ni el reo ni el actor puedan separarse de ella, sino que de todos modos les obligue, y sean, por ello, compelidos a obedecerla».

En C. J. 2.55.4.2, Justiniano prevé que el compromiso juramentado de aceptar la decisión arbitral se realice, no con anterioridad al inicio del procedimiento arbitral, sino con posterioridad al pronunciamiento de la sentencia, «en cuyo caso habrá de respetarse también de igual modo sin alteración alguna la sentencia del árbitro...».

El mismo carácter ejecutivo tendrá la sentencia arbitral cuando sea solo el árbitro, y no las partes, quien haya prestado juramento, así Justiniano en C. J. 2.55.4.3: «Pero si pidíéndolo los litigantes, o manifestándolo en sus escritos o declaraciones, solo el árbitro hubiera prestado juramento de que con entera verdad pondría término al litigio, ordenamos que también en el presente caso sea semejante su decisión a los anteriores, y que de todos modos esté amparada por las leyes». Asimismo en C. J. 2.55.6, Justiniano atenua el rigor del antiguo derecho en relación con la no utilización de determinadas palabras en relación con la aceptación de la sentencia por parte de uno de los litigantes, al disponer que «en todo caso sea compelido por la acción por el hecho a hacer aquello en que consintió *et sic omnímodo per actionem in factum eum compeli ea facere...*».

En el caso del arbitraje compromisario se exigía, por tanto, en la etapa justiniana, que el acuerdo de las partes se reforzase mediante un juramento y que el árbitro jurase dictar una sentencia justa, o bien que las partes hubiesen recogido en un documento la elección arbitral y la aceptación de su decisión, y no lo hubiesen impugnado en los diez días siguientes, así en C. J. 2.55. 6.pr.: «Más si después de dictada la sentencia, los litigantes no hubieran consignado de manera alguna que aceptan la decisión del árbitro, pero la hubieran confirmado con su silencio, y dentro de los diez días siguientes no se hubiera enviado al juez o a la parte contraria por uno de los contendientes declaración en la que se manifieste la no aceptación de la decisión, entonces quede confirmada la sentencia por el acatamiento de las partes y competirá al demandado la excepción y al actor la mencionada acción...».

Si bien se suele afirmar que la reforma justiniana conforme a la cual se reconoce carácter de título ejecutivo a la sentencia arbitral fue anulada, en lo sustancial, nueve años después de ser introducida, por el propio Justiniano, conforme a la Nov. 82.11, del año 539, del tenor literal de la citada Constitución parece que, no obstante la alusión al pago de la pena estipulada en el caso de incumplimiento de la sentencia, lo que supondría un retorno al régimen clásico, en la parte final del fragmentos se habría confirmado la regulación anterior del arbitraje promulgada por el propio Justiniano, y por tanto la acción y excepción derivadas de la sentencia arbitral, salvo en la no exigencia del juramento de los denominados árbitros o jueces compromisarios, así en el citado

capítulo 11.1, *in fine*: «....Subsistiendo en su propio vigor, y no debiendo ser en manera alguna innovado por esta ley nuestra, todo lo sancionado antes o por la antigua legislación o por nosotros, respecto a los jueces compromisarios o a los árbitros, exceptuada la necesidad de juramento».

En la etapa justinianea se reconoce, en definitiva, a la sentencia arbitral naturaleza de título ejecutivo y se le dota de eficacia de cosa juzgada.

En las Partidas, III, 4, 23, se mantiene básicamente la concepción romana, al establecerse que una vez dictada la sentencia, si en el acuerdo de compromiso si fijó una pena pecuniaria para el caso de incumplimiento, y una de las partes se niega a cumplir la sentencia, debía pagarla. Si no se hubiese fijado pena, las partes solo estaban obligadas a cumplir la sentencia si la aceptaban, de forma expresa, o de forma tácita no contradiciéndola en los días siguientes a los que fue dictada. Asimismo la sentencia tenía carácter ejecutivo si las partes hubiesen hecho constar en el acuerdo de compromiso que el pago de la pena comprometida no liberaba del cumplimiento de la sentencia<sup>77</sup>.

En el Derecho castellano la primera manifestación conocida de que los laudos arbitrales habrían de tener fuerza ejecutiva por sí mismos se encontraría, conforme subraya DE CASTRO, en una ley de Enrique IV, promulgada en Madrid en 1458, que mantuvo su vigencia hasta el siglo XIX<sup>78</sup>. El artículo 281 de la Constitución de 1812 atenuó la fuerza ejecutiva de la sentencia arbitral al establecer que: «la sentencia que dieren los árbitros se ejecutará si las partes al hacer el compromiso no se hubiesen reservado el derecho a apelar»<sup>79</sup>.

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»<sup>80</sup>.

## NOTAS

<sup>1</sup> Vid., al respecto, en Thomas BATY, «The difference between arbiter in the roman sense and modern arbitrators», University of Pensilvania, *Law Review and American Law Register*, vol. 65, núm. 8, 1917, págs. 732-736.

<sup>2</sup> En relación con la fundamentación del arbitraje en la autonomía de la voluntad de las partes, y su vinculación con la libertad como valor superior del ordenamiento, vid. STC 176/1996, de 11 de noviembre (*BOE* de 17 de diciembre): «Tal planteamiento, sin embargo, no puede ser compartido, ya que supondría tanto como privar al arbitraje, cuya licitud constitucional hemos declarado reiteradamente (SSTC 43/1988, 233/1988, 233/1988, 15/1989, 288/1993 y 174/1995), de su función como medio heterónomo de arreglo de controversias que se fundamenta en la autonomía de la voluntad de los sujetos privados, lo que constitucionalmente le vincula con la libertad como valor superior del ordenamiento...».

<sup>3</sup> Suele ser frecuente, en todo caso, en el Derecho actual, que en determinados sectores de la actividad económica, las partes, por razones de agilidad, sencillez, brevedad, especialización y economía de medios acuerden, mediante cláusula insertada en el contrato que formalizan, la sumisión a arbitraje, en caso de conflicto en la interpretación o aplicación de las disposiciones previstas en la relación negocial.

<sup>4</sup> Así en D. 4.8.32. 12: «Si no se pudiese localizar al árbitro por haberse ocultado, el pretor deberá buscarlo, y si en largo tiempo no pudiera darse con su paradero, se le impondrá una multa».

<sup>5</sup> Así en D. 4.8.19.1: «...y si se hubiese asumido el arbitraje sobre varias cuestiones no se entiende que se ha dictado sentencia más que si hubiese puesto término a todas las controversias; si no lo hace así, el pretor debe obligarle a hacerlo». D. 4.8.32.16: «...no se pone fin a la controversia cuando se difiere el arbitraje o se transfiere a otro y es parte de la sentencia el determinar cómo se debe afianzar y con qué fiadores, lo que no se puede delegar...». A remedios extraprocesales, en el caso de incumplimiento de las resoluciones pretorias, se hace asimismo referencia en D. 25.4.1.3: «...habrá de ser obligada, con los remedios extraprocesales pretorios, a comparecer en juicio, y si no compareciera, se le tomarán y venderán cosas en prenda, o se le sancionará mediante multas».

<sup>6</sup> En D. 4.8.32.6 se hace mención a una intervención de oficio por parte del pretor: «...Si se recurrió a un árbitro por error para que decida sobre algún delito, cuya condena supone infamia, o sobre un asunto respecto del que exista acción pública (así, por ejemplo, sobre adulterios, asesinatos, o cosas semejantes) debe impedir el pretor que se dicte sentencia o se ejecute la ya dictada».

<sup>7</sup> Así en D. 4.8.32.6: «...deberá impedir el pretor que —el árbitro— dicte sentencia o ejecute la ya dictada».

<sup>8</sup> A remedios extraprocesales, en el caso de incumplimiento de las resoluciones pretorias, se hace asimismo referencia en D. 25.4.1.3: «...habrá de ser obligado, con los remedios extraprocesales pretorios, a comparecer en juicio, y si no compareciera, se le tomarán y venderán cosas en prenda, o se le sancionará mediante multas». En el mismo sentido en C. J. 2.55.2 (a. 530): «Si contraviniendo el compromiso, tu adversario se negó a comparecer ante el árbitro elegido, se considerará sujeto a la pena convenida». Es decir, para constreñir al árbitro a dictar sentencia el pretor disponía de medios coercitivos como la multa o la toma de cosas en garantía.

<sup>9</sup> Opina VALIÑO, en «El arbitraje», en *Els «Furs de Valencia» y sus similitudes con la regulación romana*, Valencia, 2002, pág. 24 y sigs., que a pesar de las evidentes ventajas que para los compromitentes tenía el procedimiento arbitral, este no constituyó una institución que gozara de gran predicamento hasta la época romana tardía, en la que comienza a cobrar auge como consecuencia de la creciente complejidad de los procedimientos y la corrupción de la administración de justicia, excesivamente ligado al poder político.

<sup>10</sup> Así en D. 4.8.9.4, y en D. 4.8.15, donde se hace referencia a la *cognitio causae* del pretor respecto a excusas de arbitraje.

<sup>11</sup> En ningún momento cabe hablar, no obstante, de paralelismo legal entre el juicio, al que se reconoce una posición prevalente, y el arbitraje, así en D. 4.8.9.2, se afirma: «Prohibe la Ley Julia —sobre los juicios— que el que es juez asuma el arbitraje sobre un asunto del que es juez, o que autorice que se contraiga tal compromiso, y si hubiese dictado sentencia, no se debe dar acción para reclamar la pena por incumplimiento», lo que no sucede en sentido contrario, dado que planteado un arbitraje, cabe la posibilidad de iniciar un juicio ordinario sobre el mismo asunto, así en D. 4.8.9.5.

La pretendida influencia del procedimiento arbitral en el juicio ordinario, denominado formulario en Derecho romano, ha sido resaltada por LA PIRA, *Compromissum e litis contestatio formulare*, Studi Riccobono, 2, Palermo, 1936, págs. 190 y sigs., el mismo sentido en ZIEGLER, *Das private Schiedsgericht im antiken römischen Recht*, München, 1971, págs. 162 y sigs.

<sup>12</sup> Vid., al respecto, en FERNÁNDEZ BALLESTEROS, «El reformado artículo 8 de la Ley de Arbitraje. Spain arbitration review», en *Revista del Club Español del Arbitraje*, núm. 13, 2012, págs. 75-92.

<sup>13</sup> Vid., al respecto, en ROUSSIER, «Du compromis sine poena», en *RHD*, 18, 1939, págs. 170 y sigs.

<sup>14</sup> Vid. en MURGA, «El iudicium cum addictione del bronce de Botorrita», en *Cuadernos de Historia Jerónimo Zurita*, 43-44, 1982, pág. 56.

<sup>15</sup> Acerca de los varios significados de la expresión *compromissum plenum*, vid. en BUHIGUES, *La solución amistosa de los conflictos en Derecho romano: el arbitro ex compromisso*, Madrid, 1990, págs. 213 y sigs., y el apartado del capítulo primero rubricado como Terminología en materia de arbitraje.

<sup>16</sup> La prohibición relativa al conocimiento de cuestiones futuras en el compromiso constituye, asimismo, otro punto en común respecto de la regulación procesal, así en D. 5.1.3.5: «Así como puede estar pendiente la obligación de un fiador, o puede hacerse la fianza para un momento futuro, no puede, por el contrario, quedar pendiente un juicio..., así no puede haber juicio antes de que se deba algo».

<sup>17</sup> Vid., al respecto, en SENES MOTILLA, *La intervención judicial en el arbitraje*, Civitas, 2007.

<sup>18</sup> Vid. en BERGER, *Die Strafklauseln in den Papyrusurkunden*, neudruck Aalen 1965, Leipzig, 1911, págs. 212 y sigs.

<sup>19</sup> Vid. en SBORDONE, «Barbatius Epaphroditus arbiter puteolanus», en *Sodalitas. Scritti in onore di Antonio Guarino*, 1985, 4, págs. 1919-1925, las precisas referencias contenidas en la tabla pompeyana conservada, al árbitro compromisario, Barbatius, elegido, en torno al año 55 d.C., por los contendientes, dos conocidos hombres de negocios, de común acuerdo, a la hora y el día de la audiencia, al tiempo fijado al árbitro para dictar sentencia, a los testigos.

<sup>20</sup> La Ley Licinia estableció, asimismo, la intervención arbitral en la división de cosas comunes, conforme a Instituciones de Gayo, 4.17 a, y es probable que en la fijación de los confines de las fincas se acudiera también a árbitros.

<sup>21</sup> Vid., al respecto, en BROGGINI, *Iudex arbiterve* (Köln-Graz, 1957), y FUENTESECA, *Las legis actiones como etapas del proceso romano. 5. Postulatio iudicis arbitrivi*. AHDE, 1964, págs. 209-233. En opinión de este autor, la petición de árbitro, *postulatio arbitri*, de esta acción de la ley *per iudicis arbitrivi postulationem* habría sido el medio idóneo para la sanción de los delitos privados. El demandante, afirmando el hecho delictivo, pediría al pretor el nombramiento de un árbitro para que realizase la estimación del daño, *damni decisio*.

<sup>22</sup> Para un sector doctrinal el *compromissum* es ya, en la época clásica, un pacto tutelado por el edicto de *pactis* (no todas las convenciones son pactos en sentido técnico, tutelados por el edicto de *pactis*) del que deriva una *exceptio pacti compromissi*. Por el contrario, para otro grupo de autores, en esta etapa, el *compromissum* es un mero acuerdo o convención al que no cabe reconocer la naturaleza de pacto, en sentido técnico y, en consecuencia, no resulta encuadrable y tutelado en el *edictum de pactis*.

Para LA PIRA, *Compromissum*, cit., págs. 201 y sigs., el compromiso no es un pacto protegido por el edicto de *pactis*, sino un negocio formal constituido por estipulaciones penales, al margen de la *conventio* entre las partes, las cuales servirían de protección y garantía a los compromitentes. Por el contrario, TALAMANCA, *Ricerche in tema de compromissum*, Milano, 1958, págs. 39 y sigs., distingue entre la *conventio* entre las partes, que no sería, sin embargo, un pacto del que se derive una *exceptio*, y las estipulaciones *in faciendo* o penales, que reflejarían el contenido del pacto y lo dotarían de eficacia. Para otros autores, el *compromissum* sería un pacto con estipulaciones accesorias, pero independiente en cuanto tal respecto a estas.

<sup>23</sup> Acerca de la no clasicidad de la *exceptio veluti pacti*, excepción como de pacto, en el compromiso mencionada por Ulpiano en D. 4.8.13.1, vid. VALIÑO, «Del arbitraje», en *Els «Furs de València»...*, cit., nota 72, y la bibliografía allí citada.

<sup>24</sup> En opinión de ROTONDI, un nuovo esempio di innovazioni prequistiniane: «l'exceptio veluti pacti ex compromisso», en *Scritti Giuridici*, I, Pavia, 1922, págs. 296 y sigs., el régimen de la *exceptio veluti pacti* no es propio de la época clásica, sino que se trata de una construcción doctrinal de la época bizantina, conocida en la práctica del Derecho prejustiniano solo en Oriente, para ser con posterioridad asumida y fijada por Justiniano.

<sup>25</sup> Sobre la prohibición de que las mujeres desempeñen la función de árbitro, vid. FERRETI, «Mulier arbitratus. Un divieto muliebre e diversi approcci ermeneutici», en *Annali Univ. Ferrara, Sc. giur.* Nuova serie. Vol. XXIV, 2010, págs. 43-57.

<sup>26</sup> Parece existir una contradicción entre lo dispuesto en D. 42.1.57 y lo previsto en D.4.8.1, que prohíbe que el menor de veinte años asuma el compromiso de dictar sentencia, si bien cabe señalar que no se hace referencia en este último texto a que las partes conozcan que la persona ejercida como árbitro sea menor.

<sup>27</sup> Así en C. J. 2.55. 3: «No quedarás sometido a la sentencia de los árbitros nombrados en el compromiso —*Arbitrorum ex compromisso sententiae...*—, si medió venalidad o arbitrariedad manifiesta de quienes actuaron como árbitros, por lo que podrás usar la excepción de dolo malo frente a la acción de la estipulación ejercitada por tu hija. Tampoco se te prohibirá demandar a tu hija en virtud de la cláusula de dolo, que suele agregarse a la estipulación de compromiso».

<sup>28</sup> D. 5.1.81. *Ulpianus libro quinto opinionum*: «Qui neque iurisdictioni praeest neque a principe potestate aliqua praeditus est neque ab eo qui ius dandorum iudicium habet datus est nec ex compromisso sumptus vel ex aliqua lege confirmatus est, iudex esse non potuit».

<sup>29</sup> Pauli Sententiae 5.5.1: «...Ex compromisso autem iudex sumptus rem iudicatam non facit; sed si sub poena inter eos compromissum sit, poena re in iudicium deducta ex stipulatu peti potest».

<sup>30</sup> D. 4.8.13.2. Ulpianus, libro XIII ad edictum: «Recepisse autem arbitrium videtur, ut Pedius libro nono dicit, qui iudicis partes suscepit finemque se sua sententia controversiis impositurum pollicetur. Quod si, inquit, hactenus intervenit, ut experiretur, an consilio suo vel auctoritate discuti item patenterunt, non videtur arbitrium recepisse».

<sup>31</sup> C. J. 3.12.7 D. 4.8.46. *Paulus libro 12 ad Sabinum*: «De his rebus et rationibus et controversiis iudicare arbitrus potest, quae ab initio fuissent inter eos qui compromiserunt, non quae postea supervenerunt». y D.5.1.35: *Iavolenus libro decimo epistularum*: «Non quemadmodum fideiussoris obligatio in pendenti potest esse et vel in futurum concipi, ita iudicium in pendenti potest esse vel de his rebus quae postea in obligationem adventurae sunt. Nam neminem puto dubitaturum, quin fideiussor ante obligationem rei accipi possit: iudicium vero, antequam aliquid debeatur, non posse».

<sup>32</sup> Vid., en este sentido, en ALONSO, «La reforma de la Ley de Arbitraje: avances y retrocesos», en *Otrosí*, núm. 8, págs. 17-19, octubre-diciembre de 2011, pág. 18.

<sup>33</sup> Así en D. 4.8.13.1: «Se entiende que asumió el arbitraje, según Pedio, quien aceptó las funciones propias de un juez, y se comprometió a que con su sentencia pondría fin a las controversias».

<sup>34</sup> Así en D. 4.8.17.2: «Si son varios los árbitros que aceptaron el arbitraje, no deberá ser obligado uno a dictar él solo la sentencia, sino todos o ninguno». D. 4.8.32.13: «Cuando se ha hecho un compromiso para que sean varios los árbitros, con la condición de que si uno cualquiera, aunque sea solo uno, dicta sentencia, habrá que estar a ella, y los demás están ausentes, quedará obligado a dictarla el que está presente; pero si se hizo con la condición de que dicten sentencia todos, o conforme al parecer de la mayoría, no debe obligar el pretor a cada uno de forma separada, porque la sentencia de uno solo no sirve para exigir la pena comprometida». Los mayores problemas se plantean cuando el número de árbitros es par y no se ponen de acuerdo, lo que da lugar a la propuesta de diversas soluciones en las fuentes, así en D. 4.8.17.5 y D. 4.8.17.6.

<sup>35</sup> Parece razonable afirmar, con MARTINI, *Il problema de la «causase cognitio» pretoria*, Milano, 1960, págs. 156 y sigs., que cualquier otra causa de excusa podría ser tomada en consideración por el magistrado, previa *causae cognitio*.

<sup>36</sup> Vid., al respecto, en BUHIGUES, *La solución amistosa en...*, págs. 118 y sigs.

<sup>37</sup> Ahora bien, en determinados supuestos, el magistrado no podrá obligar al árbitro a dictar sentencia, así por ejemplo, si la materia sometida a arbitraje no puede ser objeto de compromiso, así en D. 4.8. 32. 7-8-9, o si no hubiere mediado compromiso, en D. 4.8.11.1: «No debe ser obligado el árbitro a dictar sentencia más que si hubiere mediado compromiso».

<sup>38</sup> Vid., al respecto, CREMADES, «La acción contra el árbitro que no dictó sentencia», en *Estudios Iglesias*, 3, 1988, págs. 1201 y sigs.

<sup>39</sup> Sobre la responsabilidad de daños causados por aplazamiento del juicio o por omisión de sentencia —*lis iudici arbitrove damni sit*— existe un estudiado y debativo texto de la Lex Irnitana: lex Irnitana, cap. LXXXI, CA lñs. 51-54 y CB lñs. 1-4: si neque dies diffusis neque iudicatum fuerit, uti *lis iudici arbitrove damni sit et... res in iudicio non sit*, y lin. 15 CB: si neque diffusum et lege neque iudicatum sit... iudici arbitro(ve) *lis damni sit, res in iudicio non sit...* Vid., al respecto, en MANTOVANI, «La diei diffusio “nella lex Irnitana”. Contributo all’interpretazione e alla critica testuale del cap. LXXXI», en *Studi Talamanca*, 5, Napoli, 2001, págs. 258 y sigs., y en MOLLÁ, *Iudex Unus. Responsabilidad judicial e iniuria iudicis*. Dykinson, 2010.

<sup>40</sup> Vid., al respecto, en TALAMANCA, «Sull’interpretazione di Ulpiano L. 13 ad edictum, D. 4.8.21.9-11», en *Studi in onore di Giuseppe Chiarelli*, Milano, 1974, págs. 4244 y sigs.

<sup>41</sup> Así en D. 4.8.17.3: «...no cabe un arbitraje en el que el árbitro no tenga libertad para dictar sentencia...». D. 4.8.19.pr.: «Opina Labeón que no atañe al pretor cómo sea la sentencia que dicte el árbitro, con tal que la dicte conforme a su criterio...». D. 46.6.12, donde a propósito de la responsabilidad del tutor se alude a la equidad del árbitro: «...nam aequitas arbitri atque officium boni viri videtur eam formam iuris desiderasse». Tradicionalmente se cita, en el ámbito de las fuentes literarias además de determinados textos de Plauto, así Assinaria 766, Poenulus 787, un pasaje de Séneca para poner de relieve el no sometimiento del árbitro al derecho objetivo, salvo acuerdo en contrario de las partes: *De beneficiis*, 3.7.5.

<sup>42</sup> Así en TALAMANCA..., cit., pág. 28. Afirma asimismo este autor que, salvo disposición en contrario de las partes, establecida en el convenio arbitral, *compromissum*, el árbitro quedaría sujeto al derecho objetivo. En el mismo sentido, WLASSAK, s.v. *arbitrium*, PWRE, 2, Stuttgart, 1914, págs. 413 y sigs.

<sup>43</sup> Así en D. 4.8.27.2: «La sentencia dictada sobre la cuestión controvertida deberá aceptarse, tanto que sea justa como injusta...». D. 17.2.76: «...Hay dos tipos de árbitros, uno aquel cuya decisión debemos acatar, sea justa o injusta (como sucede cuando se acude a un árbitro compromisario)...», afirmaciones con las que se aludiría a la imposibilidad de apelar la sentencia arbitral, lo que por otra parte tenía lugar también con las sentencias de los jueces con anterioridad al procedimiento extraordinario, lo que viene confirmado, en el caso de los árbitros en C. J. 2.56.1: «Hemos afirmado, mediante rescriptos, de modo reiterado que no se pueden apelar las sentencias de los árbitros compromisarios...». Año 213. Emperador Antonino.

<sup>44</sup> Los mismos términos de *arbiter*, *arbitrari*, *arbitratus*, *arbitrarius*, *arbitrium*, parecen aludir a una discrecionalidad y libertad de criterio que no sería propia de la actuación de los jueces, *iudices*, que estarían sometidos, en todo caso, al cumplimiento de unas normas de procedimiento que, salvo acuerdo explícito de las partes, no resultarían aplicables a la actuación arbitral.

<sup>45</sup> Vid., al respecto, en relación con los denominados juicios arbitrarios, SCHOENBAUER, «Von Wesen der “Iudicia Arbitria”», en *Studi in onore di Salvatore Riccobono nel XL anno del suo insegnamento*, vol. II, Palermo, 1936, págs. 369-418.

<sup>46</sup> Sobre la contraposición ciceroniana, Pro Roscio 4,10, entre el *iudicium*, en el que se reclamaría *pecunia certa*, y el *arbitrium*, en el que el objeto del litigio consistiría en la reclamación de un *incertum*, en cuya valoración y determinación debía tenerse en cuenta criterios de equidad, *quantum aequius et melius est dari*, vid. en BUGUES..., cit., págs. 136 y sigs. Vid., asimismo, al respecto en VALIÑO, «Notas sobre *arbiter* y *iudex* en el proceso del “ordo”», en *Estudios en Homenaje a la Profesora Teresa Puente*, 2. Valencia, 1996, págs. 536 y sigs., quien opina que la distinción que hace Cicerón entre los *arbitria* y los *iudicia* se corresponde en los *arbitria* con los juicios de buena fe (además de a las acciones divisorias, que también derivan de la *legis actio per iudicis arbitrio postulationem*) donde la flexibilidad procedural puede recordar al arbitraje compromisario, mientras que los *iudicia* se identificarían con la categoría de los juicios que surgen de la interposición de una acción de derecho estricto.

<sup>47</sup> Sobre los supuestos previstos en párrafo citado de la Exposición de Motivos, vid., por todos, DÍEZ-PICAZO, L., *El arbitrio de un tercero en los negocios jurídicos*, Bosch, 1957, y de forma más específica del mismo autor en «Ante un caso de arbitraje libre», en *ADC*, 1958, Ensayos Jurídicos, Thomson-Civitas, 2011, T. II, págs. 1712-1721; «Arrendamiento transaccional integrado por arbitrador y firma en blanco», en *RCDI*, 1966, Ensayos Jurídicos, cit., T. II, págs. 1900-1919; «La distinción entre árbitros y arbitradores y el artículo 1690 del Código Civil», en *ADC*, 1974, Ensayos Jurídicos, cit., T. II, págs. 1996-2005.

<sup>48</sup> Las voces laudar y laudo son tomadas de los términos latinos *laudare*, con el significado de alabar o citar a alguien, y *laus-laudis*, alabanza, por vía culta. Berceo utiliza el vocablo *laude* en el sentido de alabanza. La expresión «laudo» no aparece en las leyes que hablan de árbitros, así ni en la Novísima Recopilación, ni en las Partidas (Part. III, Tit. IV, leyes 23-35), se utiliza este vocablo, sino que siempre se habla de «sentencia» o de «juzgios» del avenidor. Así en la Novíssima Recopilación, Libro XI, Título XVII, Ley 4.<sup>a</sup>: «...y los jueces árbitros y los jueces arbitradores, usando la facultad que les fué dada, dentro del término que les fué dado, y sobre aquellas cosas sobre que fué comprometido, dan sentencia....». No es, por tanto, palabra romana, ni del derecho medieval, sino que es un término moderno del siglo XIX.

En las distintas versiones del diccionario de la RAE desde la más antigua del siglo XVIII, la voz «laudo» no aparece hasta la edición de 1803, donde se limita a señalar que ha de equipararse a «convenio»; y no es hasta la edición de 1869 cuando pasa a disponerse que la misma alude a «decisión arbitral».

En el Código de Comercio de 1829, aunque se habla de «árbitros», no se hace referencia a «sentencia» ni a «laudo», en los distintos supuestos en los cuales las partes, para dirimir sus diferencias, pueden acudir a un arbitraje.

En la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855, donde se trata expresamente ya del procedimiento arbitral, artículos 251 a 304, se diferencia entre el arbitraje en Derecho y la actuación llevada a cabo por «amigables componedores». Ahora bien, mientras que para hacer referencia a la resolución de los árbitros se utiliza siempre la expresión «sentencia arbitral» por el contrario, en los artículos 296 y sigs., cuando trata de los «amigables componedores» se utilizan los términos «decisión o laudo» para aludir a sus resoluciones.

Parece pues que cabría afirmar que ha de esperarse al Código Procesal de 1855 para encontrar la contraposición en la legislación entre la voz laudo, referida a las decisiones de los «amigables componedores», y la voz sentencia en alusión a las decisiones de los árbitros, si bien la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 utiliza la voz «sentencia» para referirse de forma indistinta tanto a la decisión de los árbitros como a la de los amigables componedores.

De forma progresiva, sin embargo, a partir del siglo XIX, el término laudo comenzó a utilizarse de forma indiferenciada para designar tanto las decisiones de los árbitros como las de los amigables componedores. Así en relación con el comentario al contrato de compromiso previsto en el Código Civil, VÁZQUEZ GUDÍN, en *Quintus Mucius Scaevola, Código Civil*, cit., pág. 441, escribe: «Parece claro que el laudo dictado por el arbitraje de derecho equivale en absoluto a toda una sentencia y que, por consiguiente, tan pronto aquél sea firme, haya que atribuirle los honores de las dictadas por los Tribunales de Justicia... Respecto al juicio de amigables componedores, acaso la conclusión debería ser distinta, porque ni tal vez en razón de la persona o personas llamadas a dictar la resolución, ni en razón del procedimiento seguido, tienen su laudo las características del juicio arbitral de derecho...».

El uso uniforme del término laudo para designar, con carácter general, las decisiones de los árbitros, con independencia de que decidan conforme a equidad o a derecho, es recogido en la Ley de Arbitraje de 1953, que se conforma como la primera legislación específica en materia de arbitraje.

<sup>49</sup> Vid. en OLIVENCIA, *La reforma de la Ley de Arbitraje en materia de laudo (Ley 11/2011)*, Memoria de Actividades del Curso Académico 2012-2013, págs. 67-67, Anales 2013, en prensa.

<sup>50</sup> Vid., al respecto, en ALONSO, *La reforma de la Ley de Arbitraje: avances y retrocesos*, cit., pág. 19.

<sup>51</sup> Vid., al respecto, en VISKY, *La pena convenzionale in diritto romano all'inizio del principato*, Studi Volterra. I, Milano, 1971, págs. 624 y sigs.; TALAMANCA, «Poena privata, Diritto romano», en *ED*, 1982, págs. 75 y sigs.; ZIEGLER, *Geschichtliche und dogmatische...*, cit., págs. 670 y sigs.

<sup>52</sup> Opina Voci, «La responsabilità del debitore da "stipulatio poenae"», en *Studi in onore di Edoardo Volterra*, Milano, 1971, que el *modicum tempus* al que se hace referencia en las fuentes serían los treinta días que tiene el condenado o el *confessus* para proceder al cumplimiento de la sentencia, previo a la solicitud de ejecución de la misma por incumplimiento, si bien la propia naturaleza del arbitraje, aunque sea en ejecución de sentencia, parece abocar, por el contrario, a la flexibilidad y discrecionalidad del magistrado a la hora de determinar el momento en que se considera transcurrido el tiempo prudente al que aluden los textos.

<sup>53</sup> Vid., en relación con estos fragmentos en KNÜTEL, *Stipulatio Poenae*, Köln-Wien, 1976, págs. 148 y sigs., y en REINOSO, «Un caso de *stipulatio poenae pecuniae traiecticiae*», en *Sodalitas*, VII, págs. 3573 y sigs.

<sup>54</sup> Vid. respecto a la no transmisibilidad del compromiso, la matizada opinión de TALAMANCA, en *op. cit.*, pág. 89.

<sup>55</sup> En opinión de LA PIRA, *Compromissum...*, cit., págs. 216 y sigs., si la sentencia del árbitro no se ajusta al acuerdo de las partes contenido en la estipulación, el árbitro podría y debería proceder a la modificación de su sentencia.

<sup>56</sup> No se quiere decir con ello, sin embargo, que el juicio del árbitro sea absolutamente igual al del juez ordinario, así en el título del Digesto dedicado a los tachados con infamia, se afirma en D. 3.2.13.5 que la sentencia del árbitro designado en virtud de compromiso no produce infamia porque no es igual en todo a la judicial: «*ex compromisso arbiter infamiam non facit, quia non per omnia sententia est*. A las semejanzas y diferencias entre la sentencia arbitral y la sentencia del juez ordinario, se refiere VOET en *Commentarius ad pandectas*, I, IV, 8, n. 1.

<sup>57</sup> Al carácter no definitivo, y en consecuencia a la posibilidad de iniciar un proceso, de la decisión tomada en los supuestos de *arbitrium boni viri*, dirigidos, como ya se ha visto, a la concreción de elementos indeterminados en una relación negocial, se hace referencia en diversos textos, así en D. 17.2. 76-80.

Se recoge en los mencionados fragmentos la constitución de una sociedad entre dos personas con la condición de que un tercero, de nombre Nerva y amigo común de ambos, determine la participación de cada uno de ellos en la sociedad. Nerva decide que uno de los socios lo sea en una tercera parte y el otro en dos terceras partes. Ante la pregunta del socio minoritario acerca de si no obstante lo decidido por Nerva, conforme al derecho societario ambos socios deben considerarse por partes iguales, el jurista, Próculo, opina que la pregunta adecuada debería haber sido: «¿debemos ser socios conforme a las partes que Nerva ha establecido o por las que hubiese debido establecer un hombre recto, *bonus vir?*», pues hay dos tipos de arbitraje, continúa el jurista: 76: «...uno, el del árbitro cuya actuación debemos acatar sea justa o injusta, lo que sucede cuando se acude a un árbitro compromisario, y otro, de tal naturaleza, que se configura como la actuación de un hombre recto, lo que no impide que se designe de forma específica la persona a cuyo arbitrio se somete la cuestión. 77: «Así sucede cuando en un arrendamiento se acuerda que la obra se realice según el arbitrio del arrendador». 78: «Ahora bien, en la cuestión objeto de debate estimo que se ha de seguir el criterio de un hombre recto, básicamente en atención a que la acción atinente a un juicio de sociedad es una acción de buena fe». 79: «Por lo que si el arbitraje de Nerva fuese tan injusto que del mismo se derivase una iniquidad manifiesta, podrá ser impugnado mediante la acción de buena fe». 80: «Ahora bien... sería ajustado al arbitrio de un hombre recto que no fuésemos socios por partes iguales si uno de nosotros aportase a la sociedad más trabajo, industria, contactos o dinero».

<sup>58</sup> Sobre el carácter facultativo y accesorio de la *stipulatio poenae*, vid. en ROUSSIER, *Du compromis sine poena*, cit., págs. 169 y sigs.

<sup>59</sup> Con carácter general, sobre la *stipulatio poenae*, vid. en ZIMMERMANN, «*Stipulatio poenae*», en *South African Law Journal*, 1987, págs. 399-415.

<sup>60</sup> Así en D. 4.8.27.7: «Si no se hubiese adjuntado una estipulación penal al compromiso, sino que simplemente se hubiese prometido que se cumpliría la sentencia, se daría contra el que la incumple la acción de cosa incierta» Ulp. 13 ad ed. En relación con la mención de la *actio incerti*, y no la *actio ex stipulatu*, para exigir el cumplimiento de la sentencia arbitral, en los casos en que no se hubiese estipulado una pena, vid. en TALAMANCA, *Richerche in tema di compromissum*, Milano, 1958, págs. 40 y sigs.; LA PIRA, «*Compromissum* y «*litis contestatio*» *formulare*, cit., págs. 201 y sigs., y ZIEGLER, *Das private...* cit., págs. 53 y sigs.

<sup>61</sup> Acerca de la posibilidad de que la *poena* pecuniaria no consista en una cantidad de dinero, vid. en FREZZA, *La clausola penale*, Studi Lorenzo Mossa, 2, Padova 1961, págs. 272 y sigs.

<sup>62</sup> Acerca de la inspiración de la *poena compromissi* o convencional del arbitraje compromisario en el *sacramentum* de la *legis actio sacramento*, vid. en DE RUGGIERO, «L’arbitrato pubblico in relazione col privato presso i Romani», en *BIDR*, 5, 1892, págs. 70 y sigs., si bien cabe afirmar que en el *sacramentum* el juramento es prestado por las partes y en el compromiso lo es por el árbitro.

<sup>63</sup> Otra forma de formalización de garantía habría consistido en el depósito de la cosa objeto del litigio, res litigiosa, en poder del árbitro, vid., al respecto, en SCIALOJA, *Procedura Civile Romana*, Roma 1936, págs. 313 y sigs.

<sup>64</sup> La *stipulatio* clásica pierde el carácter formalista que la caracterizaba en una evolución que se prolonga hasta el derecho justiniano en el que se considera que lo relevante es el acuerdo entre las partes y su presencia física en el momento de su emisión, lo que supone en la práctica su identificación con la idea de pacto, así en C. J. 8.37(38).10: «Sean válidas todas las estipulaciones previstas en las leyes, aunque no hayan sido hechas con palabras solemnes o directas, sino con otras cualesquiera con el consentimiento de los contratantes». Año 472, Emperador León, y en I. J. 3.15.1: «...las palabras solemnes en la estipulación estuvieron ciertamente en uso en otro tiempo, pero con posterioridad a la promulgación de una constitución de León, fue suprimida la solemnidad verbal, por lo que requiere únicamente de una y otra parte, una manifestación congruente y concordante, aunque haya sido expresada con cualesquiera palabras».

<sup>65</sup> Así en D. 4.8.27.5: «Se considera que dicta sentencia ante las partes el árbitro que la pronuncia ante los que pueden entenderla, pero no si es ante un loco o un demente, ni ante un pupilo sin la presencia de su tutor...».

<sup>66</sup> Así en D. 4.8.41: «Estando dispuesto por la Ley Julia, que el menor de veinte años no sea apremiado a juzgar a nadie, no es lícito elegir como juez compromisario al menor de veinte años, por lo que en modo alguno se incurre en pena por el incumplimiento de su sentencia...».

<sup>67</sup> Así en Pauli Sententiae 5.5.1, donde se afirma que la pena prometida en el arbitraje compromisario puede ser exigida en juicio mediante el ejercicio de la acción de la estipulación: «...sed in poena inter eos promissa sit, poena rei in iudicium deductae exstipulatu peti potest».

<sup>68</sup> Vid. en LINARES, «*Compromissum y receptum arbitrii. Aspectos negociales del arbitraje privado romano en relación con el moderno. Derecho de Obligaciones*», en *Homenaje al Profesor Murga*, Madrid, 1994, págs. 713 y sigs.

<sup>69</sup> Sobre la equiparación en la época postclásica entre *humanitas* y *aequitas*, vid. DAZA, *Aequitas et humanitas*, en *Estudios Iglesias*, 3, Madrid, 1988.

<sup>70</sup> Con carácter general sobre las sentencias arbitrales, vid. en GALANTE, «Natura e efficacia delle Sentenze degli Arbitri», en *Studi Giuridici in onore di Carlo Fadda nel XXV anno del suo insegnamento*, vol. VI, Nápoles, 1906, págs. 115-156.

<sup>71</sup> Así en Pauli Sententiae 5.5.1 se contrapone entre quienes dictan resoluciones que dan lugar a cosa juzgada, *res iudicata*, exigible mediante la acción por lo juzgado, *res iudicati*, y las resoluciones del arbitraje compromisario que no tienen esta naturaleza: «...Ex compromisso autem iudex sumptus rem iudicatam non facit...», y en C. J. 2.55.1: «Con frecuencia se respondió mediante rescriptos... que de la sentencia del árbitro no se deriva la acción de cosa juzgada, es por lo que se promete por ambas partes una pena, para que por temor a

ella ninguno de los litigantes deje de cumplir lo convenido...», Emperador Antonino, a. 213. En la época justinianea, la concesión de una acción para pedir la ejecución de la sentencia arbitral supone el reconocimiento del efecto de cosa juzgada derivado de dicha sentencia, al igual que sucede con la sentencia judicial.

<sup>72</sup> En relación con la eficacia de cosa juzgada de la sentencia arbitral en un arbitraje público de naturaleza administrativa, vid. la controversia entre Patulenses y Gallicenses, referida por DE RUGGIERO, *L'arbitrato pubblico*, cit., pág. 3, y BUHIGUES, *La solución amistosa...*, cit., pág. 88, donde se hace referencia a *rebus iudicatis starent* para referirse al carácter de *res iudicata* de la sentencia del árbitro y a *ea sententia stari oportet* en alusión a la obligación de cumplir la sentencia.

<sup>73</sup> C. J. 3.1.14: «*Vel qui ex recepto, id est compromiso (quod iudicium imitaur), causas dirimendas suscipiunt, vel qui arbitrium peragunt...*».

<sup>74</sup> Acerca de la consideración del arbitraje como equivalente jurisdiccional, vid. SSTC 15/1989, 62/1991 y 174/1995.

<sup>75</sup> Así en relación con la posibilidad de que las recurran en el juicio ordinario a las declaraciones de testigos vertidas en el procedimiento arbitral, C. J. 4.20.20, o respecto a la interrupción de la prescripción en el momento de incoarse el arbitraje, en C. J. 2.56 (55), 5.1: «...la convención hecha en escritura ante juez compromisario produce la interrupción del tiempo, de igual forma que si el litigio se hubiese incoado ante el tribunal ordinario».

<sup>76</sup> Vid. en relación con los juramentos en KROB, «*Serments et institutions civiques à Cos à l'époque hellénistique*», en *Revue des Etudes Grecques*, REG, tomo 110, 1997/2, págs. 434-453.

<sup>77</sup> Sobre el carácter ejecutivo de la sentencia en los textos medievales castellanos de influencia románica, vid. en MERCHAN, «*Firmeza y ejecutoriedad de la sentencia arbitral en el Derecho castellano de la Recepción*», en *Panta rei. Studi dedicati a Manlio Mellomo*, vol. IV, Roma, 2004, págs. 1-18.

<sup>78</sup> DE CASTRO, «*El arbitraje y la nueva lex Mercatoria*», en *ADC*, T. XXIII, cit., págs. 619-726. La Ley de Madrid de 1458 establece al respecto que: «Porque acaesce que las partes... acuerdan de poner y comprometer los tales pleitos y contiendas en manos de jueces árbitros iuris... o de jueces amigos, árbitros arbitradores, y prometen estar por la sentencia que dieren... mandamos que luego que la tal sentencia arbitaria fuese dada de que la parte pidiere ejecución, se ejecute libremente...». Vid., asimismo, respecto a la ejecutividad de la sentencia arbitral en MONTEAGUT, «*La sentència arbitral de Cataluña de 1486*», en *L'Avenç*, 93, 1986, págs. 54-60.

<sup>79</sup> En los textos legislativos posteriores a la Constitución de 1812, el arbitraje osciló entre la concepción judicial prevista en las Leyes de Enjuiciamiento Civil de 1855 y 1881, la visión contractualista de la Ley de Arbitrajes de Derecho Privado, de 22 de diciembre 1953, la naturaleza ecléctica del arbitraje regulado en la Ley 36/1988, de 5 de diciembre, que considera el arbitraje un contrato en su origen y un proceso en su desarrollo, y el criterio inspirador del arbitraje regulado en la vigente Ley 60/2003, de Arbitraje, en el marco de la Ley Modelo UNCITRAL, recomendada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 40/72, de 11 de diciembre de 1985. Vid. respecto de los distintos modelos de arbitraje, entre otros autores, en VÁZQUEZ SOTELO, *Arbitraje y proceso judicial*, Universidad Nacional Autónoma de México, 1988, págs. 249-276; O'CALLAGHAN, «*El contrato de compromiso según la Ley de Arbitraje de 5 de diciembre de 1988*», en *Actualidad Civil*, 1989, págs. 1-14; MONTERO AROCA, *Comentario breve a la Ley de Arbitraje*, AA.VV, Civitas, 1990; CORDÓN MORENO, *El arbitraje en el Derecho español: interno e internacional*, Aranzadi, 1995; DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, *Derecho Procesal Civil: Proceso concursal. Arbitraje*, Editorial Ramón Areces, 2004; LORCA NAVARRETE, *Comentarios a la nueva Ley de Arbitraje 60/2003, de 23 de diciembre*, San Sebastián, 2004; VERDERA, *La Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje entre la tradición y la innovación*. Discurso de Ingreso en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación el día 6 de junio de 2005; OLIVENCIA, *Arbitraje, una justicia alternativa. Una visión histórica desde la nueva Ley*. Universidad de Córdoba, 2006; «*El arbitraje en España. Impacto de la Ley 11/2011, de la reforma de la Ley 60/2003*», en *Revista Jurídica de Catalunya*, vol. 111, núm. 4, 2012, págs. 1005-1030; MERINO MERCHAN y CHILLÓN MEDINA,

*Tratado de Derecho Arbitral*, 3.<sup>a</sup> ed., Thomson Civitas, 2006; FERNÁNDEZ ROZAS, *La nueva Ley de Arbitraje*. Consejo General del Poder Judicial, 2007; GONZÁLEZ SORIA (coord.), *Comentario a la nueva Ley de Arbitraje, Ley 60/2003, de 23/12*, 2.<sup>a</sup> ed., Aranzadi, 2011; BARONA VILAR (coord.), *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, Thomson Civitas, 2.<sup>a</sup> ed., 2011; DAMIÁN (coord.), *La reforma de la Ley de Arbitraje*, 2011, Wolters Kluwer, 2011.

<sup>80</sup> Vid., al respecto en GONZÁLEZ SORIA, *La intervención judicial en el arbitraje. Recursos jurisdiccionales y ejecución judicial del laudo*. Madrid, 1988; Id., FERNÁNDEZ BALLESTEROS, Artículo 44. *Normas aplicables. Comentarios a la Nueva Ley de Arbitraje*, cit., págs. 633-648; Id., *La ejecución forzosa y las medidas cautelares*, Iurgium, Madrid, 2001.

*(Trabajo recibido el 24-3-2014 y aceptado para su publicación el 24-4-2014)*